

# **GUTACHTEN**

## **Vorwort**

Zu Beginn des 21. Jahrhunderts stehen unsere Gesellschaft und Wirtschaft vor völlig neuen Herausforderungen. Die rasante technologische Entwicklung sowie die damit einhergehende weltweite digitale Vernetzung und Öffnung neuer Märkte führen zu einer tiefgreifenden Veränderung der Unternehmenslandschaft und zu globalen und transkontinentalen Unternehmens- und Wettbewerbssystemen. Die Veränderung stellt hohe Anforderungen an die unternehmerische Flexibilität und verlangt die nachhaltige Bereitschaft der Unternehmen zu Transaktionen und Restrukturierungen. Neben dem Markt für Produkte und Dienstleistungen hat sich ein zyklisch verlaufender Weltmarkt für Unternehmen entwickelt, dessen 5. Welle Mitte der neunziger Jahre begann. Nach einem Rekordvolumen der Mergers & Acquisitions, d.h. der Unternehmenskäufe und Zusammenschlüsse in Höhe von 3498 Milliarden US-\$ im Jahre 2000 sowie einem steilen Abfall vom Jahre 2001 bis zur ersten Jahreshälfte 2003 beginnt der Unternehmensmarkt sich bei steigender Konjunktur zu einer weiteren, d.h. seiner 6. Welle zu erholen.

## **1. Kapitel: Einleitung**

National und grenzüberschreitend sollen die Käufe und Zusammenschlüsse von Unternehmen oder Unternehmensteilen sowie die Änderungen der Unternehmensstrukturen und die Konzentration der Unternehmen auf ihre Kernbereiche die Wettbewerbsfähigkeit und damit das Wachstum der Unternehmen sichern und verbessern. Geleitet vom Shareholder-Value-Gedanken honorieren die Kapitalmärkte die Innovations- und Expansions-Strategien der Unternehmen. Dabei ergibt sich für viele Unternehmen als Folge der Konzentration auf das Kerngeschäft die Notwendigkeit, an ihren Standorten eigene Produktionsbetriebe stillzulegen oder diese mitsamt der betrieblichen Infrastrukturen und Betriebsflächen zum Beispiel durch die Schaffung sog. Industrieparks an dritte

weiterzugeben oder gegen kernbereichsbezogene Betriebe auszutauschen. Zugleich müssen Kosten sparende und flexible Produktions-, Vertriebs- und Organisationsstrukturen geschaffen werden, die die kundenorientierte Innovationsfähigkeit, Leistungsqualität und Effizienz der Unternehmen im Rahmen globaler Unternehmensstrategien optimieren. Insgesamt stellt dieser Wandel hohe Anforderungen an die unternehmerische Flexibilität und verlangt die nachhaltige Bereitschaft der Unternehmen zu Unternehmenskäufen und -verkäufen.

### **Teil I. Problemstellung und Zielsetzung der Untersuchung**

Die folgende Untersuchung behandelt die hierbei bedeutsamen nationalen und internationalen Rechts- und Steuerfragen in den Bereichen des Unternehmenskaufs und -verkaufs. Angesichts der enormen wirtschaftlichen Bedeutung der hohen Anzahl und Volumina an Transaktionen war es zu beklagen, dass mehr als 50% sämtlicher gern als „Königdisziplin“ des Investmentbankings und des Corporate Finance bezeichneten Mergers & Acquisitions nicht den gewünschten Wertzuwachs und Renditeerfolg mit sich brachten. Deshalb gilt es, sowohl die rechtlich als auch betriebswirtschaftlich die Optimierungsressourcen zu analysieren, zu systematisieren und zu definieren.

Besondere Aktualität gewinnt diese Untersuchung vor dem Hintergrund der verstärkten Bemühungen von Politik und Wirtschaft um die Verbesserung des deutschen Rechtssystems als Statut für nationale und internationale Transaktionen als auch der Unternehmens- und Arbeitsstrukturen zum Zwecke der Sicherung und Steigerung der nationalen und internationalen Wettbewerbsfähigkeit sowie der Verbesserung des Arbeitsmarktes.

### **Teil II. Aufbau der Untersuchung**

Dies zeigt bereits im **2. Kapitel Teil I (Vertragsrecht)** der Untersuchung mit der Darstellung des Kaufes von Unternehmen, der als vom Gesetzgeber geregelter Vertragstypus von zentraler Bedeutung für alle

Mergers & Acquisitions ist. Dabei werden zunächst die Arten des Unternehmenskaufes erörtert. Auf der Grundlage des in der Literatur heftig diskutierten Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechtes vom 1. 1. 2002 folgt eine detaillierte Darstellung des vorvertraglichen Verhandlungsstadiums, der Vertragsgestaltung, des Abschlusses und der Durchführung des Unternehmenskaufvertrages unter besonderer Betrachtung der Parteienpflichten in jedem zuvor genannten Stadium.

Der folgende **Teil II (Steuerrecht)** widmet sich dem steuerrechtlichen Bereich des Kaufs von Unternehmen. Er fokussiert seinen Blick auf die wichtigen bilanz- und steuerrechtlichen Zusammenhänge dieser Thematik. Zugleich befasst er sich eingehend mit der Technik des Unternehmenskaufes und gibt konkrete Ratschläge zu seiner steuerlichen Optimierung (Steuerplanung). Berücksichtigt wurden die zahlreichen gesetzlichen Änderungen im Unternehmenssteuerrecht; dazu gehören insbesondere das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002; gleiches gilt für die neuen Erlässe der Finanzverwaltung zum Steuerrecht, insbesondere, insbesondere den Erlass des Bundesministeriums der Finanzen vom 28. 4 . 2003 zur Anwendung des § 8 b KStG. Der Beitrag behandelt dabei vor allem die Einführung der steuerfreien Veräußerungsmöglichkeit von Beteiligungen durch Kapitalgesellschaften mit ihren erheblichen Auswirkungen auf die Strukturierung von Unternehmenskäufen. Ein Augenmerk wird auch auf den fremdfinanzierten Unternehmenskauf geworfen, der in der Praxis erheblich an Bedeutung gewonnen hat.

**Teil III (Internationales Recht) des 2. Kapitels** beschreibt das Internationale Privatrecht des Unternehmenskaufes, das aufgrund der immer stärkeren Globalisierung und Verflechtung der Weltwirtschaft sowie der immer häufiger auftretenden grenzüberschreitenden Transaktionen zunehmend an Bedeutung gewinnt. In diesem Zusammenhang wird auch die neueste europäische Entwicklung aufgrund des EuGH-Urteils in der Sache „Überseering“ zur Frage der Vereinbarkeit der bislang in Deutschland vorwiegend vertretenen Sitztheorie mit der europarechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften dargestellt und die hierzu

ergangene deutsche Rechtsprechung gewürdigt. Im Vordergrund stehen aber hier Parteienpflichten in den einzelnen Vertragsstadien sowie die Due Diligence.

Schließlich rundet **Teil IV des 2. Kapitels** die Untersuchung ab. Dort ergeht ein **Vorschlag zur Ergänzung des Kaufrechts und der Informationspflichten der Parteien beim Unternehmenskauf mit integrierter Steuerplanung**. Der Vorschlag beinhaltet bei der Ergänzung des Kaufrechts eine Gesetzesverbesserung, stellt ferner einen Unternehmenskaufvertrag samt Katalog der Parteieninformationspflichten zusammen und mündet in einer für den Unternehmenskäufer freundlichen Steuerplanung.

Eine **Schlussbetrachtung** zur Untersuchung im **3. Kapitel**, unterteilt in Analyse und Ausblick, vervollständigt die Arbeit.

## 2. Kapitel: Zivilrechtliche Gestaltungspraxis

### Teil I. Vertragsrecht

#### A. Allgemeines zum Kauf und Verkauf von Unternehmen

Weltweit hat das Volumen der **Mergers & Acquisitions (M&A)**, d.h. der Unternehmenskäufe und -zusammenschlüsse<sup>1</sup> im Jahre 2000 eine magische Rekordhöhe von etwa 3500 Milliarden US-Dollar erreicht. Dieser Rekord war der Höhepunkt der seit Mitte der neunziger Jahre zu verzeichnenden **fünften M&A Welle**, die vor allem durch zunehmende Cross-Border-Aktivitäten sowie durch eine Globalisierung der Unternehmensstrukturen gekennzeichnet war.

Mit den Mergers & Acquisitions reagierte die Wirtschaft auf die völlig neuen Herausforderungen, vor denen sie auf dem Weg in das 21. Jahrhundert steht. National und grenzüberschreitend sollen Käufe und Verkäufe von Unternehmen oder Unternehmensteilen, Änderungen der Unternehmensstrukturen unter Ausnutzung eines Höchstmaßes internationaler Arbeitsteilung sowie die Konzentration der Unternehmen auf ihre Kernbereiche die Wettbewerbsfähigkeit und damit das Wachstum der Unternehmen sichern und verbessern<sup>2</sup>.

Oftmals liegt es auch im Interesse des Veräußerers, das zu veräußernde Verkaufsobjekt, d.h. das Unternehmen, den Unternehmensanteil, den Betrieb, den Betriebsteil, den Geschäftsbereich oder die Produktlinie in der Weise zu strukturieren, dass eine Veräußerung überhaupt erst möglich oder jedenfalls erleichtert wird. Sinn dieser **Strukturierung des Verkaufsobjektes** kann es sein, das Verkaufsobjekt zum Beispiel hinsichtlich der Rechtsform, Organisation oder der Beziehungen zum übrigen Unternehmen derart zu gestalten oder anzupassen, dass eine überschaubare in sich geschlossene, eventuell auch rechtlich selbständige und verkaufsfähige Einheit entsteht. Auf diese Weise kann der Verkäufer das Verkaufsobjekt

---

<sup>1</sup> Siehe dazu die aktuellen Übersichten in Picot, G., Handbuch Mergers & Acquisitions, S. 3 ff.

<sup>2</sup> Zur Standortsicherung durch die Rechtsprechung siehe Herdeggen in: Ebenroth/Hesselberger/Rinne, Festschrift für Boujong, München 1996.

sozusagen als Paket dem Kaufinteressenten zum Kauf offerieren und zugleich die Verkaufsverhandlungen in seinem Sinne vorstrukturieren und vereinfachen.

Insgesamt sind die Unternehmen bemüht, Kosten sparende und flexible Produktions-, Vertriebs- und Organisationsstrukturen zu schaffen, die ihre kundenorientierte Innovationsfähigkeit, Leistungsqualität und Effizienz im Rahmen globaler Unternehmensstrategien optimieren.

## **B. Die Bedeutung des Vertragsrechts für den Unternehmenskauf und -verkauf**

Die Vielfalt der genannten Restrukturierungsmaßnahmen macht es dem Gesetzgeber und der Rechtsprechung unmöglich, bereits im allgemeinen Vertragsrecht selbständige Rechtskonzepte oder gar Rechtsinstitute für die Umsetzung derartiger Maßnahmen zur Verfügung zu stellen. Erst in den besonderen Rechtsbereichen von Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Betriebsrentenrecht, Steuerrecht, Kartellrecht, Umweltrecht, Insolvenzrecht und internationalem Recht finden sich Regelungen, die einer typisierenden Ordnung und Betrachtung zugänglich sind.

Im Gegensatz dazu bietet das **Vertragsrecht für den Bereich des Unternehmenskaufs**, und zwar vom Beginn der Vorverhandlungen bis hin zur Abwicklung der Unternehmensübertragungen, konkrete Prinzipien und Bestimmungen, die in den genannten besonderen Rechtsbereichen ihre Ergänzung und Abrundung finden. Dies gilt umso mehr, als nun auch der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der EU-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Rahmen der Schuldrechtsreform<sup>3</sup> vom 1. 1. 2002 den Versuch unternommen hat, das deutsche Recht als Vertragstatut in internationalen Verträgen populärer zu machen.

So wird bei der Verletzung von Pflichten anlässlich von Vertragsverhandlungen nach dem 1. 1. 2002 für die Haftung aus vorvertraglichem

<sup>3</sup> Eingehend zu den Problemen der Schuldrechtsreform: Bergjan, S. 61 ff.; Dauner-Lieb/Thiessen, ZIP 2002, 108 ff.; Gaul, ZHR 2002, 35 ff.; Gronstedt/Jörgens, ZIP 2002, 52 ff.; Müller, NJW 2002, 1026 f.; Picot, G., Die Garantieproblematik nach § 444 BGB in der M&A-Praxis, in: „Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung“, Schriftenreihe der Bayer-Stiftung für deutsches und internationales Arbeits- und Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Dauner-Lieb, 2003.

Vertrauensverhältnis das neue Recht (§ 311 II BGB) angewandt. Denn bei dem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis handelt es sich um ein selbständiges gesetzliches Schuldverhältnis und nicht um (bloße) Begleitpflichten zum später abgeschlossenen Unternehmenskaufvertrag.

### C. Begriff, Arten und Ablauf des Unternehmenskaufes

Bevor nachfolgend auf das vorvertragliche Verhandlungsstadium eingegangen wird, sollen zunächst der Begriff, Ablauf und Arten des Unternehmenskaufes dargestellt werden.

#### I. Der Begriff des Unternehmenskaufes

Der **Begriff des Unternehmens** ist im deutschen Recht nicht definiert. Die Versuche einer treffenden **Definition** sind zahlreich: Vom Bundesgerichtshof<sup>4</sup> als ein Gebilde bezeichnet, das sich institutionell und funktionell als Unternehmen im hergebrachten Sinne darstellt, in der Betriebswirtschaftslehre als ökonomische Einheit der Gesamtwirtschaft verstanden, die von einem Unternehmen auf eigene Rechnung und Gefahr zum Zwecke des Erwerbs betrieben wird<sup>5</sup>, ist ein Unternehmen jedenfalls **weder eine Sache noch ein Recht** im Sinne des deutschen Zivilrechts. Ein Unternehmen ist vielmehr eine **Gesamtheit von Sachen und Rechten, tatsächlichen Beziehungen und Erfahrungen sowie unternehmerischen Handlungen**<sup>6</sup>. Dabei ist nicht zu übersehen, dass auch diese Definition Begriffe enthält, die ihrerseits näherer Bestimmung bedürfen. Merkmale wie zum Beispiel Marktanteile, Ressourcen, Geschäftschancen, Vertragsbeziehungen und Arbeitsverträge geben zwar Hinweise zur Ausfüllung dieser Begriffe; allerdings können auch diese darüber nicht hinwegtäuschen,

<sup>4</sup> BGHZ 74, 359, 364; BGHZ 69, 334, 336.

<sup>5</sup> Handwörterbuch der Betriebswirtschaft I/1, S. 551.

<sup>6</sup> Ebenso Ballerstedt, ZHR 134 (1970), 251, 260.; Hommelhoff/Schwab (Festschrift für Zimmerer, S. 267, m.w.Nachw.) bezeichnen das Unternehmen als einen „lebenden Organismus mit all’ seinen Außenbeziehungen“.

dass eine umfassende Definition des Unternehmens und damit auch des Unternehmenskaufs nicht möglich ist<sup>7</sup>.

Rechtsfähig ist nur der **Rechtsträger**, der das Unternehmen betreibt. Dabei kann es sich um eine natürliche oder juristische Person oder auch um eine Personen- oder Handelsgesellschaft handeln.

## II. Der Ablauf des Unternehmenskaufes

Der **Ablauf eines Unternehmenskaufes** unterliegt keinen festen Regeln. Er ist ebenso vielfältig, wie die zu erwerbenden Unternehmen bzw. Unternehmensteile, die sich bei ihnen ergebenden wirtschaftlichen und betrieblichen Fragestellungen und die weitgehend widerstreitenden Verkäufer- und Käuferinteressen. Allerdings kann man generalisierend zwischen dem - nach wie vor häufigsten - **herkömmlichen Unternehmenskaufverfahren** und dem (beschränkten) **Bietungsverfahren** unterscheiden, das insbesondere bei größeren Transaktionen zur Anwendung gelangt. Dabei haben sich nicht zuletzt aufgrund langjähriger angloamerikanischer Erfahrungen gewisse Spielregeln, Verfahrensarten und Sprachgebräuche herausgebildet, die nachfolgend dargestellt werden.

### 1. Das herkömmliche Unternehmenskauf-Verfahren

Der **herkömmliche Unternehmenskauf**, bei dem die Vertragsanbahnung regelmäßig durch Kontakte auf höhere oder höchster Unternehmens-Ebene oder durch die Vermittlung professioneller M & A-Berater zustande kommt, vollzieht sich in der Regel in **3 Phasen**:

#### a. 1. Phase: Planungsphase

1. Phase: Planungsphase, d.h. reine Überlegungen im Vorfeld bezüglich des Entscheidungsprozesses für die Transaktion und interne Planung der Transaktion, wobei diese insbesondere der betriebswirtschaftlichen und (steuer)-rechtlichen Technik und Optimierung dient.

<sup>7</sup> Ebenso Schmidt, ZGR 1980, 277, 280.; Quack ZGR 1982, 350, 351.; Wessing, ZGR 1982, 455, 460 ff.

## **b. 2. Phase: Durchführungsphase**

In der 2. Phase, der Durchführungsphase, folgt eine Due Diligence-Prüfung, die Bewertung der Gesellschaft sowie Entwurf und Verhandlung des Transaktionsvertrages. Die Durchführungsphase umfasst diverse Unterpunkte, so z.B.:

- Geheimhaltungsvereinbarungen
- Letter of Intent
- Verhandlungsprotokoll
- Term Sheet, Heads of Agreement, Letter of Understanding
- Option
- Vorvertrag
- Due Diligence
- Vorlage des in der Regel vom Unternehmensverkäufer und seinen Rechtsberatern vorbereiteten Entwurfes eines Unternehmens-Kaufvertrages
- Verhandlungen des Unternehmenskaufes, insbesondere
  - o des Vertragsgegenstandes
  - o des Kaufpreises
  - o des Übergangszeitpunktes
  - o der zu übertragenden Forderungen und Rechtsverhältnisse, insbesondere
  - o Arbeitsverhältnisse, Gewährleistung und Garantien
- Vertragsabschluss

## **c. 3. Phase: Integrations-/Implementierungsphase**

Die letzte Phase integriert bzw. implementiert das zuvor verhandelte. Im Vergleich zu dem herkömmlichen Unternehmenskauf-Verfahren weist das **(beschränkte bzw. limitierte) Bietungsverfahren bzw. Auktionsverfahren** die Besonderheit auf, dass die Kauf- bzw. Verkauf-Interessenten regelmäßig durch M & A-Berater, Investmentbanken oder durch Abteilungen von Großbanken, die auf das Corporate-Finance-

Geschäft spezialisiert sind, akquiriert werden<sup>8</sup>. Das Bietungsverfahren lässt sich ebenso, wie andere größere Transaktionen in folgende **5 Phasen** untergliedern.

**aa. 1. Phase: Interne Planung der Transaktion und interne Vorbereitung des Verkaufs**

In der 1. Phase der internen Vorbereitung einer Transaktion empfiehlt es sich für die den Kauf oder Verkauf betreibende Partei, zunächst – je nach dem Umfang der beabsichtigten Transaktion – einen verantwortlichen **Projektleiter** mit einem **fachkundigen Projektteam** und **erforderlichenfalls ein Verhandlungsteam** aus **internen** und **externen Beratern** zu benennen. Danach sollte unter Einbeziehung einer **Due Diligence-Checkliste**<sup>9</sup> vorgegangen werden, so dass die involvierten Parteien nach einem Plan arbeiten können. Nach der Analyse und Definition des zu veräußernden Unternehmensobjektes nimmt der Veräußerer anhand einer **Finanzvorschau (Financial Forecast)** und eines **Geschäftsplanes (Business Plan)** sowie der vorhandenen und zu erwarteten Marktdaten eine **vorläufige Bewertung (Valuation)** des Kaufgegenstandes vor, um die Konditionen festlegen zu können, zu denen er zur Veräußerung bereit ist.

**bb. 2. Phase: Beginn der Verkaufsaktivitäten**

Nach dem Abschluss dieser Vorbereitungen nehmen das Projekt- bzw. Verhandlungsteam oder die M & A-Berater des Verkäufers den **ersten Kontakt zu potentiellen Käufern bzw. Investoren (Initial Marketing Approach)** auf.

---

<sup>8</sup> Siehe dazu Achleitner, S. 152 ff.

<sup>9</sup> Siehe hierzu Anlage 2: Due Diligence-Checkliste.

**cc. 3. Phase: Erste Runde des Bietungsverfahrens (First Round Bidding)**

Erst im Anschluss daran übergibt der Verkäufer den ausgewählten Kaufinteressenten den **Informations-Vermerk (Information Memorandum / Descriptive Memorandum)** und legt ihnen eventuell - allgemeine - Unternehmens-Daten und -Informationen offen. Zugleich fordert er sie auf, ihr Interesse an einem Erwerb **in einem vorläufigen und unverbindlichen Angebot (First unbinding Offer)** unter Angabe der eigenen unternehmerischen Situation und - beim Beteiligungskauf - auch der angestrebten Beteiligungsquote und Strategie binnen einer festgelegten Frist zu erklären. Bei größeren Transaktionen übersendet er ihnen ferner die **Anweisung für die erste Runde des Bietungsverfahrens (First Round Bidding Instructions)**.

**dd. 4. Phase: Weitere und abschließende Runde des Bietungsverfahrens (Final Round Bidding)**

Anhand der vorläufigen Gebote entscheidet der Verkäufer sodann, welche Kaufinteressenten er in **das weitere und abschließende Bietungsverfahren einbeziehen möchte**.

**ee. 5. Phase: Vertragsverhandlungen und Vertragsabschluss**

Vor dem Beginn der eigentlichen Vertragsverhandlungen entscheidet der Verkäufer, ob er mit den verbliebenen Kaufinteressenten entweder parallel oder in einer bestimmten Reihenfolge verhandeln möchte. Um eine gewisse Sicherheit und Ruhe in diese weiteren Verhandlungen zu bringen, wird vielfach dem an erster Stelle favorisierten Kaufinteressenten eine **zeitlich beschränkte Exklusivität** für etwaige weitere Prüfungen und die abschließenden Vertragsverhandlungen gewährt.

### III. Die Systematik des Asset Deal und des Share Deal

Der Unternehmenskauf kann strukturell auf zwei unterschiedlichen Wegen vorgenommen werden, und zwar entweder durch den **Erwerb der zum Unternehmen gehörenden Sachen und Rechte (sog. Asset Deal) oder durch den Erwerb der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung selbst (sog. Share Deal)**<sup>10</sup>.

Zwar ist der Unternehmenskauf ein Kauf im Sinne der §§ 433 ff. BGB. Unternehmenskaufverträge lassen sich aber nicht mit den einfachen Kategorien des Sach- und Rechtskaufes erfassen, sondern beinhalten entsprechend dem Begriff des Unternehmens als **Gesamtheit von Sachen und Rechten, tatsächlichen Beziehungen und Erfahrungen sowie unternehmerischen Handlungen** ein ganzes Bündel an Rechten und Pflichten. In der Literatur wird deshalb vorgeschlagen, den Unternehmenskauf zumindest teilweise der Einordnung als Kauf im Sinne des BGB zu entziehen. Eine dem wirtschaftlichen Tatbestand und der gesellschaftlichen Anschauungen angepasste Betrachtungsweise lässt es jedoch als sachgerecht erscheinen, das Unternehmen als Gegenstand des Kaufrechts anzuerkennen<sup>11</sup>.

#### 1. Der Asset Deal als Kauf einzelner Wirtschaftsgüter

Der Unternehmenskauf kann durch eine **Übertragung der Gesamtheit der Wirtschaftsgüter** (Sachen und Rechte) also der Aktiva und der Passiva des Unternehmens erfolgen. Diese Variante wird als **„Kauf durch Singularsukzession“** oder **„Asset Deal“** bezeichnet und stellt einen **Sach- und Rechtskauf** im Sinne des § 433 bzw. § 453 BGB dar<sup>12</sup>.

Der Verkäufer verpflichtet sich dabei zur Abtrennung der zum Unternehmen gehörenden Wirtschaftsgüter von ihrem bisherigen (direkten)

<sup>10</sup> Zur Abgrenzung von Unternehmenskauf und Anteilsverkauf ausführlich Hommelhoff, ZGR 1982, S. 366 ff.

<sup>11</sup> Vgl. MünchKomm-Westermann, BGB, § 433, Rn. 9; davon gehen auch die Entscheidungen RGZ 63, S. 57, 60; 67, S. 81, 86 und BGH NJW 1970, S. 319, 320; 1977, S. 712, 714 aus.

<sup>12</sup> RGZ 63,57 (62); RGZ 67, 86,88. Vgl. Hiddemann, ZGR 1982, 435, 438, der den Unternehmenskauf als „Prototyp des Verkaufs einer Sachgesamtheit“ ansieht.

Rechtsträger und zur Übertragung auf den Unternehmenskäufer nach den dafür maßgeblichen Vorschriften. Kein Unternehmenskauf liegt hingegen vor, wenn zum Beispiel **nur einzelne Sachen oder Rechte**, alle Warenzeichen oder das gesamte Know-how verkauft werden. Das Unternehmen muss vielmehr entweder als Sachgesamtheit oder zumindest mit allen wesentlichen Bestandteilen verkauft werden.

## **2. Der Share Deal als Kauf der Anteile oder einer Beteiligung an einer Gesellschaft**

Der Kauf eines Unternehmens kann auch durch die Übertragung des Rechtsträgers im Wege des **Anteils- bzw. Beteiligungserwerbs** erfolgen. Rechts-träger eines Unternehmens kann eine juristische Person (z.B. AG, GmbH), eine Personengesellschaft (OHG, KG, GmbH&Co.KG, GmbH&Co.KGaA) oder ein Einzelunternehmen sein. Bei der Kapital- und Personengesellschaft ist das dem Unternehmen zugeordnete Vermögen eindeutig vom Privatvermögen der Gesellschafter getrennt. Die gesellschaftsrechtliche Beteiligung des Verkäufers stellt den unmittelbaren rechtlichen Kaufgegenstand dar, so dass sie **Identität des Unternehmens unberührt** bleibt. Diese Form des Unternehmenskaufs wird als „**Share Deal**“ bezeichnet und ist ein Rechtskauf im Sinne des § 453 BGB<sup>13</sup>. Ein Sachkauf liegt neben dem Rechtskauf nur dann vor, wenn das Mitgliedschaftsrecht in einem Wertpapier, z.B. einer Aktie verkörpert ist<sup>14</sup>.

Problematisch und von erheblicher praktischer Bedeutung ist die Frage, ab welcher Beteiligungsquote der **(Rechts-)Kauf der Gesellschaftsanteile** auch den Kauf des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens selbst beinhaltet, so dass der Kauf als **Sachkauf** gem. § 433 BGB zu werten ist, mit der Folge der Anwendbarkeit der Gewährleistungsbestimmungen der §§ 434 ff. BGB.

Besteht die Wahlmöglichkeit zwischen dem Asset Deal und einem Share Deal, so sind bei der Entscheidung insbesondere deren steuer-

<sup>13</sup> RGZ 86, S. 146 (148 f.); MünchKomm-Westermann, BGB, § 433, Rn. 14; Hiddemann, ZGR 1982, S. 435 f., 438 f. m.w.Nachw.

<sup>14</sup> Staudinger-Honsell, § 459, Rn 9.

rechtliche Folgen zu berücksichtigen<sup>15</sup>. Der Vollzug eines Unternehmenskaufes nach den Regeln des Share Deals ist zwar in der Regel einfacher. Den Sorgfaltsmaßstab und Aufwand bei der Vorbereitung des Unternehmenskaufes mindert dies jedoch nicht.

#### **D. Das vorvertragliche Verhandlungsstadium**

Unternehmen sind komplexe Kaufgegenstände. Unternehmenskäufe bedürfen daher einer **sehr sorgfältigen Vorbereitung und Verhandlung**. Im Vorfeld des Vertragsschlusses müssen zahlreiche rechtlich relevante Einzelheiten beachtet werden, die sowohl für das Zustandekommen und die Durchführung des Vertragswerkes bzw. der Transaktionen als auch für etwaige Ansprüche oder deren Abwehr beim Scheitern der Vertragsverhandlungen bedeutsam sind. Im Laufe fortschreitender Verhandlungen kann bei den Vertragspartnern das Bedürfnis entstehen, den bisherigen Verhandlungsstand schriftlich festzuhalten. Hinsichtlich ihrer im Vorfeld abgegebenen Erklärungen müssen sich die Parteien deshalb entscheiden, ob und gegebenenfalls welche **Bindungswirkung** diesen Erklärungen zukommen soll.

#### **I. Das vorvertragliche Schuldverhältnis gemäß § 311 Abs. 2 BGB (c.i.c.)**

Dabei ist zu beachten, dass ein **Schuldverhältnis** mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB nicht nur durch einen **Vertrag** (§ 311 I BGB) entstehen kann. Vielmehr kann ein Schuldverhältnis gemäß § 311 II Nr. 1 BGB, der das von der Rechtsprechung entwickelte Institut des **Verschuldens bei Vertragsschluss (culpa in contrahendo - c.i.c.)** gesetzlich regelt, auch durch die **Aufnahme von Vertragsverhandlungen** und die **Anbahnung eines Vertrages** oder **ähnliche geschäftliche Kontakte** entstehen.

---

<sup>15</sup>

Siehe dazu die steuerrechtliche Betrachtung in Teil II. der Untersuchung.

Parteien eines solchen vorvertraglichen Schuldverhältnisses können grundsätzlich nur die **Partner des in Aussicht genommenen Vertrages** sein<sup>16</sup>.

In Ausnahmefällen kann ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB aber auch zu einem **Dritten**<sup>17</sup> entstehen, der nicht selbst Vertragspartei werden soll (§ 311 Abs. 3 BGB). Dies gilt insbesondere dann, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsabschluss erheblich beeinflusst. Als Beispiele hierfür kommt die Verhandlungsführung von Rechtsanwälten ebenso in Betracht, wie die Darstellungen und Äußerungen von Investment-Beratern in Pressekonferenzen, Unternehmenspräsentationen oder Informationsmemoranden. Auch ist in diesem Zusammenhang die vertragliche Regelung des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB zu berücksichtigen, wonach **öffentliche Äußerungen** des Verkäufers oder seines **Gehilfen** die Erwartung eines Käufers in die Beschaffenheit der Kaufsache begründen können.

### 1. **Letter of Intent (LoI)**<sup>18</sup>

Das aus dem angelsächsischen Rechtskreis stammende Institut des **Letter of Intent (LoI)**<sup>19</sup> entzieht sich einer allgemein gültigen Definition. Grundsätzlich wird er als rechtlich unverbindliche, formfreie **Absichtserklärung** verstanden, mit der der erklärende Verhandlungspartner seine Bereitschaft signalisiert, mit dem Adressaten unter bestimmten Voraussetzungen einen bereits in gewissen Modalitäten skizzierten Vertrag abschließen zu wollen<sup>20</sup>. Der „Letter of Intent“ ist in der Regel eine einseitige Erklärung einer Partei, die vielfach auch mit der Bitte um Bestätigung durch den Empfänger abgegeben wird. Denkbar ist dabei auch eine gemeinsame Erklärung beider Verhandlungspartner in einem zwei-

<sup>16</sup> Palandt/Heinrichs, BGB, § 311, Rn. 20.

<sup>17</sup> Siehe Moosmayer, a.a.O., S.13 ff.; Rotthege/Wassermann, a.a.o, 1. Teil, Rn. 48 ff.

<sup>18</sup> Siehe hierzu Anlage 1: Letter of Intent.

<sup>19</sup> Ausführlich dazu Lutter, Der Letter of Intent.

<sup>20</sup> Holzapfel/Pöllath, Rn. 7 ff.; MünchKomm-Kramer, BGB, Vor § 145, Rn. 41; Palandt/Heinrichs, BGB, Vor § 145, Rn. 18.

seitigen Letter of Intent<sup>21</sup>. Die häufigste Erscheinungsform ist die Erklärung der Absicht, zu einem bestimmten rechtsgeschäftlichen Ergebnis, nämlich der Unternehmensübertragung zu kommen. Eigentlicher Grund für eine solche Erklärung ist deren verhandlungs-psychologische Wirkung. Immerhin schreibt ein Letter of Intent faktisch ein bereits erreichtes Verhandlungsergebnis fest. Ferner kann er als Grundlage für Überlegungen sowie Entscheidungen von Gremien dienen, deren Zustimmung möglicherweise erforderlich sind.

Somit kann ein Letter of Intent einen **qualifizierten Vertrauens-tatbestand** i.S.d. § 311 Abs. 2 BGB begründen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn sich einer der Beteiligten durch die von ihm abgegebenen Erklärungen, wie z. B. die Zusicherung der grundsätzlichen Kauf- oder Veräußerungsbereitschaft oder die Zusicherung, keine verdeckten Parallelverhandlungen mit Dritten zu führen, zwar nicht im Sinne einer (vor-)vertraglichen Verpflichtung bindet, aber doch seine Verhandlungsposition derart konkretisiert, dass er den Vertragsabschluss nur noch aus bestimmten Gründen verweigern darf. In einem solchen Falle kann der Letter of Intent eine derartige Verhaltensbindung beinhalten, dass das Abweichen von dieser Verhaltensgrundlage ohne einen triftigen Grund eine Schadensersatzhaftung auslösen kann<sup>22</sup>.

Bei der **Formulierung** eines Letter of Intent wird deshalb stets besonders darauf zu achten sein, dass er grundsätzlich nur die rechtlich nicht verbindliche Fixierung der Verhandlungspositionen des Erklärenden darstellen soll und es in diesem frühen Verhandlungsstadium regelmäßig noch an einem **Bindungswillen** des Verhandlungspartners im Sinne des § 311 Abs. 2 BGB und erst recht an einem vertraglichen Bindungswillen im Sinne des § 311 Abs. 1 BGB fehlen soll<sup>23</sup>. Zur Vermeidung von Missverständnissen sollte daher eindeutig geregelt werden, ob und gegebenenfalls inwieweit und hinsichtlich welcher Klauseln ein Letter of Intent eine Bindungs- oder (Vertrauens-) Haftungswirkung entfalten soll.

---

<sup>21</sup> Beisel/Klumpp, 1. Kapitel, Rn. 66 ff.; Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, § 3, Rn. 13 ff.

<sup>22</sup> Vgl. Lutter, Der Letter of Intent, S. 62 ff. Siehe auch das Muster eines LoI bei Liebs, S. 35.

<sup>23</sup> OLG Köln, OLG Report Köln 1994, 61; Palandt/Heinrichs, BGB, Einf. Vor § 145, Rn. 21.

Dabei ist zu beachten, dass die **Bezeichnung** eines Schreibens als „Letter of Intent“ in der Überschrift eines Dokumentes nur als Indiz für die rechtliche Wertung heranzuziehen ist<sup>24</sup> und der Bezeichnung allein für die rechtliche Beurteilung keine entscheidende Bedeutung zukommt. Nach §§ 133, 157 BGB ist vielmehr trotz des in § 133 BGB enthaltenen Verbots der „Buchstabeninterpretation“ zunächst vom Wortlaut der Erklärung auszugehen und auf den Parteiwillen abzustellen<sup>25</sup>.

Ein als „Letter of Intent“ bezeichnetes Schreiben kann deshalb im Einzelfall durchaus eine **Verhaltens- bzw. Vertrauensbindung** im Sinne des § 311 Abs. 2 BGB beinhalten. Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn sich einer der Beteiligten durch die von ihm abgegebenen Erklärungen, wie zum Beispiel die Zusicherung der grundsätzlichen Kauf- oder Veräußerungsbereitschaft oder die Zusicherung, keine verdeckten Parallelverhandlungen mit Dritten zu führen, zwar nicht im Sinne einer (vor-)vertraglichen Verpflichtung bindet, aber doch seine Verhandlungsposition derart konkretisiert, dass er der Vertragabschluss nur noch aus bestimmten Gründen verweigern darf und ein Abweichen von dieser Verhaltensgrundlage ohne einen triftigen Grund eine Schadensersatzhaftung auslösen kann. Darüber hinaus kann ein als „Letter of Intent“ bezeichnetes Schreiben aber auch sogar eine **(vor-) vertragliche verbindliche Vereinbarung** im Sinne des § 311 Abs. 1 BGB beinhalten<sup>26</sup>.

## 2. Weitere mögliche qualifizierte Vertrauensstatbestände<sup>27</sup>

Während der ersten Phase längerer Vertragverhandlungen erstellen die Parteien vielfach ein **Term Sheet, Verhandlungsprotokoll, Positionspapier, Punktation oder Heads of Agreement, Letter of Understanding oder Memorandum of Understanding**. In der Regel werden mit derartigen Erklärungen die Hauptthemen einer geplanten vertraglichen Vereinbarung, über die bereits ein gewisses Einvernehmen erzielt oder sogar (ab-

<sup>24</sup> Vgl. Lutter, Der Letter of Intent, S. 25.

<sup>25</sup> BGH NJW 2001, 144 (144); BGH NJW 2001, 2535 (2535); Palandt/Heinrichs, BGB, § 133, RN 14.

<sup>26</sup> OLG Köln, OLG Report Köln 1994, 61.

<sup>27</sup> Sehr ausführlich hierzu Stawowy, a.a.O., S. 145 ff.

schließend) verhandelt wurde, schriftlich zusammengefasst, um sie als Teil der Vorverhandlungen in die weiteren Vertragverhandlungen einzubringen.

Mit der schriftlichen Formulierung der Verhandlungs-(Zwischen-) Ergebnisse ist wie beim Letter of Intent regelmäßig noch nicht ohne weiteres die Schaffung eines qualifizierten Vertrauenstatbestandes im Sinne des § 311 Abs. 2 BGB und erst recht noch keine Einigung über einen Vertragsabschluss im Sinne des § 311 Abs. 1 BGB verbunden. Die Parteien können daher den Inhalt ihrer Erklärungen regelmäßig ohne rechtliche Konsequenzen einseitig aufheben oder abändern<sup>28</sup>, sofern die Vertragsverhandlungen nicht willkürlich abgebrochen werden.

Wie beim Letter of Intent ist aber anhand der jeweiligen Formulierungen im Einzelfall zu prüfen, welche rechtliche Qualität einer solchen Erklärung, wie z.B. einem **Term Sheet**, beizumessen ist. Während der englischsprachige Begriff „Sheet“ in der deutschen Sprache etwa mit dem Begriff „Blatt“ oder „Bogen“ zu übersetzen ist, versteht man unter dem englischen Begriff „Term“ in der deutschen Sprache Begriffe wie „Bedingungen“, „Bestimmungen“ oder auch „Vertragsmodalitäten“<sup>29</sup>. Der Begriff „Sheet“ kann daher sowohl betriebswirtschaftlich als auch rechtlich zu verstehen sein. Aus diesem Grunde kann auch der Begriff „Term Sheet“ nicht präzise einem deutschen Rechtsbegriff oder Rechtsinstitut zugeordnet werden.

Ebenso können **Verhandlungsprotokolle, Positionspapiere, Punktationen** oder **Heads of Agreement** nicht ohne weiteres rechtlich klassifiziert werden. Entsprechendes gilt auch für **den Letter of Understanding** oder das **Memorandum of Understanding (MoU)**, die eine bis dahin mehr oder weniger erreichte Verständigung der Verhandlungspartner dokumentieren sollen<sup>30</sup>. Auch insoweit handelt es sich typischerweise um rechtlich unverbindliche Zusammenfassungen wesentlicher Eckpunkte einer geplanten Transaktion<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Vgl. RGZ 130, 73,75.

<sup>29</sup> Dietl/Lorenz, Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik, 6. Auflage, München 2000, Stichwort „term“; Romain/Bader/Byrd, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil I, Englisch-Deutsch, 5. Auflage, München 2000, Stichwort „term“.

<sup>30</sup> Hertel, BB 1983, 1824 (1825); Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, § 3, Rn. 16.

<sup>31</sup> Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, § 3, Rn. 16.

Ausverhandelte Fassungen derartiger Erklärungen werden in der Regel von beiden Geschäftspartnern unterschrieben, um den Stand ihrer Verhandlungen zu dokumentieren. Trotz z.T. umfangreicher, vorausgehender Verhandlungen beinhalten die Dokumente regelmäßig nur wirtschaftliche (Roh-)Konzepte oder die Zusammenfassung von beabsichtigten Geschäften oder Geschäftsmodellen, auf die sich die Geschäftspartner in einem gewissen Umfang verständigt haben. Insofern handelt es sich bei den Erklärungen meistens vielfach nur um ein „**Gentlemen’s Agreement**“, welchem jeglicher Rechtsbindungswille fehlt. Stets wird aber im Wege der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu prüfen sein, ob die (gemeinsame) Erklärung bereits einen qualifizierten Vertrauenstatbestand im Sinne des § 311 Abs. 2 BGB begründet oder ob sie sogar das Angebot eines oder beider Verhandlungspartner zum Abschluss eines (Vor-)Vertrages mit der Verpflichtung der Parteien zum späteren Abschluss eines Hauptvertrages<sup>32</sup> beinhaltet.

Dabei wird zwar die Bezeichnung eines Schriftstückes als **Term Sheet**, **Verhandlungsprotokoll**, **Positionspapier**, **Punktation**, **Heads of Agreement** oder **Memorandum of Understanding** wie beim Letter of Intent als **Indiz** eher gegen als für einen Rechtsbindungswillen des Erklärenden sprechen. Eine abschließende rechtliche Wertung ist allerdings aus der bloßen Überschrift nicht herleitbar<sup>33</sup>. Insofern kommt es für die rechtliche Bewertung neben der Bezeichnung vor allem auf den tatsächlich erklärten Inhalt an<sup>34</sup>. Dabei ist das Schriftstück in seiner Gesamtheit zu betrachten, wobei besonderes Augenmerk auch auf die von den Parteien gewählten Formulierungen zu legen ist<sup>35</sup>.

## **II. Die vorvertraglichen Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB**

Nach § 241 Abs. 2 BGB erlegt das Schuldverhältnis den Verhandlungspartnern **Pflichten zur gegenseitigen Rücksichtnahme, Fürsorge und**

<sup>32</sup> Jauernig, Vor § 145, Rn. 5; MünchKomm-Kramer, BGB, Vor § 145, Rn. 43; Palandt/Heinrichs, Vor § 145, Rn. 19; Ritzinger, NJW 1990, 1201 (1201); Soergel/Wolf, Vor § 145, Rn. 57; Staudinger/Bork, BGB, Vor §§ 145 ff., Rn 51.

<sup>33</sup> Vgl. Lutter, Der Letter of Intent, S.25.

<sup>34</sup> Hertel, BB 1983, 1824 (1826); MünchKomm-Kramer, BGB, Vor § 145, Rn. 43.

<sup>35</sup> Vgl. Lutter, Der Letter of Intent, S. 21.

**Loyalität** auf und verlangt von ihnen die Sorgfalt von Schuldern. Eine Verletzung dieser vorvertraglichen Pflichten durch einen Verhandlungspartner kann im Falle eines schuldhaften Verhaltens einen Schadensersatzanspruch des anderen Verhandlungspartners nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 280 ff. BGB begründen<sup>36</sup>. Die Bestimmung des zu ersetzenden Schadens erfolgt grundsätzlich nach den §§ 249 ff<sup>37</sup>.

## **1. Vorvertragliche Verhaltenspflichten des Unternehmensverkäufers**

### **a. Sicherungspflichten**

Zunächst zu betrachten ist eine zumeist unter dem Stichwort der Schutz- bzw. Erhaltungspflichten behandelte Gruppe von Pflichten. Es sind dies die Pflichten des Verfügungsberechtigten, Gefahrenquellen in seiner räumlichen Sphäre in zumutbarem Rahmen zu sichern und so zu verhindern, dass Dritte hierdurch Schaden erleiden (daher auch als Gefahrabwendungs- oder Gefahrvermeidungspflichten bezeichnet)<sup>38</sup>. Nach dem Inhalt ihres Handlungsimperativs kann man diese Pflichten auch als Sicherungspflichten bezeichnen. Dabei obliegt dem Pflichtigen der Schutz von nicht den Vertrag betreffenden Rechtsgütern des anderen (Integritätsinteresse). Häufig werden die einzelnen Pflichten in der Literatur nach diesen geschützten bzw. verletzten Rechtsgütern weiter unterteilt<sup>39</sup>. Dies ist hier jedoch entbehrlich.

Zweck dieser **Sicherungspflichten** ist es, die Rechtsgüter des anderen zu schützen und dadurch den rechtsgeschäftlichen Verkehr zu sichern. Die Sicherungspflichten sind deshalb stets zugleich auch Schutzpflichten. Teilweise werden denn auch die Begriffe Schutz- und Sicherungspflichten gleichgesetzt<sup>40</sup>. Zur Vermeidung von Missverständnissen ist aber der

<sup>36</sup> BGHZ 71, S. 386 ff.; BGHZ 92, S. 175 ff.; BGH WM 1989, S. 685, 687; Vgl. auch Kapp, DB 1989, S. 1224, 1225 m.w.Nachw.

<sup>37</sup> Erman/Battes, BGB, § 276, Rn. 124.

<sup>38</sup> Zur allgemeinen Umschreibung vgl. MünchKomm-Mertens, BGB, § 823, Rn. 209.

<sup>39</sup> Etwa bei MünchKomm-Emmerich, BGB, Vor § 275, Rn. 72 ff.

<sup>40</sup> So etwa auch Soergel-Huber, BGB, Anhang I § 433, Rn. 93, der zwar scheinbar differenziert, dies aber nur im Hinblick auf das jeweils einschlägige Haftungssystem und nicht auf die Funktion des Begriffes.

Begriff der Sicherungspflichten zu verengen und nur für Pflichten mit Gefahrenquellen sicherndem Inhalt und somit nicht als Synonym für Schutzpflichten aller Art zu benutzen.

In concreto sind hier, für die c.i.c. ausgehend vom „Linoleumrollenfall“, die klassischen Fälle von Körper- und Eigentumsverletzungen aufgrund der Verkehrseröffnung in der räumlichen Sphäre (Gefahrenbereich) des Pflichtigen gemeint<sup>41</sup>. Diesbezügliche Sicherungspflichten sind grundsätzlich auch im Bereich des Unternehmens- und Anteilskaufes zu beachten, da sich etwa die jeweiligen Verhandlungspartner bzw. Unterhändler häufig in fremden Bereichen (Gebäude, Gewerberäume, „data room“, Grundstücke, Anlagen aller Art) aufhalten. Hier sind an die Pflichten jedoch geringere Maßstäbe anzulegen, als etwa in den Kaufhausfällen, da dort regelmäßig der eröffnete Verkehr wesentlich umfangreicher ist und die Pflichten daher „gesteigert“ sind.

#### **b. Informationspflichten (Aufklärungspflichten)**

Als zweite Pflichtengruppe sind die **Aufklärungs- bzw. Informationspflichten** zu besprechen. Ihnen kommt nicht nur allgemein eine besonders große Bedeutung innerhalb der Verhaltenspflichten zu, sondern auch in ganz besonderem Maße für den Unternehmens- und Anteilskauf. Die Informationspflichten bilden, vor allem nach der Rechtsprechung, den Schwerpunkt der vorvertraglichen Verhaltenspflichten auf Seiten eines Unternehmensverkäufers. Die Rechtsprechung erkennt dabei grundsätzlich bereits eine fahrlässige Informationshaftung an, ein Haftungsmaßstab, der für den Großteil der zu lösenden Fälle von entscheidender Bedeutung ist. Die Frage des Verschuldens ist im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht von grundsätzlicher Relevanz, da hier lediglich die jeweiligen Pflichten unabhängig von ihrer Funktion innerhalb des Haftungssystems dargestellt werden sollen.

Wie noch näher zu zeigen sein wird, können sich **Informationspflichten** jeweils nur für den konkreten Einzelfall ergeben, so dass diese Arbeit keine allgemeingültigen statischen Pflichten feststellen kann. Es kann vielmehr nur darum gehen, grundlegende Überlegungen zu Inhalt, Umfang

---

<sup>41</sup>

Ständige Rechtsprechung seit RGZ 78, S. 239 (239 ff.); vgl. etwa BGH NJW 1962, S. 31 (32).

und Grenzen der Informationspflichten anzustellen, um so für durchschnittstypische Fälle ein Ergebnis zu erlangen. Dabei geht es vorrangig darum, festzustellen, wo Informationspflichten in Frage kommen und wo sie typischerweise abzulehnen sind.

**aa. Information über subjektive und objektive Hindernisse von Vertragsschluss und Vertragswirksamkeit**

**aaa. Information über mögliche Hindernisse des Vertragsschlusses**

Zunächst näher zu betrachten sind die Fälle eines subjektiven Hindernisses, also der mangelnden inneren Bereitschaft zur Kontrahierung. Da jede Partei grundsätzlich frei ist, die Verhandlungen ohne Grund und zu jedem Zeitpunkt abubrechen, kann eine Informationspflicht über die innere Bereitschaft zur Kontrahierung allenfalls angenommen werden, wenn sich aus dem **Verhalten** (nicht Aussage, da dann Wahrheitspflicht) des Verkäufers ausnahmsweise ergibt, dass der intendierte Vertragsschluss sicher ist (etwa nach endgültiger Einigung über die offenen Punkte). Auf dieses Hervorrufen falscher Abschlusserwartungen gründet sich ggf. das besondere Vertrauen des Verhandlungspartners in das Zustandekommen des Vertrages.

Selbst eine derartige ausnahmsweise Erregung der Vorstellung vom Vertragsschluss als sicher kann jedoch nur dann Informationspflichten auslösen, wenn sie nicht mit der tatsächlichen, inneren Bereitschaft übereinstimmt. Diese Voraussetzungen sind gegeben, wenn der Verkäufer die Verhandlungen nur scheinbar ernsthaft führt, in Wirklichkeit aber zum Abschluss gar nicht bereit ist und es daher zum Verhandlungsabbruch kommt. Insbesondere im Falle eines fälschlich die Ernsthaftigkeit der Verhandlungen suggerierenden Letter of Intent ist damit eine Haftung zu bejahen<sup>42</sup>. Dahinter stehende Grundidee ist das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium nulli conceditur*). Um dem über

---

<sup>42</sup> Lutter, Der Letter of Intent, S. 70 f. (Teile von Fallgruppe (1)); Münchener Vertragshandbuch-Thümmel Bd. 3, 2, I.1. Anm. 12 b.

seine innere Bereitschaft zum Vertragsschluss „Täuschenden“ für diesen Fall das Risiko für sein Verhalten aufzuerlegen, ist hier eine Pflicht anzunehmen, beim Partner keine unberechtigten Erwartungen auf den Vertragsschluss zu erwecken, d.h. positiv formuliert, ihn über die subjektiven Aussichten des intendierten Vertragsschlusses zutreffend zu informieren<sup>43</sup>.

**bbb. Information über der Vertragswirksamkeit entgegenstehende objektive Hindernisse (insbesondere Form- und Zustimmungspflichtigkeit)**

Hier geht es um solche Fallkonstellationen, in denen aus **rechtlichen Gründen** kein wirksamer Vertrag zustande kommt, der Käufer den Vertrag aber bereits für wirksam erachtet und es aus besonderen Gründen in die Verantwortung (Sphäre, Geschäftskreis) einer Partei fällt, die andere über solche rechtlichen Hindernisse zu informieren<sup>44</sup>. Im Anschluss an die Rechtsprechung sollen rechtliche Wirksamkeitshindernisse vorliegen im Fall des verspäteten Zugangs der Annahmeerklärung, des Dissenses wegen unklarer Ausdrucksweise, des rechtlich unzulässigen Inhalts des Kaufvertrages (z.B. § 138 BGB oder die Verwendung unwirksamer Vertragsbedingungen), der Unwirksamkeit nach gesetzlichen Spezialregeln (z.B. § 60 BörsG), der Nichterfüllung eines gesetzlichen oder vertraglichen Formerfordernisses oder einer mangelnden (öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen) Einwilligung bzw. Genehmigung. Zustimmungserfordernisse für den Bereich des Unternehmenskaufes ergeben sich dabei vor allem aus besonderen gesellschafts-, familien-, erb- oder öffentlich-rechtlichen Beziehungen, während sich Formerfordernisse vor allem aus § 313 b BGB (Unternehmenskauf) sowie § 15 Abs. 3 und 4 GmbH G (Anteilkauf) ergeben können.

---

<sup>43</sup> Vgl. nur BGHZ 71, S. 386 (396); BGH WM 1979, S. 458 (462).

<sup>44</sup> Vgl. BGHZ 99, S. 101 (106) m.w.Nachw.

### **bb. Information über persönliche Verhältnisse**

Grundsätzlich kann sich eine Informationspflicht auch auf persönliche Umstände beziehen. Dabei kommen einerseits die pflichtigen Personen selbst (im Rahmen dieses Abschnitts also der Verkäufer) sowie andererseits die Mitarbeiter im Unternehmen in Betracht.

### **aaa. Eigene wirtschaftliche Verhältnisse des Verkäufers**

Grundsätzlich gilt, dass Verhandlungsparteien über die eigenen **Vermögensverhältnisse** (d.h. Kreditwürdigkeit) und ihre abzusehende Entwicklung nicht aufzuklären haben. Dies gilt selbst dann, wenn Zweifel an ihrer Leistungsfähigkeit bestehen<sup>45</sup>. Davon werden Ausnahmen nur für den Fall gemacht, dass das schutzwürdige Interesse der anderen Partei an einer ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung (Erfüllung) bereits vor Vertragsabschluss stark gefährdet ist und daher eine diesbezügliche Information geboten erscheint, um dem Käufer vorab Klarheit über sein gegenüber dem Regelfall erhöhtes Risiko zu verschaffen. Welche besonderen Voraussetzungen dazu vorliegen müssen, wird dabei jedoch unterschiedlich beantwortet. Ausnahmen werden in der Rechtsprechung vor allem für besondere Vertrauensbeziehungen wie insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen mit „personalem Einschlag“ in Verbindung mit bestehender Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung oder Konkursreife gemacht<sup>46</sup>. Einschlägige Rechtsprechung zum Unternehmenskauf gibt es diesbezüglich jedoch nicht. Da Informationspflichten bezüglich der eigenen **wirtschaftlichen Situation** allenfalls in eng begrenzten Ausnahmefällen überzeugen können, sind hier jedenfalls keine weiteren Sonderfälle zu bilden. In neuerer Zeit werden derartige Informationspflichten (insbesondere des Geschäftsführers bzw. Vorstandes) allerdings weniger im Bereich vorvertraglicher Informationspflichten als vielmehr unter dem Stichwort **Konkursverschleppung** (§ 823 Abs.2 BGB i.V.m. § 64 GmbHG) diskutiert. Dies beruht darauf, dass die Geltendmachung eines Schadensersatzes häufig in

<sup>45</sup> Soergel-Huber, BGB, Anhang I § 433, Rn. 136 m.w.Nachw.

<sup>46</sup> So die Rspr. Zum Warenkredit, vgl. BGH NJW 1989, S. 292.

Verbindung mit einer Eigenschaft des Geschäftsführers Sinn macht, da so auf eine weitere Haftungsmasse zugegriffen werden kann<sup>47</sup>.

### **bbb. Informationen bezüglich der Mitarbeiter**

Ferner hält der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung vom 16. Januar 1991 eine Informationspflicht über persönliche, oder genauer charakterliche Eigenschaften von Mitarbeitern im Rahmen eines Unternehmenskaufes grundsätzlich für möglich<sup>48</sup>.

Für den Fall der **besonderen Bedeutung eines Mitarbeiters** für das Unternehmen, die sich - etwa wie im entschiedenen Fall - im direkten und deutlichen Verlust von an die Person gebundenen Umsätzen, Aufträgen o.ä. niederschlagen muss, kann dann eine Informationspflicht in Frage kommen. Im Rahmen eines Unternehmenskaufs größeren Ausmaßes, insbesondere auch außerhalb des Sektors der freien Berufe, wird die Bedeutung eines einzelnen Mitarbeiters für das Unternehmen aber meist so gering sein, dass keine Informationspflichten bestehen. Dies ist regelmäßig selbst dann anzunehmen, wenn einer der leitenden Angestellten bis hin zum Vorstand betroffen ist, da eine direkte Bindung der Kunden an die Person typischerweise nicht besteht (auf die Problematik des § 613 a BGB ist hier nicht einzugehen).

### **cc. Informationen hinsichtlich des Kaufgegenstandes**

Die zentrale Gruppe von Informationspflichten beim Unternehmenskauf betrifft den **Kaufgegenstand** selbst. Der grundsätzliche Umfang der möglichen Bestandteile des Kaufgegenstandes Unternehmens wurde bereits oben ausführlich geklärt. Im Gegensatz zu den behandelten Sicherungspflichten werden die hier zu besprechenden Fälle allerdings regelmäßig erst mit Vertragsschluß relevant. Allerdings ist diese Annahme keineswegs notwendig. Wird etwa während einer Verhandlung ab einem frühen Zeitpunkt x auf einer unzureichenden Informationsgrundlage weiterver-

<sup>47</sup> Soergel-Huber, BGB, Anhang I § 433 Rn., 134 ff. m.w.Nachw.; OLG Köln NZG 2000, S. 439 (439 f.).

<sup>48</sup> So BGH NJW 1991, S. 1223 (1224) = WM 1991, S. 589 = BB 1991, S. 496.

handelt und bricht der Käufer die Verhandlungen zum noch vor Vertragsschluss liegenden Zeitpunkt  $y$  (z.B. wegen Unerreichbarkeit des mit der Akquisition betriebenen Ziels) ab, weil er inzwischen die wahre Sachlage kennt, so ist es geradezu zwingend, auch hier eine Informationspflicht als bestehend und verletzt zu betrachten. Bei schuldhaftem Verhalten und einem entstandenen Schaden (etwa anteilige Kosten bei der Beratung) besteht auch dann eine Haftung aus c.i.c. gem. § 241 Abs. 2 BGB.

### **aaa. Marktverhältnisse, wirtschaftlicher Wert**

Über die allgemeinen **Marktverhältnisse** (Marktlage, Konkurrenzsituation) brauchen die Partner nach ganz h.M. grundsätzlich keine Auskünfte zu erteilen, da diese allgemein bekannt bzw. über unbeteiligte Dritte erforschbar sind<sup>49</sup>. Gleiches gilt nach der Ordnung des BGB auch für den wirtschaftlichen Wert des Unternehmens bzw. der Angemessenheit (Marktgerechtigkeit) des geforderten Entgelts als Gegenleistung, auch wenn der Marktwert weit unter dem Kaufpreis liegen sollte, und die Preisgestaltung durch den Verkäufer. Es ist daher Sache des Käufers sich über den Markt, den Wert und andere für seine Preiskalkulation erhebliche Umstände zu informieren. Das Äquivalenzrisiko trägt somit der Käufer. Die Ablehnung einer Informationspflicht seitens des Verkäufers wird dadurch unterstrichen, dass in neuerer Zeit eine sog. Due Diligence empfohlen wird, in deren Rahmen es für den Käufer darauf ankommt, die zukunftsorientierten Chancen am Markt näher zu beurteilen<sup>50</sup>. Diese Praxis macht deutlich, dass die Informationsgewinnung regelmäßig als im Interesse und als Aufgabe des Käufers angesehen wird.

### **bbb. Einzelne Wirtschaftsgüter**

Zum Unternehmen gehört regelmäßig eine Vielzahl verschiedener **Wirtschaftsgüter** (Sachen, Rechte, Immaterialgüter), die in Bezug auf das Unternehmen nur von untergeordneter Bedeutung sind. Im Fall, dass ein

<sup>49</sup> BGH NJW 1987, S. 909 (910); NJW 1992, S. 899 (900); OLG Hamburg WM 1994, S. 1378 (1386).

<sup>50</sup> Ausführlich zur Market Due Diligence Berens/Brauner, a.a.O., S. 293 ff.

solches Wirtschaftsgut nicht den Erwartungen entspricht, stellt sich die Frage, ob diesbezüglich eine Haftung aus c.i.c. wegen Informationspflichtverletzung denkbar ist. Grundsätzlich lässt sich hierbei eine Informationshaftung (und parallel dazu Gewährleistung) an zwei Stellen, nämlich Einzelteil oder Unternehmen, festmachen. Der Fehler des Wirtschaftsgutes muss dabei nach überwiegender Meinung Auswirkungen auf das ganze Unternehmen haben, um relevant zu werden, während nach anderer Ansicht bereits jeder Fehler eines einzelnen Wirtschaftsgutes eine auf diesen bezogene Gewährleistung auslösen soll<sup>51</sup>. Letzterem wird jedoch zu Recht von der h.M. für den Bereich der Sachmängel am Substrat energisch widersprochen. Für den Bereich der Rechtsmängel besteht diese Kritik zwar auch, doch wird sie hier aufgrund der Gefahr von Wertungswidersprüchen seltener vorgetragen, das heißt eine Haftung in direkter Anknüpfung an den Rechtsmangel des Einzelteils häufiger bejaht<sup>52</sup>. Für die Annahme von Informationspflichten gilt im Übrigen, dass hinsichtlich unwesentlicher Bestandteile - nach der Rspr. wegen mangelnder „**Wesentlichkeit**“ und nach der hier vertretenen, differenzierten Ansicht wegen mangelnden Informationsbedarfes - eine Informationspflicht grundsätzlich nicht zu begründen ist<sup>53</sup>. Richtigerweise ist hier daher ausschließlich auf die Gesamtheit des Kaufgegenstandes Unternehmen abzustellen, so dass die unmittelbare einzelteilbezogene Anwendung sowohl von Gewährleistung als auch von c.i.c. wegen Informationspflichtverletzung ausscheidet.

### **ccc. Konzessionen, Betriebsgenehmigungen und vergleichbare Fälle**

Nicht ohne weiteres den bereits untersuchten Fallgruppen zuzuordnen ist die Frage, ob Informationspflichten hinsichtlich für den Betrieb des Unternehmens entscheidender **Konzessionen, Betriebsgenehmigungen o.ä.** besteh-

<sup>51</sup> MünchKomm-Lieb, HGB, Anhang § 25, Rn. 92 ff.; ders., FS Gernhuber, S. 259 (271 ff.).

<sup>52</sup> Eine systematische Übersicht dazu bei MünchKomm-Lieb, HGB, Anhang § 25, Rn. 143 ff. m.w.Nachw.

<sup>53</sup> So BGH NJW 1993, S. 2107 (2107).

en. Oben wurde bereits festgestellt, dass sich derartige Fälle jedenfalls nicht in den Bereich der Informationspflichten über ein Genehmigungserfordernis bezüglich des Kaufvertrages einreihen lassen. Ging es dort um die Frage der Genehmigung der Unternehmensübertragung, so handelt es sich hier darum, ob ein wirksam erworbenes Unternehmen den Erwartungen entspricht, d.h. der weitere Betrieb – soweit erwartet – gesichert ist oder eine Nutzungshinderung zu befürchten ist. In der Praxis wird regelmäßig wegen des angenommenen Vorrangs der Gewährleistungsregeln in erster Linie die Frage diskutiert, ob ein Sach- oder Rechtsmangel vorliegt. Dies ist hier nicht weiter von Interesse. Eine Informationspflichtverletzung aus c.i.c. scheidet somit aus<sup>54</sup>.

### **ddd. Umsatz- und Ertragsdaten, Bilanzen**

Im Zentrum der Diskussion von Gewährleistung bzw. Haftung beim Unternehmenskauf stehen **Unternehmenskenndaten** wie **Umsätze, Ertrag** (Ertragsfähigkeit, Ertragskraft, Gewinn) sowie die **Bilanz**. Entsprechend dem Ansatz von Rspr. und h.L., dass beim Unternehmenskauf grundsätzlich Sachmängelgewährleistungsrecht Anwendung findet, wird dabei zunächst die Frage geprüft, ob derartige Daten eine Beschaffenheit bzw. Eigenschaft des Unternehmens darstellen und damit §§ 434 ff. BGB unterfallen. Dies wird von der Rechtsprechung verneint. Allerdings führt diese restriktive Handhabung des **Fehlerbegriffes** dazu, dass der Haftung aus c.i.c. gem. § 242 Abs. 2 BGB auch hier ein weiterer Anwendungsbereich eröffnet wird<sup>55</sup>. Die Anwendung des c.i.c. ist sogar gerade Zweck des restriktiven Fehlerverständnisses<sup>56</sup>. Damit hat die Frage diesbezüglicher Verhaltenspflichten hier besonders große praktische Bedeutung<sup>57</sup>.

Zunächst ist zu klären, welche Bedeutung den bisher pauschal genannten **Unternehmensdaten** zukommt. Der Bundesgerichtshof unterscheidet dabei zwischen **zukunftsbezogener Ertragsfähigkeit** und

<sup>54</sup> Vgl. Hommelhoff, ZHR 140, S. 271 (294) m.w.Nachw.

<sup>55</sup> BGH NJW 1995, S. 1547 (1547 f.) m.w.Nachw.

<sup>56</sup> Dies verschleiern etwa BGH NJW 1977, S. 1536 (1537), deutlicher dagegen Hiddemann, ZGR 1982, S. 435 ff.

<sup>57</sup> Berens/Brauner, a.a.O., S. 102.

**vergangenheitsbezogenen Angaben** wie **Umsatz, Gewinn Ertrag** oder **Ertragskraft**. Die Angabe von Umsätzen aus den Vorjahren diene nur dazu, auf die (zukünftige) Ertragsfähigkeit des Unternehmens zu schließen. Dabei sind einzelne Umsätze oder Erträge (bzw. Gewinnzahlen) nur ein Mittel, um in Verbindung mit anderen Faktoren auf die Ertragsfähigkeit - als für den Kaufentschluss regelmäßig entscheidend - schließen zu können. Ausnahmsweise nimmt der BGH die Existenz einer Informationspflicht an, wenn für den Verkäufer erkennbar war, „*dass der Käufer seinen Kaufentschluss [...] von einer bestimmten Größe dieser Umsätze abhängig macht*“ oder wenn erkennbar war, „*dass der in der Vergangenheit erzielte Umsatz anhaltend und ohne erkennbar überwindbaren Anlass enttäuschend niedrig war und keinesfalls ausreichte, eine [vom Kläger beabsichtigte] Existenz zu bilden*“<sup>58</sup>. Insbesondere nimmt der BGH dabei Pflichten zur (ungefragten) Erklärung der Zusammensetzung oder des stetigen Rückgangs des Umsatzes an<sup>59</sup>.

Es entpricht aber wiederum dem allgemeinen Grundsatz, dass der Käufer für ausreichende Information primär selbst Sorge zu tragen hat. Der Unternehmenskauf ist ein Chancen- und Risikenkauf, da sein Erfolg von den zukünftigen Entwicklungen des Unternehmens abhängt. Zeigt der Käufer kein Interesse an einer ausreichenden Risikokenntnis und damit – prophylaxe (durch entsprechende Kalkulation oder Garantien), so ist er nicht schutzwürdig<sup>60</sup>. Dieses Ergebnis wird durch die Praxis unterstrichen, im Rahmen einer Due Diligence-Prüfung regelmäßig das sog. Due Diligence-Interview als einen wesentlichen Teilschritt durchzuführen, um die aus den Unterlagen gewonnen Informationen zu ergänzen und zu vertiefen<sup>61</sup>.

Für den Bereich der **Bilanzen** ergibt sich ein ähnliches Bild. Eine Bilanz kann vielen verschiedenen Zwecken dienen, von denen im hiesigen Zusammenhang nur von Bedeutung ist, dass sie Rückschlüsse auf die Ertragslage des Unternehmens ermöglicht und damit ebenfalls ein Mittel zur Informationsgewinnung ist. Das heißt zunächst, dass die Bilanz selbst nicht

---

<sup>58</sup> BGH NJW 1970, S. 653 (655).

<sup>59</sup> BGH WM 1988, S. 1700 (1701 f.).

<sup>60</sup> LG Wuppertal BB 1996, S. 2011 (2011 f.).

<sup>61</sup> Barthel, DStZ 1999, S. 73 ff., 136 ff. (139); Holzapfel/Pöllath, a.a.O., Rn. 13.

von Interesse ist, sondern nur die möglicherweise aus ihr erst noch zu gewinnende Auskünfte über das Unternehmen als Kalkulationsgrundlage<sup>62</sup>. Das entspricht wiederum dem soeben Gesagten, so dass auch hier gesagt werden muss, dass der Verkäufer dem Käufer grundsätzlich nicht ungefragt eine Bilanz zu übergeben hat<sup>63</sup>.

*Buchwaldt* nimmt aber dann ausnahmsweise eine Informationspflicht an, wenn die Bilanz gerade zu Zwecken des Unternehmens- bzw. Anteilskaufes erstellt wurde. Dann soll der Verkäufer sogar verpflichtet sein, durch Erläuterungen die Eignung der Bilanz auch für die Zwecke des Käufers sicherzustellen<sup>64</sup>. Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen. Die Interessen beider Parteien liegen hier gleich wie in den obigen Fällen, d.h. auch hier hat der Käufer das Verwendungsrisiko zu tragen, da der Verkäufer die Zwecke des Käufers grundsätzlich nicht kennen wird. Will der Erwerber sicher gehen, die Bilanz zu seinen Zwecken nutzen zu können, so mag er mit dem Verkäufer und/oder Bilanzersteller nähere Kriterien festlegen bzw. darüber einen (ggf. stillschweigend vereinbarten) Vertrag abschließen. Im Übrigen ist es ihm unbenommen, die aus der Bilanz zu gewinnenden Informationen für ungenügend zu erachten und um weiter nachzusuchen.

### eee. **Unbekannte Verbindlichkeiten**

Neben den bisher genannten Umständen stellt sich die Frage, wie das Bestehen **unerwarteter Verbindlichkeiten** zu beurteilen ist. Wie dargestellt ist ein Unternehmenskauf regelmäßig Kauf von Aktiva und Passiva. Die Höhe der Verbindlichkeiten wird dabei in die Kaufpreisbildung mit einbezogen und ist so (bedeutender) Teil des Kaufvertrages. Sofern die dabei berücksichtigten Schulden dem Tatsächlichen entsprechen, bestehen keine weiteren Schwierigkeiten<sup>65</sup>. Sollte sich allerdings der Käufer über deren Höhe getäuscht haben, d.h. sollten sich nachträglich bei der Preisgestaltung **unbekannte Verbindlichkeiten** (auch als „überschießend“

<sup>62</sup> Etwa BGH WM 1974, S. 51; Buchwaldt, NJW 1994, S. 153 (153 f.); MünchKomm-Lieb, HGB, Anhang § 25 Rn. 80 ff.

<sup>63</sup> Richtig bei Soergel-Huber, BGB, Anhang I § 433, Rn. 89.

<sup>64</sup> Buchwaldt, NJW 1994, S. 153 (154).

<sup>65</sup> Vgl. dazu nur Hommelhoff, ZHR 140, S. 271 (295) m.w.Nachw.

bezeichnet) ergeben, stellt sich die Frage, inwiefern der Käufer den Verkäufer dafür haftbar machen kann.

Folgt man der neueren Rechtsprechung und der wohl herrschenden Lehre so ergibt sich eine Haftung hier im Wesentlichen aus c.i.c. Dieses Ergebnis kann dabei nicht dadurch beeinflusst sein, dass es sich in den entscheidenden Fällen um Anteils- bzw. Beteiligungskäufe handelte, die sich zugleich als Unternehmenskäufe darstellten<sup>66</sup>.

In der Praxis wird den hier in Frage stehenden Verhaltenspflichten aber regelmäßig kaum Beseutung zukommen, da typischerweise eine vertragliche Regelung über die Behandlung der Passiva anzutreffen ist<sup>67</sup>.

### **fff. Steuern**

Eine ähnliche, eng verwandte Problematik stellt sich bei der Frage nach einer **steuerbezogenen Informationspflicht**. Auch hier verneint die Judikatur weitgehend eine Anwendung der Sachmängelgewährleistung (da eine Steuernachforderung allein den Ertrag und damit den Unternehmenswert betreffe), so dass insbesondere Ansprüche aus c.i.c. in Betracht zu ziehen seien<sup>68</sup>. Eine nähere Betrachtung hat allerdings verschiedene Fallkonstellationen zu unterscheiden.

Zunächst sind wiederum diejenigen Fälle auszuklammern, in denen der Verkäufer unrichtige (fehlerhafte) Angaben über steuerliche Sachverhalte wie etwa bestehende Steuerschulden, offene Raten o.ä. macht. Daraus kann sich eine Haftung aus dem Gesichtspunkt der **Wahrheitspflichtverletzung** ergeben<sup>69</sup>.

Zweitens ist zu fragen, was für den Fall gilt, dass später bis dato unbekannte Steuerforderungen gegen den Käufer geltend gemacht werden, weil dieser nach § 75 AO für **betriebsbedingte Steuern** haftet<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> Das ergibt sich schon aus der dargelegten allg. Gleichbehandlung qualifizierter Anteilskäufe mit Unternehmenskäufen.

<sup>67</sup> Siehe nur Westermann, ZGR 1982, S. 45 (57).

<sup>68</sup> BGHZ 114, S. 263 (268 f.) = NJW 1991, S. 2556.

<sup>69</sup> BGH WM 1970, S. 819 (821).

<sup>70</sup> Vgl. OLG Köln NJW-RR 1994, S. 1064 (1065); näher dazu Beisel/Klumpp, a.a.O., Rn. 894 ff.; Holzapfel/Pöllath, a.a.O., Rn. 664 ff. m.w.Nachw.

Richtigerweise handelt es sich um schlichte unbekannte Verbindlichkeiten, für die das soeben Beschriebene gelten muss<sup>71</sup>. Bei **Unentdeckbarkeit** für den Verkäufer hat damit auch hier die Annahme einer Verhaltenspflicht auszuscheiden<sup>72</sup>.

Drittens ist fraglich, ob das Interesse des Käufers an einer **optimalen steuerlichen Gestaltung** zu schützen ist. Dafür nimmt die Rechtsprechung in bestimmten Ausnahmefällen eine Informationspflicht (hier häufig als Beratungspflicht bezeichnet) an<sup>73</sup>. Eine solche ist allerdings dann grundsätzlich ausgeschlossen, wenn dem legitime Eigeninteressen des Verkäufers entgegenstehen, was je nach Vertragstyp differiert<sup>74</sup>. Dies entspricht dabei der oben allgemein erwähnten Abhängigkeit einer Informationspflicht von Vertragstyp. Gerade beim Unternehmenskauf gilt regelmäßig, dass eine steuerliche Gestaltung nur für eine Partei optimal ist<sup>75</sup>. Eine derartige Pflicht ist daher nicht anzunehmen.

Letztens ist fraglich, ob der Verkäufer dazu verpflichtet sein kann, ungefragt auf **Steuerrückstände** hinzuweisen. Das ist indes nur in wenigen praktischen Fällen denkbar, da regelmäßig über die Bilanz und die Verbindlichkeiten, die beide auch Steuerrückstände umfassen, gesprochen wird. Nur für den Fall, dass darauf nicht näher eingegangen wurde, kann dann fraglich sein, ob eine Informationspflicht besteht. Nach einer Entscheidung des OLG Köln trifft den Verkäufer nur dann eine Informationspflicht, wenn eine Abweichung vom Üblichen vorliegt. Nach allgemeinen Regeln hat eine Informationspflicht aber stets dann auszuscheiden, wenn der Käufer die betreffenden Umstände kennen oder kennen musste (mit ihnen rechnen musste), was insbesondere für typische steuerliche Gestaltungen in einzelnen Sonderbereichen gilt<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> MünchKomm-Lieb, HGB, Anhang § 25, Rn. 96.

<sup>72</sup> Vgl. etwa RGZ 146, S. 120 ff.

<sup>73</sup> BGH WM 1992, S. 901 (902) = ZIP 1992, S. 912; OLG Köln ZIP 1999, S. 1794 (1795).

<sup>74</sup> So deutlich bei MünchKomm-Roth, BGB, § 242, Rn. 228.

<sup>75</sup> Vgl. nur Holzapfel/Pöllath, a.a.O., Rn. 737 ff., 752 ff.

<sup>76</sup> OLG Düsseldorf OLGR 1994, S.61 (62).

### c. Pflicht zur Unterlassung positiver Falschinformation (Wahrheitspflicht)

Eine Haftung des Verkäufers aufgrund einer **Falschinformation** ist nach deutschem Recht vor allem in zweierlei Hinsicht denkbar: Einerseits aus stillschweigend geschlossenem Auskunfts- bzw. Informationsvertrag, sowie andererseits aus c.i.c wegen Verhaltenspflichtverletzung.

Die Frage der **Falschinformation** wird ganz überwiegend innerhalb der Regeln der c.i.c diskutiert<sup>77</sup>.

Für den Bereich des **Vorsatzes** findet die Wahrheitspflicht zusätzlich in § 123 BGB sowie dem Gewährleistungs- und Deliktsrecht ihren Niederschlag. Die verschiedenen Ansprüche und Rechte bleiben dabei voneinander unberührt. Bei bloßer Fahrlässigkeit ergeben sich die Rechtsfolgen einer Verletzung der Wahrheitspflicht hingegen überwiegend alleine aus c.i.c<sup>78</sup>.

#### aa. Herleitung, Pflichtenumfang

Hergeleitet wird die Wahrheitspflicht zwanglos aus der **allgemeinen Redlichkeitserwartung** des **Rechtsverkehrs**, d.h. dem Vertrauensgedanken. Sie kann auch als ein Unterfall der Vertrauens- oder Erklärungs haftung eingeordnet werden<sup>79</sup>. Damit gilt sie für den Unternehmens- und Anteilskauf in übereinstimmender Weise.

Den **Pflichtenumfang** formuliert Lorenz als „*absolut*“, und „*erfolgsbezogen*“, die „*von vorneherein keinen Wertungsspielraum*“ belässt<sup>80</sup>. Will der Verkäufer eine Falschangabe vermeiden, so muss er schweigen. Äußert er sich aber, dann ist generell zu fordern, dass dies der Wahrheit entspricht.

<sup>77</sup> In der Rspr. beginnend mit BGHZ 74, S. 103 (106) m.w.Nachw. = NJW 1979, S. 1449.

<sup>78</sup> Charakteristisch etwa BGH NJW 1985, S. 1769 (1771); WM 1989, S. 26, 28.

<sup>79</sup> Canaris, Vertrauenshaftung, S. 532 ff.; Lorenz, a.a.O., S. 409 ff. m.w.Nachw.

<sup>80</sup> Lorenz, a.a.O., S. 502.

### **bb. Einzelne Bereiche, insbesondere Unternehmenskennzahlen**

Im Bereich des **Unternehmens- und Anteilkauves** kommt der Wahrheitspflicht große Bedeutung zu. Es gilt dabei grundsätzlich, dass die Wahrheitspflicht hinsichtlich aller Arten von Angaben besteht. Es ist nun fraglich, und dies gilt insbesondere für alle **Kennzahlen**, ob alleine die Verwendung im Rahmen einer Vertragsverhandlung ausreicht oder ob besondere qualifizierende Merkmale vorliegen müssen. Für eine Differenzierung spricht zunächst, dass die Wahrheitspflicht Aussagen des Verkäufers betrifft und die bloße Vorlage (zur Verfügung stellen) eben keine verbale Auskunft ist. Alleine dieser Unterschied kann aber nicht ausschlaggebend sein, da keinerlei Grundlagen für Wertungsunterschiede bestehen. Die Erwartung an ein übergebenes Schriftstück ist regelmäßig identisch mit der einer Aussage. Deutlich wird dies etwa bei den **Umsätzen**. Hier kann die Zahl ebenso problemlos genannt werden, wie sie auch in einem Schriftstück auftauchen kann. Der Unterschied spielt dann ersichtlich keine Rolle.

### **cc. Mitverschulden des Käufers**

Grundsätzlich darf sich der Käufer auf die Richtigkeit der Aussage des Verkäufers verlassen. Ein Mitverschulden gem. § 254 BGB ist dem Käufer dann anzulasten, wenn er positive Kenntnis von der Unrichtigkeit hat, denn dann ist sein Vertrauen in die Angaben des Verkäufers nicht schutzwürdig<sup>81</sup>.

### **d. Mitwirkungspflichten**

Als weitere große Pflichtengruppe kommen Pflichten des Verkäufers zur **Mitwirkung** am Rechtsgeschäft, hier dem Veräußerungsvertrag, in Betracht. Sie stehen regelmäßig in engem Zusammenhang mit den oben untersuchten Informationspflichten. Mitwirkungspflichten beinhalten aber gesteigerte Anforderungen gegenüber der bloßen Mitteilung von Tatsachen.

---

<sup>81</sup> Münchener Vertragshandbuch-Günther, Bd. 2, II.1. Anm. 86 c.

Mitwirkungspflicht im Rahmen dieser Arbeit ist eine Pflicht, die über das bloße Sich-Erklären hinausgehende Handlungen erfordert<sup>82</sup>.

Gesetzlich geregelte Mitwirkungspflichten im vertraglichen Bereich bestehen nicht, so dass auch hier über die Figur der c.i.c. gem. § 241 Abs. 2 BGB auf das gesetzliche Schuldverhältnis zurückzugreifen ist. Sie ergeben sich allgemein, wie die Informationspflichten, aus dem Erfordernis des Verkehrsschutzes bzw. aus auf Treu und Glauben gegründetem Vertrauen. Jede Partei ist verpflichtet, das ihre zum wirksamen Zustandekommen eines ausgehandelten Vertrages sowie zur Erreichung des Vertragszweckes und Leistungserfolges beizutragen.

Für den Verkäufer bedeutet dies insbesondere bei einer **Due Diligence-Prüfung** dem Käufer alle nötigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen, wobei eine grundsätzliche Pflicht zur ungefragten Vorlage z.B. einer Bilanz o.ä., wie bereits oben festgestellt, aber nicht besteht.

#### e. **Pflicht zur Unterlassung wirksamkeitsverhindernden Verhaltens**

Über das einfache Scheitern lassen aus Mangel an Abschlusswillen hinaus kann dem Verkäufer vorgeworfen werden, dass er die „**objektiven Grundlagen des Vertragsschlusses**“ zerstört. Hiermit sind die Fälle gemeint, in denen sein Verhalten dazu führt, dass der intendierte Vertrag dauerhaft unwirksam bleibt<sup>83</sup>. Die Diskussion derartiger Fälle ist jedoch ausschließlich dann zu führen, wenn allein der Unwirksamkeitsgrund die Vertragswirksamkeit behindert, d.h. einen unwirksam „**geschlossenen**“ Vertrag betrifft. Der hier zu prüfende Vorwurf betrifft ein unredliches Handeln des Verkäufers, so dass von einer korrespondierenden Pflicht auszugehen ist, derartiges Vereiteln der Vertragsgrundlagen zu unterlassen<sup>84</sup>.

Danach kann für den Fall eines schuldhaft herbeigeführten **versteckten Dissenses** wegen unklarer Ausdrucksweise ein Schadensersatzanspruch zu bejahen sein. Während sich ein Anspruch für die Fälle der Arglist auch aus

<sup>82</sup> Ähnlich MünchKomm-Roth, BGB, § 242, Rn. 167 ff.

<sup>83</sup> Fallgruppen gesondert dargestellt auch bei Küpper, a.a.O., S.252 ff.

<sup>84</sup> Küpper, a.a.O., S. 253; wohl auch BGHZ 99, S. 101 (106).

§ 826 BGB ergibt, kann sich ein Schadensersatz bei Fahrlässigkeit nur aus c.i.c. ergeben<sup>85</sup>.

Ebenfalls als unredlich angesehen wird die Verursachung eines rechtlich unzulässigen Inhalts des Kaufvertrages, welcher wegen **Sittenwidrigkeit** gegen § 138 BGB verstößt. Auch hier basiert die Haftung nach h.M. wegen des weitergehenden Vorsatzes nicht ausschließlich auf § 826 BGB<sup>86</sup>. Eine fahrlässige Verursachung können Ansprüche wegen Verhaltenspflichtverletzung aus c.i.c. mit sich ziehen.

Der Vertragsschluss kann ferner daran scheitern, dass für spätere Leistung bereits vorvertraglich ein Erfüllungshindernis (etwa **objektive Unmöglichkeit** durch Insolvenz) zu erwarten ist. Während sich im Falle des erfolgten Vertragsschlusses eine Haftung aus den §§ 275 ff, 280 BGB ergibt, fragt sich, was dann für den Fall des Verhandlungsscheiterns und für die bis dato entstandenen Aufwendungen gilt.

Beim Unternehmenskauf dürfte dieser Fallgruppe allerdings **eher geringe praktische Bedeutung** zukommen. Objektive Unmöglichkeit kann sich hier nur aufgrund einer Liquidation oder einer Insolvenz ergeben. Die angesprochene Pflicht ist dann auf Unterlassung einer auf dieser Hinsicht fördernde Tätigkeit gerichtet. Bei der gewöhnlichen Liquidation ist dies noch denkbar, wenn auch kaum sinnvoll; wer wird schon während des Versuchs sein Unternehmen zu verkaufen, dieses liquidieren (Fahrlässigkeit ist hier kaum denkbar)? Es bleiben nur die Fälle grob fahrlässiger Herbeiführung der Unternehmensinsolvenz durch den Eigentümer. Bevor dabei eine Schadensersatzpflicht aus c.i.c. konstruiert wird, ist aber darauf zu achten, nicht insolvenzrechtliche Bestimmungen und ihren Zweck zu unterlaufen.

#### **f. Sonstige Pflichten**

Die im Folgenden untersuchten Pflichten ließen sich möglicherweise auch in die bisher untersuchten (Groß-)Gruppen von Verhaltenspflichten einordnen. Da es hier aber um eng begrenzte Fälle geht, sind die aus

<sup>85</sup> Anders Canaris, Vertrauenshaftung, S. 324, dort als Vertrauenshaftung, d.h. direkt aus § 242 BGB.

<sup>86</sup> BGHZ 99, S. 101 (107).

Gründen der Übersicht und Betonung außerhalb des obigen Systems zusammengefasst. Weitgehend parallele Pflichten bestehen auf Käuferseite, worauf für die Fälle verwiesen wird, in denen die angesprochene Verhaltenspflicht auf Verkäuferseite nur von marginaler Betonung ist.

#### **aa. Unterlassung von Verkaufsverhandlungen mit Dritten**

Zunächst könnte der Verkäufer eine Pflicht treffen, sich ab einem bestimmten Zeitpunkt, nämlich ab dem Bestehen eines qualifizierten Vertrauenstatbestandes, **Verkaufsverhandlungen mit Dritten** zu enthalten. Auszugehen wäre demnach vor allem von einer Unterlassungspflicht. Denkbar sind jedoch auch Informationspflichten sowie Verstöße gegen die Wahrheitspflicht.

Nach der obigen Entwicklung der **Wahrheitspflicht** gilt diese grundsätzlich für alle Aussagen. Dann hat sie sich auch auf eine etwaige Aussage des Verkäufers zu beziehen, dass er ausschließlich mit dem hier fraglichen potentiellen Käufer verhandle.

Der Annahme einer **vorvertraglichen Unterlassungs- oder Informationspflicht** als gesetzliche Verhaltenspflicht stehen hingegen beachtliche Bedenken entgegen. Es gehört unabdingbar zum Wesen der Wirtschaftsordnung, dass sie am Wettbewerbsgedanken ausgerichtet ist. Auch der Unternehmenskauf unterliegt grundsätzlich dem Wettbewerb. Dazu tritt ein Wettbewerb auf Käuferseite, insbesondere im Falle eines Bietungsverfahrens bzw. Auktion. Eine angenommene Pflicht, die andere Partei über mögliche konkurrierende Interessenten zu informieren, würde aber die unbewussten (indirekten) Vorteile dieses Wettbewerbssystems, hier etwa die antizipative Ausrichtung des Kaufpreises an einem Marktpreis durch den Käufer, unterdrücken<sup>87</sup>. Rechts- und Wirtschaftsverkehr würde damit weit stärker beeinträchtigt als durch heimliche Zweitverhandlungen.

Damit sind sowohl Informations- als auch Unterlassungspflichten in diesem Bereich grundsätzlich abzulehnen. Es bleibt allein die Wahrheits-

---

<sup>87</sup> Die Bedeutung für den Wettbewerb betont Münchener Vertragshandbuch-Günther, Bd. 2, II.1 Anm. 5 (2)

pflcht. Eine darauf basierende Haftung aus c.i.c. stehen allerdings oft Beweisschwierigkeiten entgegen.

### **bb. Diskretionspflicht (Geheimhaltungspflicht)**

Noch größeres praktisches Gewicht kommt der Frage der **Geheimhaltung** zu. Zumeist geht es darum, ob der Käufer verpflichtet ist, das im Zuge der Prüfung des Zielunternehmens (Due Diligence-Review) erlangte Wissen geheim zu halten und nicht zu verwerten. Dann stehen aber Käuferpflichten in Frage. Zumindest grundsätzlich stellt sich die Frage jedoch auch auf der Verkäuferseite, etwa für den Fall, dass der Verkäufer Interna über das Käuferunternehmen erfahren hat. Daneben fragt sich, ob die Parteien verpflichtet sind, die bloße Tatsache der Verhandlung geheim zu halten. Auch dies gilt zwar für beide Seiten, dennoch steht hier der Schutz des Verkäufers und damit die Käuferpflicht im Zentrum der Problematik<sup>88</sup>. Da der Schwerpunkt etwaiger Geheimhaltungspflichten demnach auf den Käuferpflichten liegt, wird die fragliche Pflicht an entsprechender Stelle erörtert.

### **cc. Abwerbungsverbot**

Regelmäßig in engem Zusammenhang mit den beiden soeben genannten Verhaltenspflichten wird die Frage diskutiert, ob eine Pflicht zur **Unterlassung der Abwerbung von Mitarbeitern** des Verhandlungspartners besteht. Relevant wird dies insbesondere bei gescheiterten Verhandlungen. Ein entsprechender Sachverhalt wurde von BGH für den Fall der Abwerbung von wichtigen Mitarbeitern auf Verkäuferseite durch den potentiellen Käufer entschieden. Dies dürfte insofern die typische Konstellation sein, als - ähnlich wie bei der Frage der Geheimhaltung - das Interesse des Käufers an Mitarbeitern des Verkäufers gewöhnlich größer sein dürfte als umgekehrt. Das ist darin begründet, dass diese über wesentliche Kenntnisse (ggf. auch Know-how) des Zielunternehmens verfügen können, oder der Erfolg des Unternehmens wesentlich von diesen

<sup>88</sup> Hommelhoff, ZHR 150, S. 254 (256 f.).

Mitarbeitern abhängt. Sie sind ein Teil des mit dem Kauf „Begehrten“. Daher wird auch hier die fragliche Pflicht auf Käuferseite untersucht, wobei die Ergebnisse allerdings grundsätzlich übertragbar sind.

## **2. Vorvertragliche Verhaltenspflichten des Unternehmenskäufer**

### **a. Sicherungspflichten**

Die oben angesprochenen **Sicherungspflichten** können in gleichem Umfang auch den Käufer treffen. Maßgeblich ist lediglich, welche Seite den geschäftlichen Verkehr eröffnet, d.h. in wessen Geschäftsräumen die Verhandlungen stattfinden. Von der Art des intendierten Geschäfts und damit der Stellung als Käufer oder Verkäufer ist die Pflicht unabhängig.

### **b. Obhutspflichten**

Neben den allgemeinen Sicherungspflichten für Gefahrenquellen bestehen insbesondere für vom Verhandlungspartner bei Gelegenheit der Vertragsanbahnung übergebene Sachen besondere Schutzpflichten, **die sog. Obhutspflichten**. Diese werden regelmäßig im Zusammenhang mit den Sicherungspflichten (häufig als Untergruppe eines hier nicht verwendeten Oberbegriffes der Sicherungspflichten<sup>89)</sup> bzw. Schutzpflichten<sup>90</sup> besprochen. Wegen ihres eigenständigen inhaltlichen Gehaltes werden sie hier jedoch gesondert behandelt.

Grundsätzlich können Obhutspflichten die Parteien vor allem zwischen Vertragsschluss und Erfüllung und somit vertragliche Nebenpflichten treffen. In gleicher Weise gelten derartige Pflichten aber auch schon vor Abschluss eines Vertrages, den sog. vorvertraglichen Obhutspflichten.

Im Bereich des Unternehmens- und Anteilskaufes besteht insbesondere bei Übergabe von Unterlagen aller Art (etwa zum Zwecke der Due

<sup>89</sup> MünchKomm-Emmerich, BGB, Vor § 275, Rn. 72, 76.

<sup>90</sup> Obhutspflichten als Unterfall der Verletzung des Integritätsinteresses, also der Schutzpflichten bei MünchKomm-Roth, BGB, § 242 Rn. 199; Soergel-Wiedemann, BGB, Vor § 275, Rn. 174.

Diligence-Review) und Mustern eine derartige Obhutspflicht. Wie bei allgemeinen Sicherungspflichten ist die praktische Bedeutung beim Unternehmens- und Anteilskauf jedoch als gering zu beurteilen<sup>91</sup>.

### **c. Informationspflichten**

#### **aa. Allgemeine Pflichtenbegründung**

Ebenso wie auf Seiten des Verkäufers kommt auf der Käuferseite den **Informationspflichten** große Bedeutung zu. Im Rahmen einer Untersuchung zu Pflichten beim Unternehmenskauf hat zwar die Verkäuferseite im Mittelpunkt zu stehen, doch darf dies nicht dazu verleiten, solche Pflichten auf der Käuferseite zu negieren<sup>92</sup>. Vor allem in der allgemein schuldrechtlich ausgerichteten Literatur finden Käuferpflichten daher zu Recht regelmäßig ihren Platz. Zumeist ist dort im Zuge der allgemeineren Befassung davon die Rede, dass der Verhandlungspartner (und eben nicht nur der Verkäufer) eine Informationspflicht treffen kann<sup>93</sup>.

Grundlegend gilt dabei auch hier der aus der Vertragsfreiheit und dem natürlichen Interessenwiderstreit der Vertragspartner hergeleitete allgemeine Satz, dass es Aufgabe jeder Partei ist, die für sie erheblichen Risiken und Chancen des jeweiligen Geschäfts eigenverantwortlich abschätzen zu können. Allerdings können auch hier in eng umgrenzten Ausnahmefällen zum Ausgleich des Verhandlungsrisikos Pflichten bestehen, den Unternehmensverkäufer ungefragt über (besondere) Umstände zu informieren. Die Ausgangslage ist daher mit derjenigen für den Verkäufer identisch.

#### **bb. Pflichtenprogramm im Vergleich zum Verkäufer**

Eine nähere Befassung mit dem konkreten Inhalt des **Pflichtprogramms** auf Käuferseite ergibt sehr weit reichende Überschneidungen mit demjenigen des Verkäufers. Grund für diese Kongruenz ist vor

<sup>91</sup> So wohl auch Drexler, a.a.O., S. 50.

<sup>92</sup> Beisel/Klumpp, a.a.O., Rn. 41 e.

<sup>93</sup> MünchKomm-Roth, BGB, § 242, Rn.,210 ff.; Soergel-Wiedemann, BGB, Vor § 275 Rn. 144.

allem die gleichgerichtete Herleitung der Pflichten insbesondere aus dem Vertrauensgrundsatz sowie die hohe Austauschbarkeit der funktionalen Stellung der Vertragspartei.

Für den gesamten Bereich der **Informationspflichten** auf Käuferseite gilt, dass sich aus evidenten Gründen im Gegensatz zur Verkäuferseite das Erfordernis einer Prüfung des Unternehmens nicht einwenden lässt. Allerdings ist auch hier ein Mitverschulden wegen unterlassener Absicherung durch Abschluss einer Vorfeldvereinbarung sowie ein vertraglicher Haftungsausschluss bezüglich der vorvertraglichen Pflichtverletzung theoretisch denkbar. Es kann insofern in vollem Umfang auf obige Ausführungen verwiesen werden.

#### **d. Mitwirkungspflichten**

Neben den bereits genannten Fällen treffen den Käufer auch vorvertragliche **Mitwirkungspflichten**. Hierzu kann ebenfalls weitgehend auf die Untersuchungen zu den Verkäuferpflichten zurückgegriffen werden.

#### **e. Diskretionspflicht (Pflicht zur Geheimhaltung und Nichtverwertung erlangten Wissens)**

Wie bereits angedeutet, kommt der Frage der **Geheimhaltung** (Vertraulichkeit) bzw. Nichtverwertung erlangten Wissens beim Unternehmenskauf besonders große Bedeutung zu. Dabei geht es um Geheimhaltung in zweierlei Hinsicht, nämlich erstens um die bloße Tatsache der Verhandlungen sowie zweitens um im Zuge der Prüfung des Zielunternehmens (Due Diligence-Review) erlangtes Wissen. Für beide Bereiche steht der Schutz des Verkäufers, mithin eine Käuferpflicht im Zentrum der Problematik<sup>94</sup>.

In den Handbüchern zum Unternehmenskauf findet sich üblicherweise der Ratschlag, eine **vertragliche Geheimhaltungsvereinbarung** (auch Statement of non **disclosure bzw. non-disclosure/confidentiality agree-**

<sup>94</sup> Hommelhoff, ZHR 150, S. 254 (256 f.).

ment<sup>95</sup>) abzuschließen. Diese Empfehlung entspricht auch der ganz überwiegenden praktischen Handhabung. Insbesondere kann ein **Letter of Intent** eine **ausdrückliche Geheimhaltungsabrede** enthalten<sup>96</sup>. Die üblichen Abreden dienen aber nicht der Begründung einer Haftung, sondern vor allem dazu, in gewissermaßen entgegengesetzter Zielrichtung eine Pflicht zur Informationsweitergabe auf Verkäuferseite zu statuieren sowie den Schwierigkeiten eines Schadensnachweises zu begegnen<sup>97</sup>. Darüber hinaus fördert eine solche Abrede die Klarstellung der Parteipflichten und dient der Abschreckung. Damit aber wird die Frage einer möglichen gesetzlichen Verhaltenspflicht nicht tangiert, so dass deren mögliches Bestehen hiervon unabhängig bleibt.

#### **f. Abwerbungsverbot**

Von besonderem Interesse für den Unternehmens- und Anteilskauf ist ferner die Frage einer etwaigen gesetzlichen Verpflichtung der anderen Vertragspartei, anlässlich der Verhandlungen **keine Mitarbeiter abzuwerben**. In einem bislang vereinzelt gebliebenen Urteil vom *17. März 1961* hat der BGH eine solche Pflicht angenommen<sup>98</sup>.

Ergänzend bedeutet die allgemeine Verpflichtung zu redlichen Verhandlungsverhalten, dass die Verhandlungsparteien alles zu unterlassen haben, was den jeweiligen Partner schädigen kann (*Gebot des partem non laedere*). Dann aber ist zumindest grundsätzlich jegliche Abwerbung zu unterlassen. Auf die Bedeutung des Mitarbeiters für das Unternehmen kann es im Rahmen der c.i.c., ebenso wenig wie für die UWG-Fallgruppe Missbrauch eines Vertrauensverhältnisses, ankommen<sup>99</sup>.

Funktionell handelt es sich bei der hierauf begründeten vorvertraglichen Verhaltenspflicht um eine Schutzpflicht.

<sup>95</sup> Vgl. auch das für den internationalen Verkehr gedachte Formular bei Münchener Vertragshandbuch-Thümmel, Bd. 3/2, I.2. m.w.Nachw.

<sup>96</sup> Holzapfel/Pöllath, a.a.O., Rn. 8, 17.

<sup>97</sup> Hölter-Hölter, a.a.O., I Rn. 75; Hommelhoff, ZHR 150, S. 254 (257).; Münchener Vertragshandbuch-Günther, Bd. II.1 Anm. 5 (1).

<sup>98</sup> BGH NJW 1961, S. 1308 (1309).

<sup>99</sup> MünchKomm, BGB, § 242 Rn 199; Münchener Vertragshandbuch-Günther, Bd. 2, II.1 Anm. 6 (2).

### g. Sonstige Pflichten

Neben den bisher besprochenen vorvertraglichen **Verhaltenspflichten** können den Käufer noch weitere treffen, die hier nur aus Gründen der Vollständigkeit kurz anzusprechen sind. Inhaltlich ergeben sich keinerlei unternehmenskaufspezifische Besonderheiten. Die für den Verkäufer aus obigen grundsätzlichen Erwägungen abgelehnten Verhaltenspflichten (z.B. Enthaltensamkeit von Parallelverhandlungen) sind dabei nicht erneut aufzugreifen. Sie können hier genauso wenig überzeugen wie dort.

Daneben gelten verschiedene oben eingehend untersuchte **Verhaltenspflichten** in völlig gleicher Weise auf Käufer- wie auf Verkäuferseite. Das betrifft z.B. die angesprochene Pflicht zur Unterlassung die Vertragswirksamkeit hindernden Verhaltens. Auch hier ist die Pflicht von der Stellung des Pflichtigen völlig gelöst.

Ferner gilt die **Wahrheitspflicht** ebenfalls umfassend. Es wurde bereits dargestellt, dass eine Begrenzung der Wahrheitspflicht auf bestimmte (etwa wesentliche) Umstände nicht überzeugend zu begründen ist. Die inhaltlich hinter solcherlei Einschränkungen stehenden Überlegungen sind erst als Frage der Kausalität im Rahmen der Haftung zu berücksichtigen. Daher gilt die Wahrheitspflicht auch auf Käuferseite vollumfänglich. Allerdings ist ihre praktische Bedeutung hier eher gering, da der Käufer naturgemäß keine Aussagen über den Kaufgegenstand machen kann. Solche Aussagen stellen aber den praktischen Schwerpunkt der Wahrheitspflichtverletzung dar.

### III. Die Verletzung vorvertraglicher Pflichten

Die vorvertragliche Pflichtverletzung kann in einem Tun oder Unterlassen eines Verhandlungspartners bestehen.

## 1. Die vorvertragliche Pflichtverletzung durch positives Tun

### a. Unrichtige Angaben bzw. Informationen

Vorvertragliche Schuldverhältnisse beim Unternehmenskauf haben selbstverständlich auch **leistungsbezogene Pflichten** zum Inhalt, wie z.B. die Information des (potenziellen) Käufers über Eigenschaften der angebotenen Sache oder ihre Handhabung<sup>100</sup>. Eine erste wichtige Fallgruppe vorvertraglicher Pflichtverletzungen durch positives Tun bilden daher schuldhaft **unrichtige Angaben** bzw. Informationen des Verkäufers gegenüber dem Käufer<sup>101</sup>. Macht ein potenzieller Verkäufer Angaben, z.B. auch durch die Zuverfügungstellung inhaltlich fehlerhafter oder nicht vollständiger Unterlagen für eine **Due Diligence im Data Room**, die für den Kaufentschluss des anderen Teils von Bedeutung sind, so haftet er für unrichtige Angaben<sup>102</sup>.

Bei **vorsätzlich falschen Informationen** des Verkäufers und daraus resultierenden Fehlinvestitionen des Käufers hat dieser selbstverständlich ebenfalls einen Anspruch auf Schadensersatz.

Der Verkäufer eines Geschäftsanteils an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts haftet aufgrund seiner Stellung als Mitinhaber der Gesellschaft persönlich nach §§ 278, 276 BGB für das Fehlverhalten derjenigen für die Gesellschaft tätigen Personen, die in den Gewinn- und Verlustrechnungen durch fehlerhafte Buchungen **unrichtige Gewinnausweisungen** verursacht haben<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> Vgl. Teichmann, BB 2001, S. 1485, 1492.

<sup>101</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1996, S. 429 und BGH NJW 2001, S. 2163, 2165; Eine Übersicht über die Aufklärungspflichten beim Beteiligungs- und Unternehmenskauf geben Stängel/Scholderer, NJW 1994, S. 158 ff.

<sup>102</sup> ZIP 2003, 1399.

<sup>103</sup> WM 1974, S. 51.

### **b. Rechtswidriges Verhalten (Abwerbung)**

Wirbt der Kaufinteressent bei Gelegenheit der Vertragsverhandlungen besonders qualifiziertes Personal des Veräußeres (planmäßig) ab, so kann in der **Abwerbung** ein Verstoß nicht nur gegen das vorvertragliche Vertrauensverhältnis, sondern auch gegen § 1 UWG liegen. Dieses gilt auch dann, wenn die abgeworbenen Angestellten den Wunsch haben erkennen lassen, das zu veräußernde Unternehmen zu verlassen.

### **c. Vortäuschung der Bereitschaft zum Abschluss eines Vertrages**

Eine Verletzung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten kann ferner darin bestehen, dass ein Vertragspartner bei dem anderen schuldhaft ein besonderes Vertrauen in den späteren Vertragsabschluss weckt oder diesen ausdrücklich oder konkludent als sicher darstellt, obwohl die Absicht zum Vertragsabschluss nicht oder nicht ausreichend sicher vorhanden ist<sup>104</sup>.

Eine Pflichtverletzung kann auch dann vorliegen, wenn ein Verhandlungspartner seine **Abschlussbereitschaft nur vorgetäuscht** hat oder er nach innerer Abkehr von dem Vorhaben seine Abschlussbereitschaft weiterhin vorgespiegelt hat<sup>105</sup>. Gleiches kann gelten, wenn ein schuldlos verursachtes Vertrauen durch ein vorwerfbares Verhalten enttäuscht wird<sup>106</sup>. Daher kann auch einem Bieter bei Fehlschlagen eines Bietungsverfahrens möglicherweise ein Anspruch gemäß §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB im Hinblick auf das nutzlos aufgewendete Beratungshonorar zustehen.

### **d. Abbruch der Vertragsverhandlungen**

Der **Abbruch der Vertragsverhandlungen** stellt eine weitere wichtige Fallgruppe dar. Aufgrund des zivilrechtlichen **Grundsatzes der Privatautonomie** (Art. 2 I GG) steht es in der freien Entscheidung der

<sup>104</sup> Vgl. dazu BGH NJW 1967, S. 2199 sowie OLG Köln MDR 1975, S. 51.

<sup>105</sup> MünchKomm-Emmerich, BGB, § 311, Rn. 179.; Küpper, a.a.O., S. 202.

<sup>106</sup> BGH NJW 1980, S. 1694; BGH WM 1989, S. 685, 687; BGH DSz 1996, S. 113 f.

Parteien, schuldrechtliche Verträge einzugehen oder nicht; grundsätzlich sind die Verhandlungspartner deshalb bis zum entgeltlichen Vertragsschluss in ihren Entschliessungen über den Inhalt und den Abschluss eines Vertrages und somit auch über einen etwaigen **Abbruch der Vertragsverhandlungen frei**<sup>107</sup>. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass eine Partei in Erwartung des bevorstehenden Vertragsschlusses bereits Aufwendungen getätigt hat. Etwas anderes kann jedoch gelten, wenn fortgeschrittene Verhandlungen ohne triftigen Grund grundlos oder aus sachfremden Erwägungen oder mit vorgeschütztem Grund abgebrochen werden.

Eine **Pflichtverletzung** kann deshalb dann anzunehmen sein, wenn ein Verhandlungspartner ein **erhebliches, qualifiziertes Vertrauen des anderen Verhandlungspartners** auf den späteren Vertragsabschluss begründet hat und er dann die Verhandlungen ohne **triftigen Grund** abbricht<sup>108</sup>.

## 2. Die vorvertragliche Pflichtverletzung durch Unterlassen

Anstelle eines positiven Verhaltens kann auch ein **Unterlassen** des potentiellen Veräußerers eine Verletzung der Pflichten gem. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zur gegenseitigen Rücksichtnahme, Fürsorge und Loyalität und zur Sorgfalt von Schuldnern begründen.

Zwar ist es **grundsätzlich Sache des Käufers**, sich selbst einen Überblick über das Unternehmen und dessen Bewertung zu verschaffen sowie den Bedarf an weiteren Auskünften zu ermitteln. Gleichwohl kann aber im Einzelfall z.B. ein **Verschweigen von Tatsachen (Unterlassen)** oder eine **unterlassene bzw. mangelhafte Aufklärung** zu einer Pflichtverletzung des Verkäufers führen. Die Frage, ob bzw. wann eine **Verletzung von Hinweis- und Aufklärungspflichten** durch einen Verkäufer gegeben ist, richtet sich daher nach dem Einzelfall, und zwar nach der jeweiligen Darlegungs- und Mitteilungspflicht. Mangels eines einheitlichen und allgemein gültigen Maßstabes für die Beurteilung von

<sup>107</sup> BGH ZIP 1989, S. 514 (515); MünchKomm-Emmerich, BGB, § 311 Rn. 178; Palandt/Heinrichs, BGB, § 311, Rn. 34.

<sup>108</sup> Vgl. dazu BGH NJW 1967, S. 2199; OLG Köln MDR 1975, S. 51.

Unternehmen und aufgrund der unterschiedlichen Intentionen, die ein Käufer beim Erwerb eines Unternehmens verfolgt, sind bei der **Interessenabwägung** jeweils die Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen.

Der Bundesgerichtshof tendiert allerdings in jüngster Zeit dazu, dem Verkäufer immer **weitreichendere Aufklärungspflichten**<sup>109</sup> aufzuerlegen. Dies gilt z.B. bei etwaigen Besonderheiten in der **Käuferpersönlichkeit**, wie z.B. seiner Erfahrung mit dem Erwerb von Unternehmen sowie seiner Zuhilfenahme der Beratung und Unterstützung fachkundiger Berater: **Je geringer die Erfahrung** und der **Kenntnisstand** eines Käufers beim Erwerb von Unternehmen sind, umso umfangreicher werden die **Offenlegungspflichten** eines Verkäufers sein. Dies kann z.B. auch bei Altlasten eines Grundstückes der Fall sein, wenn lediglich der Verdacht einer Bodenverunreinigung besteht<sup>110</sup>. **Je größer hingegen die Erfahrungen** und der **Kenntnisstand** eines Käufers beim Erwerb eines Unternehmen sind, umso konkreter, ausdrückliche und unmissverständlicher wird er sein Informationsinteresse gegenüber dem Verkäufer deutlich machen müssen.

Insgesamt zeigt der Bundesgerichtshof neuerdings eine beachtliche Tendenz, vorvertragliche Offenlegungspflichten des Verkäufers bei einem geringen Kenntnisstand des Käufers anzunehmen<sup>111</sup>.

Zu berücksichtigen ist auch, welcher großen **Wert auf Informationen** der Käufer in einer für den Verkäufer erkennbaren Weise legt: Je größeren Wert der Käufer auf bestimmte Angaben legt, umso umfassender, ausführlicher und sorgfältiger muss der Verkäufer ihm die entsprechenden Informationen erteilen<sup>112</sup>.

### **3. Das Vertretenmüssen der Pflichtverletzung**

Verletzt ein Verhandlungspartner eine Pflicht aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB

<sup>109</sup> BGH ZIP 2001, S. 918; BGH ZIP 2002, S. 853; BGH ZIP 2003, S. 1399.

<sup>110</sup> BGH NJW 1995, S. 1549 f.

<sup>111</sup> BGH NJW 1995, S. 1549 f.

<sup>112</sup> Vgl. BGH DB 1978, S. 979.

Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens verlangen. Dies gilt gemäß Satz 2 des § 280 Abs. 1 BGB nicht, wenn der verletzende Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Dabei ist zu beachten, dass der Schuldner nach § 276 Abs.1 S. 1 BGB **Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten** hat, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist.

Bei **vorsätzlich falschen Informationen** des Verkäufers wird demzufolge generell ein Anspruch nach § 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB anzunehmen sein. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf darauf beruhende **Fehlinvestitionen** des Käufers<sup>113</sup>.

Hat ein Verhandlungspartner den **Vertragsschluss als sicher** hingestellt, so ist darin die stillschweigende Übernahme einer **Garantie** im Sinne des § 276 Abs. 1 S.1 BGB zu sehen<sup>114</sup>; bricht er sodann die Verhandlungen ab, so ist er auch ohne ein schuldhaftes Verhalten zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet<sup>115</sup>.

Das **Verschulden eines Geschäftsführers oder Vorstandes** ist der von ihnen vertretenen juristischen Person gemäß § 31 BGB zuzurechnen.

Ein etwaiges **Mitverschulden** des anderen Verhandlungspartners ist im Interesse einer sachgerechten Streitentscheidung gemäß § 254 BGB zu berücksichtigen.

#### 4. Der Ersatz des Vertrauensschadens

Gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB hat derjenige Verhandlungspartner, der seine Pflichten aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis verletzt, dem anderen den durch die Pflichtverletzung ursächlich entstandenen **Vertrauensschaden**, d.h. das **negative Interesse** zu ersetzen. Er hat den geschädigten so zu stellen, wie dieser ohne das schuldhafte Verhalten, also bei fehlender Pflichtverletzung stehen würde. Welcher Schaden dabei erstattungsfähig ist richtet sich angesichts der Vielgestaltigkeit, in der ein

<sup>113</sup> Siehe dazu BGH NJW 1992, S. 2564.

<sup>114</sup> Jauernig/Vollkommer, BGB, § 311 Rn. 61.

<sup>115</sup> OLG Koblenz NJW-RR 1997, S. 974 (974); Palandt/Heinrichs, BGB, § 311, Rn. 36.

Verschulden bei Vertragsschluss in Betracht kommen kann, nach der **Ursächlichkeit des schadenstiftenden Verhaltens** für den eingetretenen Schaden im Einzelfall.

Im Falle des **Zustandekommen eines Unternehmenskaufvertrages** kann der Gläubiger anstelle des Ersatzes seines sog. **Vertrauensschadens** auch nach § 280 Abs. 3 BGB unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des 282 oder des 283 BGB auch **Schadensersatz statt der Leistung (sog. positives Interesse)** i.V.m. § 281 Abs. 1 BGB oder gemäß § 284 BGB anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung **Ersatz der Aufwendungen** verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden. Der Schadensersatzanspruch umfasst deshalb nur solche Aufwendungen, die nach dem Zeitpunkt der Erzeugung eines qualifizierten Vertrauenstatbestandes gerade im Hinblick auf das geschaffene Vertrauen getätigt worden sind<sup>116</sup>. Da der Gläubiger somit z.B. auch einen Anspruch auf Erstattung der Beraterkosten geltend machen kann, empfiehlt es sich, bereits in den vorvertraglichen Dokumenten, wie z.B. in einem **Memorandum of Understanding** eine Begrenzung der Haftung für Beraterkosten oder gar einen vollständigen Abschluss sämtlicher Ansprüche aus § 311 Abs. 2 BGB bzw. Verschulden bei Vertragsschluss zu vereinbaren.

Kommt ein Unternehmenskaufvertrag nicht zustande, so umfasst der Ersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB wegen des **Abbruchs von Vertragverhandlungen** grundsätzlich das negative Interesse, d.h. den **Vertrauensschaden**<sup>117</sup>.

## 5. Art und Umfang des Schadens

Die Bestimmung von **Art und Umfang des Schadens** erfolgt grundsätzlich nach § 249 ff<sup>118</sup>. Gemäß § 249 BGB hat derjenige, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen

<sup>116</sup> OLG Dresden ZIP 2001, S. 604 (605); Palandt/Heinrichs, BGB, § 311 Rn. 34.

<sup>117</sup> BGH NJW 1998, S. 2900 (2900 f.); MünchKomm-Emmerich, BGB, § 311 Rn. 186.

<sup>118</sup> Erman/Battes, BGB, § 276, Rn. 124.

würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen der Verletzung einer Person oder wegen der Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.

Grundsätzlich wird die **Höhe des Schadens** nach der **sog. Differenzhypothese** ermittelt<sup>119</sup>. Sie ergibt sich aus einem Vergleich der tatsächlichen Vermögenssituation des Ersatzberechtigten nach dem schädigenden Ereignis mit der hypothetischen Situation, die bestehen würde, wenn es nicht zu der Pflichtverletzung gekommen wäre.

Im Übrigen erfolgt die konkrete Bestimmung des zu gewährenden Schadensersatzes vielfach aufgrund einer vom Gericht vorzunehmenden **Schätzung nach § 287 ZPO**. Die **Differenz zwischen dem so ermittelten Betrag und dem vereinbarten Kaufpreis** eines Unternehmens ist der erstattungsfähige Schaden.

## 6. Darlegungs- und Beweispflicht

Der Käufer trägt zur Durchsetzung seines Schadensersatzanspruches die **Darlegungs- und Beweispflicht**. Hinsichtlich der Behauptung, der Verkäufer hätte die Kaufsache auch zu einem **niedrigeren hypothetischen Kaufpreis** veräußert, wird man die ohnehin nur schwer zu erfüllende Darlegungspflicht nicht überspannen dürfen. Denn anderenfalls wäre der Käufer stets auf die Wahl der Rückgabe des Unternehmens und die Geltendmachung des **sog. großen Schadensersatzes** einschließlich der Rückzahlung des Kaufpreises angewiesen<sup>120</sup>. Aus diesem Grunde kann dem Käufer auch im Falle des arglistigen Vortäuschens einer Eigenschaft nicht die Beweislast dafür auferlegt werden, dass ihm ohne diese Vorspiegelung ein günstigerer Kaufpreis eingeräumt worden wäre<sup>121</sup>.

Der Verkäufer hingegen trägt gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB die Darlegungs- und Beweispflicht für seine Behauptung, die Pflichtverletzung nicht vertreten zu haben.

<sup>119</sup> Jauernig/Teichmann, BGB, Vor §§ 249 ff., Rn. 5; Palandt/Heinrichs, BGB, Vor § 249, Rn. 8.

<sup>120</sup> BGH NJW 1977, S. 1538 f.

<sup>121</sup> Ebenso BGH WM 1975, S. 230, 231.

#### IV. Der Vorvertrag

Der **Vorvertrag** soll eine vertragliche Bindung im Sinne des § 311 Abs. 1 BGB dort ermöglichen, wo der Inhalt des Hauptvertrages noch nicht in allen Einzelheiten festgelegt werden kann<sup>122</sup>. Er begründet eine **Verpflichtung zum Abschluss des Hauptvertrages**, der unter Umständen deswegen noch nicht vereinbart werden kann, weil bestimmte, von den Parteien als klärungsbedürftig angesehene Punkte noch offen sind.

Die grundsätzliche Zulässigkeit eines Vorvertrages ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit<sup>123</sup>. In jedem Fall ist es aber für die Wirksamkeit eines Vorvertrages erforderlich, dass alle wesentlichen Punkte genügend bestimmt sind. Diese hinreichende **Bestimmtheit** ist regelmäßig dann gegeben, wenn Kaufgegenstand und Kaufpreis sowie die von den Parteien als wesentlich angesehenen Nebenpunkte geregelt sind oder sich im Wege der Auslegung bestimmen lassen<sup>124</sup> und der wesentliche Inhalt des abzuschließenden Hauptvertrages zumindest bestimmbar ist<sup>125</sup>.

Für das Zustandekommen eines Vorvertrages ist gemäß § 145 BGB ein Antrag zum Abschluss eines Vertrages und dessen entsprechende Annahme durch die Gegenseite erforderlich. Bei vorvertraglichen Erklärungen beider Verhandlungspartner, wie z.B. **Letter of Intent, Term Sheet, Verhandlungsprotokoll, Positionspapier, Punktation, Heads of Agreement, Letter of Understanding und Memorandum of Understanding**, ist zu prüfen, ob bei den Verhandlungspartnern der Wille bestand, sich bereits im Hinblick auf die gesamte Erklärung oder etwa auch nur im Hinblick auf Teile davon vertraglich zu binden<sup>126</sup>. Ob ein solcher Rechtsbindungswille zum Abschluss eines Vertrages oder zumindest eines Vorvertrages vorliegt, ist durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB analog festzustellen. Entscheiden ist dabei nicht der innere Wille; vielmehr kommt es darauf an, ob ein objektiver Erklärungsempfänger aus dem Verhalten des Erklärenden

<sup>122</sup> MünchKomm-Kramer, BGB, Vor § 145, Rn. 43.

<sup>123</sup> Palandt/Heinrichs, BGB, Vor § 145, Rn. 19.

<sup>124</sup> BGH ZIP 1989, S. 1402, 1403.

<sup>125</sup> Palandt/Heinrichs, BGB, Vor § 145, Rn. 20.

<sup>126</sup> Palandt/Heinrichs, BGB, Vor § 241, Rn. 5.

nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen **Rechtsbindungswille** schließen konnte<sup>127</sup>.

## V. Die Due Diligence

Zwar sieht § 377 HGB eine Untersuchungs- und Rügeobliegenheit nur bei einem beiderseitigen Handelsgeschäft und erst nach der Ablieferung der Kaufsache vor. Um gleichwohl Klarheit über einerseits den Inhalt bzw. Umfang und andererseits den Wert des Kaufgegenstandes zu erlangen, ist es für den Unternehmenskäufer in der Praxis inzwischen üblich und empfehlenswert, in einem möglichst frühen Verhandlungsstadium und bereits vor der Abgabe eines bindenden Angebotes eine **sorgfältige Unternehmensprüfung (sog. Due Diligence)** durchzuführen und sowohl hinsichtlich der rechtlichen als auch der wirtschaftlichen Gegebenheiten und Exspektanzen eine eingehende Analyse (**sog. Pre Acquisition Audit**) vorzunehmen<sup>128</sup>.

### 1. Der Ablauf der Due Diligence

Für den Unternehmenskäufer ist die sorgfältige Prüfung des Zielunternehmens deshalb nicht nur eine Grundvoraussetzung für das Gelingen einer Transaktion. Vielmehr ist sie auch erforderlich für die angemessene **Bewertung des Zielunternehmens**, die Fixierung eines verbindlichen Kaufpreisangebotes und die Vertragsverhandlung, insbesondere auch im Hinblick auf das zu vereinbarende Gewährleistungs- und Haftungssystem. Die Qualität dieser Prüfung begrenzt aber nicht nur die Gefahr unerwarteter und eventuell unüberschaubarer Risiken und beeinflusst so den Erfolg oder Misserfolg der Transaktion selbst. Vielmehr dient sie auch dazu, sich frühzeitig bei der Planung und Durchführung der Transaktion auf die danach in der Post-Merger- bzw. Integrations-Phase notwendigen Maßnahmen einzustellen und rechtzeitig angemessene Lösungskonzepte zu entwickeln.

Die zu diesem Zweck anzufordernden Listen und Dokumente bieten für den Kaufinteressenten folglich nicht nur den Vorteil besserer Klarheit über

<sup>127</sup> Palandt/Heinrichs, BGB, Vor § 241, Rn. 5.

<sup>128</sup> So Knöfler, a.a.O., S. 69, 70.

den Kaufgegenstand. Vielmehr sollte er sich darüber bewusst sein, dass die Aushändigung dieser Unterlagen für ihn im Rahmen der Gewährleistung und Garantiehaftung des Verkäufers auch das Risiko in sich bergen kann, dass ihm der Verkäufer später die Kenntnis der in diesen Unterlagen enthaltenen Tatsachen entgegenhalten kann. Macht der Kaufinteressent von diesen Prüfungsmöglichkeiten Gebrauch, so liegt es deshalb in seinem eigenen Interesse, die Prüfungen - erforderlichenfalls unter Einschaltung seiner Berater - gründlich und genau durchführen und protokollarisch festhalten zu lassen.

Vor diesem Hintergrund ist es grundsätzlich verständlich, dass die **Due Dilligence-Prüfung** auch in Deutschland immer mehr zu einem üblichen Standard der Transaktions-Prozesse geworden ist. Allzu leicht verstellt dies aber den Blick dafür, dass den Managern und ihren Beratern vielfach aufgrund der enormen Geschwindigkeit des Transaktionsgeschäftes kaum die Zeit bleibt, die **Pre-Merger Managment Prozesse** inhaltlich so „**lege artis**“ und sorgfältig durchzuführen, wie es der aus dem US-amerikanischen Recht stammende Begriff grundsätzlich verlangt. Es besteht daher die Gefahr, dass trotz der Due Diligence erfolgsentscheidende Chancen und Risiken unentdeckt bleiben. Hilfreich können hier die für die Vornahme der Prüfungen existierenden, nur beispielhaft angeführten **Due Diligence-Checklisten**<sup>129</sup> sein, anhand derer der Kaufinteressent die für die Prüfung erforderlichen Unterlagen anfordern kann.

## 2. Die Einordnung der Due Diligenc im deutschen Recht

Der Begriff „**Due Diligence**“ entstammt dem angloamerikanischen Rechtskreis und hat sich inzwischen auch in der deutschen **Transaktionspraxis** eingebürgert. Nach US-amerikanischem Recht beinhaltet die Due Diligence etwa die **gebührende und im Verkehr erforderliche Sorgfalt**, die die Entscheidungsträger eines Unternehmens bei ihrer Willensbildung bezüglich eines Unternehmenskaufes vor allem in den Bereichen **Recht, Wirtschaft, Personal, Umwelt- und Altlasten**,

<sup>129</sup>

Siehe dazu in Anlage 2: Due Diligence-Checkliste.

**Finanzen und Steuern, operatives Geschäft** und den **sonstigen wichtigen Unternehmensgrundlagen** anzuwenden haben.

In der deutschen Rechtsprechung und Literatur ist die **rechtliche Bewertung** dieses Vorganges noch nicht ausreichend geklärt<sup>130</sup>. Allerdings ist zu beachten, dass die Due Diligence-Prüfung tief greifenden Einfluss auf die Festlegung des Kaufpreises sowie auf das gesamte Gewährleistungs-, Haftungs- und Beweissystem beim Unternehmenskauf hat<sup>131</sup>.

Bei der rechtlichen Bewertung sind **drei verschiedene Funktionen**<sup>132</sup> **der Due Diligence-Prüfung** zu berücksichtigen:

(1) Zunächst dient die Due Diligence-Prüfung dem Unternehmenskäufer zur **Informationsbeschaffung über den Kaufgegenstand**. Er erhält durch sie einen Eindruck vom Unternehmen und dessen Wert und vermag hiernach zu entscheiden, ob es im Großen und Ganzen seinen Vorstellungen entspricht und welchen Kaufpreis er für angemessen hält.

(2) Ferner hat diese Prüfung für den Käufer den Zweck, **Risiken und Schwachstellen** des zu erwerbenden Unternehmens zu erkennen, um auf diese Weise einschätzen zu können, welche Gewährleistungen und Garantien er von dem Verkäufer verlangen will.

(3) Schließlich wird durch die Due Diligence-Prüfung das Kaufobjekt auch zu **Beweiszwecken** offen gelegt und dokumentiert. Der Käufer kann somit insoweit später nicht ohne weiteres reklamieren, er sei auf bestehende Gegebenheiten und Risiken nicht ausreichend hingewiesen worden.

Im Zusammenhag mit Unternehmenstransaktionen ist unter der Due Diligence somit die **Analyse, Untersuchung und Durchleuchtung** des zu erwerbenden Unternehmens durch den Kaufinteressenten in der Regel vor dem Abschluss des Kauf- und Übertragungsvertrages zu verstehen. Der Kaufinteressent verfolgt durch sie das Ziel, einen möglichst genauen Einblick in das von ihm zu erwerbende Unternehmen zu gewinnen und detaillierte Informationen über seine **Stärken und Schwächen** sowie **Chancen**

<sup>130</sup> Berens/Brauner, a.a.O., S. 241.

<sup>131</sup> Lutter, ZIP 1997, S. 613 ff.; Merkt, BB 1995, S. 1041 ff.; Schmitz, a.a.O., S. 35 ff.

<sup>132</sup> Siehe hierzu Angersbach, a.a.O., s. 38 ff.

**und Risiken** zu erlangen<sup>133</sup>. Die Grundsätze der Due Diligence gelten in gleicher Weise für den sog. Asset Deal, als auch für den Fall eines Share Deals.

### **3. Besonderheiten des Legal Due Diligence**

Im Rahmen der Legal Due Diligence<sup>134</sup> geht es vornehmlich um die Prüfung der sich aus den **rechtlichen Innen- und Außenbeziehungen** des Targets ergebenden Chancen und Risiken. Dabei werden diese Beziehungen insbesondere hinsichtlich folgender Bereiche durchgeführt:

- Vertragsrecht
- Gesellschaftsrecht
- Arbeitsrecht
- Recht der Altersvorsorge
- Steuerrecht
- Öffentliches Recht, insbesondere Umweltrecht
- Kartellrecht

#### **a. Der Einfluss der Due Diligence auf das Haftungssystem**

Der Einfluss der Due Dilligence auf das Haftungssystem erstreckt sich im Wesentlichen auf zwei Aspekte: Zum einen sind die in einem Transaktionsvertrag von dem Verkäufer eingeräumten **Garantien** betreffend einzelner Umstände bzw. Beschaffenheiten des Kaufobjektes und die hierbei oftmals vereinbarten Haftungsbeschränkungen grundsätzlich ein **Spiegelbild der im Rahmen der Due Diligence ermittelten Fakten**<sup>135</sup>. Zum anderen kann die Durchführung einer Due Diligence dazu führen, dass die hierbei erlangte Kenntnis des Käufers von einem Mangel bzw. seine grob fahrlässige Unkenntnis von einem solchen Mangel nach der Vorschrift des § 442 BGB zu einem Haftungsausschluss des Verkäufers führt.

<sup>133</sup> Eggenberger, a.a.O., S. 58 ff.

<sup>134</sup> Die nachfolgenden Ausführungen zur Legal Due Diligence halten sich an die Darstellung der Legal Due Diligence von Picot, G./Fromm-Russenschuck, M&A Review 2002, S. 426 ff.

<sup>135</sup> Berens/Brauner, a.a.O., S. 241 ff.

Insoweit dient die Legal Due Diligence neben der Fixierung eines verbindlichen Kaufpreises auch der Intensität des zu vereinbarenden Gewährleistungs- und Haftungssystems.

Bei den Vertragsverhandlungen darf deshalb das Wechselspiel zwischen Due Diligence einerseits sowie den vertraglichen Gewährleistungs-, garantie- und Haftungspflichten des Verkäufers andererseits nicht unterschätzt werden. Insoweit gilt der **Grundsatz**: Je weniger Daten und Informationen dem Käufer von dem Verkäufer zur Verfügung gestellt worden sind, umso umfangreicher und detaillierter werden seine Forderungen nach vertraglichen Gewährleistungs-, Garantie und Haftungsversprechen des Verkäufers ausfallen.

#### **b. Die Kenntnis des Käufers**

Die Due Diligence kann auf die Gewährleistungsrecht des Käufers Auswirkungen insbesondere dann haben, wenn der Käufer im Rahmen seiner Prüfung von einem Mangel **Kenntnis** erlangt hat oder wenn ihm ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Auf die Einzelheiten dieser Auswirkungen soll im Rahmen des gesetzlichen Haftungs- und Gewährleistungssystems eingegangen werden.

#### **c. Auskunftspflichten der Geschäftsführung und des Vorstandes bei der Durchführung einer Due Diligence**

Der **Vorstand einer Aktiengesellschaft** unterliegt gem. § 93 I S. 2 AktG einer gesetzlichen **Schweigepflicht**, deren Verletzung eine Schadensersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft nach § 93 II AktG, den Widerruf der Bestellung als Vorstand gem. § 84 III AktG und eine Kündigung des Anstellungsvertrages des Vorstandsmitgliedes zur Folge haben kann<sup>136</sup>. Auch kann die unberechtigte Weitergabe von Informationen strafrechtliche Relevanz haben.

Für die **Geschäftsführung einer GmbH** gibt es im Gegensatz zum Aktiengesetz zwar keine gesetzlich normierte Schweigepflicht, jedoch hat

<sup>136</sup> Vgl. Körber, NZG 2002, S. 263, 266.

die Geschäftsführung einer GmbH analog § 93 I S. 2 AktG über vertrauliche Angaben und Geheimnisse, gegenüber Außenstehenden **Stillschweigen** zu bewahren<sup>137</sup>. Diese Pflicht ergibt sich zudem aus der allgemeinen, einem Geschäftsführer obliegenden **Förderpflicht**. Die Verletzung dieser Pflicht kann zu einem Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gem. § 43 GmbHG führen. Außerdem macht sich der Geschäftsführer, der die Geheimhaltungspflicht, gemäß § 85 GmbHG strafbar.

Es stellt sich somit die Frage nach dem Umfang und den Grenzen der Auskunftspflichten sowie nach der Begrenzung des Haftungsrisikos durch den Vorstand bzw. die Geschäftsführung der Verkäufergesellschaft.

#### **aa. Umfang der Auskunftspflicht**

Führt der Käufer eine Due Diligence durch, so erhält er von dem Verkäufer eine Vielzahl von Informationen. Diese müssen ausnahmslos richtig und vollständig sein. Legt der Käufer im Rahmen der Due Diligence eine eigene Check-Liste, möglicherweise spezialisiert auf bestimmte Bereiche, vor, so muss der Verkäufer vor dem Hintergrund des § 311 Abs. 2 BGB (Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse) i.V.m. § 241 Abs. 2 S. 2 BGB (Pflichten aus dem Schuldverhältnis) auch über solche Umstände informieren, die die auf der Liste enthaltenen Punkte nicht unmittelbar erfassen, mit ihnen aber in Zusammenhag stehen<sup>138</sup>.

Die Durchführung einer Due Diligence darf daher auf die oben dargestellten **Aufklärungspflichten** des Verkäufers keinen Einfluss haben. Vorsorglich sollte der Kaufinteressent aber bei der Aushändigung einer von ihm erstellten Check-Liste schriftlich darauf hinweisen, dass diese weder abschließend die für ihn aufklärungsbedürftigen Umstände beinhaltet, noch in irgendeiner Weise gegen ihn verwendet werden kann.

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer vollständig, richtig, zeitgerecht und geordnet Angaben zu machen und zwar unabhängig davon, ob die Angaben freiwillig oder auf Nachfrage erfolgen (**Wahrheits-**

<sup>137</sup> Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz Kommentar, 15.Aufl., 2000, § 43, Rn. 8.

<sup>138</sup> Vgl. Loges, DB 1997, S. 965, 968.

**pflicht)**<sup>139</sup>. Darüber hinaus trifft den Verkäufer die Pflicht, den Käufer unverzüglich von einer nachträglichen Veränderung der Vertragsumstände zu unterrichten (**Berichtigungspflicht**)<sup>140</sup>.

Zwar hat die Rechtsprechung in einer vielfach bestätigten Formel den Grundsatz herausgebildet, dass bei gegenseitigen Verträgen grundsätzlich jeder Vertragspartner selbst zu prüfen hat, ob das Geschäft für ihn vorteilhaft ist oder nicht<sup>141</sup>. Jedoch besteht – wie bereits oben ausgeführt – für jeden Vertragspartner im Rahmen von Vertragsverhandlungen gem. § 311 Abs. 2 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB die Pflicht, den anderen Teil über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck (des anderen) vereiteln können und daher für seinen Entschluss von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten konnte. Dies gilt selbst dann, wenn die Parteien **entgegengesetzte Interessen** verfolgen<sup>142</sup>.

In einer neueren Entscheidung geht der Bundesgerichtshof sogar so weit, dass sich die Aufklärungspflicht des Verkäufers namentlich auch auf alle Umstände erstrecke, welche die **Überlebensfähigkeit** des zu kaufenden - lebensfähigen - Unternehmens ernsthaft gefährden, insbesondere also, wenn eine drohende oder bereits eingetretene **Zahlungsunfähigkeit** oder **Überschuldung** vorliege<sup>143</sup>.

### **bb. Grenzen der Auskunftspflicht**

Gemäß § 93 I S. 2 AktG sind die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft verpflichtet, über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich **Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse**, die ihnen durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekannt geworden sind, Stillschweigen zu bewahren. In Anbetracht der zunehmenden Bedeutung der Due Diligence bei Transaktionen wird deutlich, dass in der Offenlegung von Informationen über das Zielunternehmen jedenfalls nicht generell eine

<sup>139</sup> BFH NJW-RR 1988, S. 744.; Fleischer/Körber, BB 2001, S. 841, 843.

<sup>140</sup> Fleischer/Körber, BB 2001, S. 841, 843.

<sup>141</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1991, S. 439, 440.

<sup>142</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1996, S. 429 m.w.Nachw.; BGH NJW-RR 1998, S. 394.

<sup>143</sup> BGH GmbHR 2001, S. 516, 518; BGH WM 2002, S. 446.

Verletzung dieser **Verschwiegenheitspflicht** gesehen werden kann, zumal z.B. die Veräußerung einer Beteiligung an einer Aktiengesellschaft wesentliche Vorteile für die Gesellschaft mit sich bringen kann. Vielmehr haben die Vorstandsmitglieder gem. § 76 I AktG die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten und dabei ihre Leitungsentscheidungen nach eigenem Ermessen unter sachgerechter Wahrnehmung der in der Gesellschaft und ihrem Unternehmen zusammentreffenden Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer und der Öffentlichkeit (**Unternehmensinteresse**) zu treffen<sup>144</sup>.

Es erscheint daher vorzugswürdig, eine **Weitergabe von Informationen** im Rahmen einer Due Diligence an den potentiellen Erwerber unter Vornahme einer umfassenden Einzelfallabwägung der Interessen von potentiell Veräußerer und Erwerber sowie der Gesellschaft grundsätzlich zuzulassen<sup>145</sup>. Im Rahmen der Interessenabwägung sind dabei insbesondere die Gefahren und die Wahrscheinlichkeit einer unzulässigen Ausnutzung der weiterzugebenden Informationen durch den Informationsempfänger zu berücksichtigen. Das Interesse der Zielgesellschaft wird daher in der Regel dann in ausreichendem Maße gewahrt, wenn der potentielle Veräußerer und der potentielle Erwerber bereits in ein fortgeschrittenes Verhandlungsstadium eingetreten sind und die weitere Geheimhaltung der durch die Due Diligence offenbarten Informationen durch den Abschluss von **Geheimhaltungs- und Vertraulichkeitsvereinbarungen** gewährleistet wird<sup>146</sup>.

Besteht trotz derartiger Geheimhaltungsvereinbarungen die ernst zu nehmende Gefahr, dass die Informationen zum Nachteil der Gesellschaft verwendet werden könnten, darf eine Weitergabe nicht erfolgen. In diesem Fall bleibt nur die Möglichkeit, neutrale Dritte, wie z.B. Rechtsanwälte oder Wirtschaftsprüfer, die weder mit der Zielgesellschaft noch mit dem potentiellen Erwerber in einem Mandatsverhältnis stehen, mit der Durchführung der Due Diligence zu beauftragen. Diese müssen sich verpflichten, keine Fakten, sondern lediglich die **Ergebnisse ihrer Prüfung** in Form eines

---

<sup>144</sup> Vgl. BGH NJW 1994, S. 1410 (Deutsche Bank).

<sup>145</sup> So auch Müller, NJW 2000, S. 3452, 3453 ff. m.w.Nachw.

<sup>146</sup> Körber, NZG 2002, S. 263, 269.

verkürzten Due Diligence Reports an den potentiellen Erwerber weiterzugeben<sup>147</sup>.

## **E. Die Gestaltung des Unternehmenskaufvertrages**

Aufgrund der bereits dargestellten Tatsache, dass ein Unternehmenskauf stets eine Vielzahl von Rechtsgebieten und komplexen wirtschaftlichen Fragen berührt und insoweit die Gefahr von Rechtsunsicherheiten groß ist, empfiehlt es sich, den **Transaktionsvertrag als einheitlichen, in sich geschlossenen Regelungs- und Haftungssystem** zu verstehen. Dies bedeutet, dass möglichst alle für die Vertragspartner bedeutsamen rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte vertraglich so detailliert zu regeln sind, dass Überraschungen ausgeschaltet und voraussehbare Risiken unter den Vertragspartnern insbesondere durch Zusicherungen oder Garantien bzw. entsprechende Verichtsvereinbarungen möglichst klar verteilt werden.

Zum Zwecke der besseren Übersichtlichkeit sollten an den Anfang umfangreicherer Unternehmenskaufverträge eine **Präambel**<sup>148</sup>, ein detailliertes Inhaltsverzeichnis und ein Anlagenverzeichnis sowie Definitionen häufiger wiederkehrender Begriffe aufgenommen werden.

## **I. Der Vertragsgegenstand**

Der **Vertragsgegenstand** ist für den Kauf einzelner Wirtschaftsgüter (**Asset Deal**) und für den Kauf einer Gesellschaft bzw. der Beteiligung an einer Gesellschaft (**Share Deal**) gesondert zu betrachten.

### **1. Der Vertragsgegenstand beim Kauf einzelner Wirtschaftsgüter (Asset Deal)**

Betrifft der Unternehmenskauf als **Asset Deal** den **Kauf einzelner Wirtschaftsgüter**, so folgt aus § 433 I BGB die Pflicht des Verkäufers, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu

<sup>147</sup> Schröder, DB 1997, S. 2161, 2163.

<sup>148</sup> Siehe dazu Pilger, DB 2000, S. 368 ff.

verschaffen. Der Verkäufer eines Rechts ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen, und wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben. Da der Kauf eines Unternehmens den **Kauf einer Gesamtheit** von Sachen und Rechten, tatsächlichen Beziehungen und Erfahrungen sowie unternehmerischen Handlungen beinhaltet<sup>149</sup>, ergeben sich auch für die Überleitung des Unternehmens auf den Erwerber Besonderheiten.

#### **a. Die einzelnen Wirtschaftsgüter**

Der **schuldrechtliche** Unternehmenskaufvertrag bezieht sich somit auf das Unternehmen als **Sach- und Rechtsgesamtheit**. Von den schuldrechtlichen Vereinbarungen zu unterscheiden ist die **sachenrechtliche** Vereinbarung: Das Unternehmen als solches kann nicht Gegenstand eines Übertragungsvorganges sein; vielmehr bedarf es nach dem **Grundsatz der Bestimmtheit** der klaren und zweifelsfrei unterscheidbaren Festlegung, welche **Einzelbestandteile** des Unternehmens im Wege des sachenrechtlichen Geschäftes übertragen werden sollen<sup>150</sup>.

#### **aa. Die Sachen, Forderungen und Rechte**

Hinsichtlich der **schuldrechtlichen** Vereinbarung ist u.a. § 311 c BGB zu beachten, danach erstreckt sich die Verpflichtung eines Vertragspartners zur Veräußerung oder Belastung einer Sache im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache.

**Sachenrechtlich** sind die dem Unternehmensträger gehörenden **Sachen, Forderungen und Rechte** nach Maßgabe der jeweiligen zivilrechtlichen Vorschriften (§§ 398, 873 ff., 929 ff. BGB) zu übertragen.

---

<sup>149</sup> Häger, a.a.O., S. 27 ff.

<sup>150</sup> Vgl. MünchKomm-Quack, BGB, § 929, Rn. 52.

### **bb. Die Marke**

Das durch die Eintragung, die Benutzung oder die notorische Bekanntheit einer **Marke** begründete Recht kann gem. § 27 I MarkenG übertragen werden. Gehört die Marke zu einem Geschäfts(teil)betrieb, so wird das Recht an der Marke gemäß Absatz II dieser Bestimmung im Zweifel von der Übertragung oder dem Übergang des Geschäftsbetriebes, zu dem die Marke gehört, erfasst. Die Übertragung kann auch ohne den betreffenden Geschäftsbetrieb erfolgen. Der Übergang des Markenrechts wird auf Antrag eines Beteiligten in das Register eingetragen, wenn er dem Patentamt nachgewiesen wird<sup>151</sup>.

Anstelle der dinglichen Übertragung des Schutzrechtes können die Vertragspartner gemäß § 30 I MarkenG im Wege einer **Lizenz** eine exklusive oder nicht-exklusive **Gebrauchsüberlassung** für das Gebiet oder ein Teilgebiet der Bundesrepublik Deutschland vereinbaren. Umstritten ist, ob auf reine Markenlizenzverträge § 20 GWB anwendbar ist<sup>152</sup>. Allerdings sind das Schriftformerfordernis des § 34 GWB, die anderen Bestimmungen des GWB (§§ 1, 15 etc.) sowie Art 85 EGV zu beachten.

### **cc. Die Firma**

Die **Firma** kann gemäß § 23 HGB nur zusammen mit dem Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden<sup>153</sup>. Voraussetzung ist der Übergang des Unternehmens im großen und im ganzen. Voraussetzung ist der Übergang des Unternehmens im großen und im ganzen, und zwar derart, dass die Bestandteile und Tätigkeitsbereiche übergehen, welche die Betriebsfortführung ermöglichen und mit denen das Unternehmen am Markt operiert. Es muss zu erwarten sein, dass die damit verbundene Geschäftstradition vom Erwerber fortgesetzt wird.

---

<sup>151</sup> Siehe dazu § 31 der MarkenVO.

<sup>152</sup> Siehe auch BGH NJW 1991, S. 3152.

<sup>153</sup> Vgl. BGH DB 1991, S. 590, 591.

## dd. Das Urheberrecht

Am 1. 7. 2002 ist das Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern und am 13. 9. 2003 ist das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft in Kraft getreten. Beide Gesetze haben zu erheblichen Änderungen des Urheberrechtsgesetzes (UrhG) geführt.

Die Neuregelungen gelten zu Gunsten solcher Personen, die nach deutschem Recht **(Mit-)Urheber** von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst sind und die nach den §§ 120 ff. UrhG dem deutschen **Urheberrechtsschutz** unterfallen.

Besondere Bedeutung haben die Neuregelungen für Unternehmenskäufe, die auch den Erwerb von Rechten an **Software, Filmen und anderen urheberrechtlich geschützten Werken** betreffen. Bei Rechten an Software und Filmwerken sind zusätzliche Sondervorschriften zu beachten.

Urheberrechte sind gemäß § 29 UrhG nicht rechtsgeschäftlich übertragbar. Zulässig sind hingegen die Einräumung von Nutzungsrechten nach § 31 UrhG, schuldrechtliche Einwilligungen und Vereinbarungen zu Verwertungsrechten sowie die in § 39 UrhG geregelten Rechtsgeschäfte über Urheberpersönlichkeitsrecht.

Der Urheber kann gemäß § 31 UrhG einem anderen das Recht einräumen, das Werk auf einzelne oder alle **Nutzungsarten** zu nutzen (Nutzungsrecht). Das Nutzungsrecht kann eingeräumt werden als einfaches oder ausschließliches Recht sowie räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt. Hervorzuheben ist, dass Nutzungsrecht gemäß § 34 III Satz 1 UrhG ohne Zustimmung des Urhebers „*im Rahmen der Gesamtveräußerung eines Unternehmens oder der Veräußerung von Teilen des Unternehmens*“, also im Rahmen eines **Asset Deals** übertragen werden können. Allerdings steht dem Urheber Gemäß § 34 III Satz 2 UrhG ein Rückrufrecht zu, wenn ihm die Ausübung des Nutzungsrechts durch den Erwerber nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist (**Unzumutbarkeitsregelung**). Dieses Rückrufrecht findet gemäß § 34 IV UrhG auch auf den **Share Deal** Anwendung, wenn sich die Beteiligungsverhältnisse am Unternehmen des Inhabers des Nutzungsrechts (d.h. wohl um mehr als 25 %) ändern. Auch kann es

möglicherweise bestehen, wenn sich der Käufer in einer wirtschaftlich schwierigen Situation befindet. Die Ausübung des Rückrufsrechts ist nicht befristet.

### ee. Das Patent

In Rahmen eines **Asset Deals** können auch die **Patentrechte** eines Unternehmens Gegenstand des Kaufvertrages sein. Gemäß § 1 I Patentgesetz (PatG) werden Patente für Erfindungen erteilt, die neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind.

Die Übertragung eines Patentes im Wege der **Einzelrechtsnachfolge (Singularsukzession)** erfolgt durch **schuldrechtliches Grundgeschäft**, insbesondere Kauf (§ 433 BGB), Tausch (§ 515 BGB), Schenkung (§ 516 BGB) oder Gesellschaftsvertrag (§ 705 BGB) und das **dingliche Vollziehungsgeschäft** durch Abtretung / Übertragung gemäß §§ 413, 404, 398 BGB. Grund- und Vollzugsgeschäft sind grundsätzlich voneinander zu trennen, so dass regelmäßig ein Mangel des Grundgeschäftes nicht zugleich auch das Vollzugsgeschäft betrifft. Ist etwa das Grundgeschäft deshalb sittenwidrig, weil es zum Zwecke der Steuerhinterziehung geschlossen wurde, so erfasst die Sittenwidrigkeit des § 138 BGB nicht automatisch auch die Übertragung des Patents. Maßgeblich ist der Parteiwille, der Grund- und Vollzugsgeschäft auch als Einheit zusammenfassen kann<sup>154</sup>.

Ferner kann die Übertragung auf Dritte auch im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession)**, z.B. Fusion, Umwandlung oder Einbringung geschehen.

Fälle der **beschränkten Übertragung** sind die Bestellungen von Nießbrauch (§§ 1068, 1069 BGB) und Pfandrecht (§§ 1273, 1274 BGB) – das gilt auch für das vor der Anmeldung schon bestehende Recht auf das Patent, sofern der Erfinder seine Verwertungsabsicht betreffend der Erfindung zuvor ausreichend kundgetan hat<sup>155</sup>. Ein weiterer Fall der beschränkten Übertragung ist die in § 15 II PatG geregelte Lizenz.

<sup>154</sup> Siehe dazu BGH NJW 1967, S. 1128, 1130.

<sup>155</sup> Vgl. BGHZ 16, S. 172, 175.

## **ff. Das Know-how**

Das **Know-how** eines Unternehmens, insbesondere bezüglich Herstellungs- und Ablaufverfahren, Rezepturen und andere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden bei der Übertragung sämtlicher oder wesentlicher Assets regelmäßig mit übertragen. Auch insoweit empfiehlt sich allerdings eine klarstellende Vereinbarung einschließlich einer Definition des Know-how im Kaufvertrag. Auch eine nur (lizenzweise) Überlassung des Know-how sollte möglichst genau definiert und dokumentiert werden, wobei die genannten Bestimmungen des GWB und Artikel 85 EGV mit der Gruppenfreistellungsverordnung 240/96 für **Technologietransfer-Vereinbarungen** zu beachten sind.

## **b. Der Kaufpreis und der Unternehmenswert**

Eine zentrale Problematik des Unternehmenskaufvertrages ist oftmals die Bestimmung des **Kaufpreises (Purchase Price)**. Vom Kaufpreis zu unterscheiden ist der **Unternehmenswert**, der in der Regel für die Kaufpreisfindung von entscheidender Bedeutung ist.

Die Bestimmung des **Kaufpreises** erfolgt durch die Parteien auf der Grundlage der beiderseitigen Wertvorstellungen, die nach den bei Vertragsschluss vorhandenen Erkenntnissen über die **Chancen und Risiken eines Unternehmens** gebildet werden<sup>156</sup>.

Die **Unternehmensbewertung** nimmt auf die Feststellung des „richtigen“ Unternehmens-Kaufpreises maßgebenden Einfluss. Gleiches gilt aber auch für die Unternehmensbewertung in anderen Bereichen des Gesellschaftsrechts, wie z.B. den Spruchstellenverfahren, die eine gerichtliche Überprüfung z.B. von Verschmelzungsrelationen sowie Abfindungs- und Ausgleichszahlungen eröffnen, so dass die Unternehmensbewertung zugleich auch zu „gerichtsfesten“ Unternehmensentscheidungen beitragen soll<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> Jansen, a.a.O, S. 178 ff.

<sup>157</sup> Zur Unternehmensbewertung beim Unternehmenskauf siehe Richter in: Picot, G., Handbuch Mergers & Acquisitions, S. 301 ff.; Hölter, a.a.O, S. 63 ff.

### c. Die Übertragung des Unternehmens und der Zeitpunkt der Übertragung

Wie bereits oben ausgeführt hat der Unternehmensverkäufer bei **Asset Deal** gem. § 433 I BGB die Pflicht, dem Käufer die **einzelnen Wirtschaftsgüter** zu übergeben und das Eigentum an den Sachen zu verschaffen. Der Verkäufer eines Rechts ist gemäß § 453 BGB verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben.

Da der Kauf eines Unternehmens den **Kauf einer Gesamtheit** von Sachen und Rechten, tatsächlichen Beziehungen und Erfahrungen sowie unternehmerischen Handlungen beinhaltet, ergeben sich auch für die Überleitung des Unternehmens auf den Erwerber Besonderheiten. Insbesondere bedeutet die Übertragung eines Unternehmens zugleich die Überleitung des gesamten **Organismus** „Unternehmen“, so dass neben der Übertragung von Sachen und Rechten auch die Einweisung des Erwerbers in den Tätigkeits- und Geschäftsbereich des Verkäufers geschuldet ist. Nur so kann der Erwerber in die Lage versetzt werden, das Unternehmen so fortzuführen, wie es der Veräußerer mit Hilfe der veräußerten Werte selbst betrieben hat<sup>158</sup>.

Bestand und Wert des Unternehmens können vom Beginn der Verhandlungen, über den Abschluss des Kaufvertrages bis hin zum Übertragungstichtag erheblichen Schwankungen unterliegen. Sowohl wirtschaftliche und steuerliche Gesichtspunkte können insoweit eine Rolle spielen. Der Festlegung des **Übergangstichtages (Closing)**<sup>159</sup> kommt daher besondere Bedeutung zu. Der Übergangstichtag ist der zeitliche Bezugspunkt für die Rechtswirkungen, die mit dem Übergang des Unternehmens auf den Käufer verbunden sind. Bestandteil der Stichtagsregelung ist die Vereinbarung, dass mit dem Stichtag der Besitz, die Nutzungen und die Gefahr hinsichtlich der zu übertragenden Gegenstände auf den Käufer übergehen. Auch vertragliche Garantie- und Gewährleistungszusagen seitens des Verkäufers sollten deshalb grundsätzlich auf den Übergangstichtag bezogen sein.

<sup>158</sup> BGH NJW 1968, S. 392, 393.

<sup>159</sup> Knott/Mielke/Weidlich, a.a.O., S. 33 ff.

Für die Zeit zwischen dem Abschluss des Kaufvertrages und dem Übergangsstichtag liegt die **Leitung des Unternehmens** in der Regel weiterhin beim Veräußerer. Je nach den wirtschaftlichen Erfordernissen können im Unternehmenskaufvertrag abweichende Regelungen vorgesehen werden, die jedoch in der praktischen Abwicklung und Handhabung oftmals nicht unproblematisch sind<sup>160</sup>.

#### **d. Die Übertragung von Forderungen; Vertragspositionen und Rechtsverhältnissen, insbesondere Arbeitsverhältnisse**

Bei **Asset Deal** müssen alle Sachen und Rechte nach den jeweils für die geltenden Vorschriften übertragen werden. Besonderheiten ergeben sich dabei hinsichtlich der **Übertragung von Forderungen, Vertragspositionen und Rechtsverhältnissen**, für die das Zivilrecht nur wenige Sonderbestimmungen, wie zum Beispiel die §§ 398 ff. BGB für die Abtretungen von Forderungen, § 571 BGB für Mietverhältnisse, § 613 a BGB für Arbeitsverhältnisse und die §§ 69, 151 II VVG für Versicherungsverträge bereithält.

#### **2. Der Vertragsgegenstand beim Kauf einer Gesellschaft bzw. einer Beteiligung an einer Gesellschaft (Share Deal)**

Der Vertragsgegenstand beim Kauf einer Gesellschaft bzw. einer Beteiligung an einer Gesellschaft (**Share Deal**) ist für die Kapitalgesellschaft und die Personengesellschaft gesondert zu betrachten.

Die Übertragung von **Personengesellschaftsanteilen** wird grundsätzlich **wie die Übertragung von Kapitalgesellschaften** behandelt<sup>161</sup>. Allerdings kann zweifelhaft sein, ob und inwieweit neben dem Gesellschaftsanteil weitere **Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis**, wie z.B. Darlehens-, Kapitalrücklage- oder Allgemeine

<sup>160</sup> Ausführlich dazu Holzapfel/Pöllath, Rn. 27-30.

<sup>161</sup> Zur wirksamen Übertragung von GbR-Gesellschaftsrechten OLG Köln, BB 1996, S. 2058f.

Verrechnungskonten, Stimmrechte, Informationsrechte, Kündigungsrechte, Rechte auf Gewinn und Auseinandersetzungsguthaben, übergehen sollen. Deshalb empfiehlt sich eine detaillierte Regelung.

Bei Kapitalgesellschaften erfolgt der Unternehmenskauf im Wege der Übertragung der Gesellschafterbeteiligung von dem Rechtsträger auf den Käufer. Der Kauf von kapitalgesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechten ist ein **Rechtskauf** gemäß § 453 BGB<sup>162</sup>.

Wird das Mitgliedschaftsrecht zugleich in einem Wertpapier verkörpert (z.B: Aktie), so liegt daneben auch ein **Sachkauf** vor. Ist die Mitgliedschaft des Aktionärs in de Wertpapier verbrieft, so wird die **Inhaberaktie** nach den Vorschriften über die Übereignung beweglicher Sachen übertragen<sup>163</sup>. Ist es (noch) nicht zu einer Verbriefung der Mitgliedschaftsrechte gekommen, so erfolgt die Übertragung nach § 413 BGB in Verbindung § 398 BGB durch Abtretung<sup>164</sup>.

## II. Das Gewährleistungs- und Haftungssystem

Die Regelungen des **Gewährleistungs- und Haftungssystem** gehören zu den umstrittensten Rechtsfragen bei der Verhandlung von Unternehmenskaufverträgen.

### 1. Das gesetzliche Gewährleistungs- und Haftungssystem beim Asset Deal und Share Deal

Der **Kauf eines Unternehmens im Wege eines Asset Deals** stellt grundsätzlich mehr dar, als den bloßen **Kauf einzelner Wirtschaftsgüter** eines Unternehmens. Bei einem Kauf von Assets als Sachgesamtheit handelt es sich jedenfalls im analogen Sinne<sup>165</sup> grundsätzlich um einen **Sachkauf** gemäß § 433 I BGB. Betrifft der Asset Deal neben der Übertragung von Sachen auch die Übertragung von Rechten, so handelt es sich insoweit auch

<sup>162</sup> Zur Abgrenzung im Einzelnen vgl. Hommelhoff, ZGR 1982, S. 366, 369.

<sup>163</sup> Zu den Formen der Übertragung von Aktien im Einzelnen siehe Mentz, in Picot, G./Mentz/Seydel, Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, Teil IV, Rn. 41 ff. m.w.Nachw.

<sup>164</sup> Siehe LG Berlin NJW-RR 1994, S. 842 sowie Carsten Schmidt, GmbHR 1997, S. 869 ff.

<sup>165</sup> MünchKomm-Lieb, HGB, Anhang § 25 Rn. 53, 55.

um einen **Kauf von Rechten** gemäß § 453 BGB<sup>166</sup>. Der **Kauf von Anteilen oder Beteiligungen an einer Gesellschaft (Share Deal)** ist hingegen grundsätzlich ein **Rechtskauf** gemäß § 453 BGB

**a. Das gesetzliche Gewährleistungs- und Haftungsrecht beim Asset Deal**

§ 433 BGB regelt die **vertragstypischen Pflichten** der Vertragspartner beim Kaufvertrag. Gemäß § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB wird der Verkäufer einer Sache durch den Kaufvertrag verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen. Der Verkäufer hat gemäß § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB die Pflicht, dem Käufer die Sache **frei von Sach- und Rechtsmängeln** zu verschaffen, andernfalls er seine Pflichten aus dem Kaufvertrag verletzt. Nach § 433 Abs. 2 BGB ist der Käufer verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten **Kaufpreis** zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

Die Freiheit der Sache von **Sach- (§ 434 BGB) und Rechtsmängeln (§ 435 BGB) bei Gefahrübergang** ist **Erfüllungspflicht** des Verkäufers und gehört somit zum **Erfüllungsanspruch** des Käufers (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Leistung einer mangelhaften Sache bewirkt somit nicht die „geschuldete Leistung“ im Sinne des § 362 I BGB. Sie stellt vielmehr eine **Verletzung der vertraglichen Erfüllungspflichten** dar, auf die das allgemeine Leistungsrecht Anwendung findet.

**aa. Die Freiheit der Sachen von Sachmängeln gemäß § 434 BGB beim Asset Deal**

Nach der gesetzlichen Regelung des § 434 BGB beantwortet sich die Frage nach der **Freiheit von Sachmängel** grundsätzlich in den folgenden **5 Stufen**<sup>167</sup>:

<sup>166</sup> BGH WM 1980, S. 284, 287.

<sup>167</sup> Siehe Larisch, a.a.O., S. 7 ff.

Nach der **1. Stufe** ist gem. § 434 Abs 1. S. 1 BGB eine Kaufsache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit, d.h. die subjektive Sollbeschaffenheit aufweist. Ist eine derartige Beschaffenheit nicht vereinbart, so ist nach der **2. Stufe** die Kaufsache gem. § 434 Abs. 1 S. 2 BGB frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. Liegt auch eine nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung der Kaufsache nicht vor, so besagt die **3. Stufe**, dass diese frei von Sachmängeln sei, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art erwarten kann. Zu dieser gewöhnlichen Beschaffenheit gehören nach § 434 Abs. 1 S. 3 BGB auch Eigenschaften, die der Käufer nach den „öffentlichen Äußerungen des Verkäufers...oder seines Gehilfen...bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann. Darüber hinaus liegt nach der **4. Stufe** gem. § 434 Abs. 2 BGB ein Sachmangel auch bei unsachgemäßer Montage oder mangelhafter Montageanleitung vor. Schließlich steht es in der **5. Stufe** gem. § 434 Abs. 3 BGB einem Sachmangel gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache (Aliud) oder eine zu geringe Menge liefert.

**bb. Die Freiheit der Sachen von Rechtsmängeln gemäß § 435 BGB beim Asset Deal**

Ein Mangel des Unternehmens kann auch auf einem **Rechtsmangel** einzelner Vermögensgüter gemäß § 435 BGB beruhen. Nach dieser Bestimmung ist eine Sache frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Einem Rechtsmangel steht es gleich, wenn im Grundbuch ein Recht eingetragen ist, das nicht besteht.

Um einen **Mangel des Unternehmens** annehmen zu können, wird man - wie beim Sachmangel einzelner Vermögensgüter - auch im Hinblick auf einen **Rechtsmangel einzelner Vermögensgüter** verlangen müssen, dass die Abweichungen des Vermögensgutes von seiner Sollbeschaffenheit derart gravierend sein muß, dass sie im Sinne der **Gesamterheblichkeits-**

**theorie**<sup>168</sup> einen Mangel des Unternehmens selbst beinhaltet und auf den Wert des Unternehmens oder die **Tauglichkeit des Unternehmens als Ganzes** durchschlägt.

Gemäß § 453 I BGB finden auf den **Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen**, zu denen nach der ausdrücklichen Begründung zum Regierungsentwurf<sup>169</sup> des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auch **Unternehmen** gehören, die Vorschriften über den **Kauf von Sachen entsprechende Anwendung**.

### cc. Die Freiheit von Sach- und Rechtsmängeln bei Gefahrübergang

Nach § 434 I Satz 1 BGB kommt es hinsichtlich der Freiheit der Kaufsache von Sach- und Rechtsmängeln auf den **Zeitpunkt des Gefahrüberganges** an, d.h. gemäß §§ 446, 447 BGB grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Übergabe der verkauften Sache.

Da das gesetzliche Gewährleistungsrecht somit zwischen den Zeitpunkten des Kaufvertragsabschlusses und des Gefahrüberganges unterscheidet, und der Kaufgegenstand zu diesen Zeitpunkten einen bestimmten rechtlichen oder tatsächlichen Zustand aufweisen muss, sind im Vertrag die relevanten Zeitpunkte präzise zu bestimmen und möglichst zusammenzufassen. In der Praxis geschieht dies in der Regel vor allem durch die Bestimmung des **sog. Closing**<sup>170</sup>, also die Festlegung des Übergangsstichtages, an dem die Leitungsmacht und die unternehmerische Verantwortung auf den Erwerber übergehen. Das Closing ist aber nicht nur für die Gewährleistung von Bedeutung, sondern auch für die eindeutige Abgrenzung der laufenden Geschäfte zwischen Altinhaber und Erwerber.

<sup>168</sup> Vgl. dazu Wolf/Kaiser, DB 2002, S. 411, 413 (Fn. 37); Gaul, ZHR 2002, S. 35, 40.

<sup>169</sup> Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Dr 14/6040 v. 14.5.2001, S. 84 f. sowie RegE BR-Dr. 338/01, S. 509.

<sup>170</sup> Siehe dazu Picot, G. in: Picot, G., Handbuch Mergers & Acquisitions, S. 29, 168.

**b. Das gesetzliche Gewährleistungs- und Haftungsrecht beim Share Deal**

Der **Kauf von Anteilen oder Beteiligungen an einer Gesellschaft (Share Deal)** ist im Gegensatz zum Asset Deal ein **Rechtskauf** gemäß § 453 BGB. Wie bereits vorstehend zum Kauf von Rechten im Rahmen des Asset Deal ausgeführt, finden gem. § 453 I BGB auf den Kauf von **Rechten** und **sonstigen Gegenständen**, zu denen auch **Unternehmen** gehören, die Vorschriften über den **Kauf von Sachen entsprechende Anwendung**. Wie bereits ausgeführt sind die **Rechtsfolgen der Gewährleistungshaftung** (§§ 437 ff. BGB) bei **Asset- und Share Deal gleich**, nicht jedoch bezüglich der Voraussetzungen für das Vorliegen von Mängeln.

**c. Die Rechte des Käufers bei Mängeln gemäß § 437 BGB**

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat zu grundlegenden Veränderungen des kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechts geführt. Liegt beim **Gefahrübergang** ein Sach- oder Rechtsmangel vor, so kann der Käufer gemäß § 437 BGB folgende Rechtsfolgen geltend machen:

Er kann nach § 439 BGB (**vorrangig**) Nacherfüllung verlangen, sowie (**erst**) nach Ablauf einer angemessenen Frist nach den §§ 440, 323, 326 V BGB von dem Vertrag zurücktreten oder stattdessen gemäß § 346 II BGB Wertersatz verlangen oder stattdessen gemäß § 441 BGB den Kaufpreis mindern und nach §§ 440, 280, 281, 283 und 311 a BGB Schadensersatz oder nach § 284 BGB Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen<sup>171</sup>.

Dem Gesetzgeber der Schuldrechtsreform ist einzuräumen, dass er mit diesen Rechtsfolgen zum einen durch die Vereinigung des allgemeinen und des besonderen **Leistungsstörungsrechts** eine Vereinheitlichung des Mängelgewährleistungsrechts herbeigeführt hat<sup>172</sup> und ferner im wohlver-

<sup>171</sup> Auf eine Darstellung der Rechtsfolgen im Einzelnen soll im Rahmen dieser Arbeit verzichtet werden. Es wird insoweit auf die einschlägige und weit gefächerte Fachliteratur Bezug genommen.

<sup>172</sup> Siehe dazu Wolf/Kaiser, DB 2002, S. 411, 412; Gaul, ZHR 2002, S. 35, 36.

standenen **Verbraucherinteresse** im Sinne der **Erfüllungstheorie**<sup>173</sup> **Mängel einheitlich als Nichterfüllung** und nicht mehr als Voraussetzung von Sekundäransprüchen behandelt.

#### **d. Die Kenntnis des Käufers gemäß § 442 BGB**

Gemäß § 442 I Satz 1 BGB sind die Rechte des Käufers wegen eines Mangels sowohl beim Sachkauf als (nunmehr) auch beim Rechts- bzw. Beteiligungskauf ausgeschlossen, wenn er **bei Vertragsschluss** den Mangel kennt. Die Erlangung der **Kenntnis des Käufers** von fehlerbegründenden Umständen zwischen Vertragsschluss (**Signing**) und Übergabe der Kaufsache (**Closing**) ist für den Käufer nunmehr unschädlich.

Die Gewährleistungsrechte des Käufers können Spiegelbild der im Rahmen der Due Diligence ermittelten Fakten insbesondere dann durch die Due Diligence erheblich beeinflusst werden, wenn der Käufer im Rahmen seiner Prüfung von einem Mangel Kenntnis erlangt hat oder wenn ihm ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist.

Erlangt der Unternehmenskäufer somit im Rahmen einer **Due Diligence**, die er **vor dem Vertragsschluss** durchgeführt hat, **positive Kenntnis** von einem Mangel, so führt dies gemäß § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB zu einem Ausschluss seiner Gewährleistungsrechte.

Führt der Unternehmenskäufer auf seine Veranlassung hin die Due Diligence durch und erkennt er dabei einen Mangel nicht, obwohl er ihn hätte erkennen müssen, so stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des § 442 Absatz 1 Satz 2 BGB<sup>174</sup>. Nach dieser Vorschrift kann der Käufer die Rechte wegen eines Mangels, der ihm infolge **grober Fahrlässigkeit** unbekannt geblieben ist, nur dann geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder die Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.

<sup>173</sup> Vgl. H.P. Westermann, JZ 2001, S. 530, 531; Gaul, ZHR 2002, S. 35, 43.

<sup>174</sup> Vgl. Loges, DB 1997, S. 965, 968, der im Einzelfall bei einem „Übersehen“ von wesentlichen Umständen grobe Fahrlässigkeit annimmt, so dass Gewährleistungsansprüche nach § 442 Abs. 1 S. 2 BGB (§ 460 Satz 2 BGB a.F.) ausscheiden.

Führt der Käufer **keine Due Diligence** durch und hat er demzufolge auch keine Kenntnis von einem Mangel, so greift § 442 I Satz 1 BGB nicht ein. Hätte der Käufer allerdings den Mangel **auch ohne Durchführung einer Due Diligence** erkennen müssen, so erscheint es als gerecht, ihm keine Gewährleistungsrechte zuzubilligen. Denn insoweit steht der Käufer, der eine Due Diligence durchgeführt hat, nicht schlechter, als derjenige, der eine solche nicht durchführt. Es fehlt dann an einem schutzwürdigen Interesse des Käufers und der Schutz des Verkäufers muss als vorrangig insbesondere vor dem Hintergrund angesehen werden, dass § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB keinen Raum für ein Mitverschulden des Käufers im Sinne des § 254 BGB lässt<sup>175</sup>.

Im Übrigen stellt sich die Frage, ob bereits die bloße **Nichtdurchführung einer Due Diligence** eine grobe Fahrlässigkeit im Sinne des § 442 I Satz 2 BGB darstellt. **Vor** dem Vertragsschluss trifft den Käufer im deutschen Kaufrecht keine Prüfungspflicht<sup>176</sup>. Infolgedessen hängen die Gewährleistungsansprüche des Käufers nicht davon ab, ob der Käufer das Objekt vor dem Vertragsschluss untersucht hat<sup>177</sup>. Die bloße Nichtdurchführung einer Due Diligence kann hiernach grundsätzlich nicht als grob fahrlässig angesehen werden und auch nicht zu einem Verlust der Gewährleistungsansprüche des Käufers führen.

#### **e. Die Übernahme einer unselbständigen, verschuldensunabhängigen Beschaffenheitsgarantie oder Haltbarkeitsgarantie gemäß § 443 BGB**

Das neue Schuldrecht hat in § 443 I BGB **im Rahmen des gesetzlichen Gewährleistungssystem** die sog. **Beschaffenheitsgarantie** und die **Haltbarkeitsgarantie** als verschuldensunabhängige (§ 276 I BGB) Garantie ausgestaltet. Die Beschaffenheitsgarantie erweitert als sog. unselbständige Garantie die gesetzliche Gewährleistungshaftung für Mängel; sie

<sup>175</sup> Vgl. BGH NJW 1978, S. 2240; Mittenzwei, JuS 1994, S. 187, 191 ff.

<sup>176</sup> Vgl. dazu RGZ 72, S. 435, 436; RGZ 131, S. 343, 353.

<sup>177</sup> Siehe Fleischer/Körber, BB 2001, S. 841, 844.

entspricht im Wesentlichen der Zusicherung einer Eigenschaft im alten Recht.

Daneben bleibt den Parteien die Möglichkeit, **außerhalb des gesetzlichen Gewährleistungssystem** das Vorliegen oder Nichtvorliegen bestimmter Umstände bzw. den Eintritt oder Nichteintritt bestimmter Ereignisse im Wege einer verschuldensunabhängigen selbständigen Garantievereinbarung gemäß § 311 I BGB (§ 305 BGB a.F.) zu garantieren<sup>178</sup>.

#### **f. Die Verjährung der Mängelansprüche**

Aufgrund der Komplexität eines Unternehmens als Kaufgegenstand wird der Käufer Fehler häufig erst nach einer gewissen Zeit feststellen können, so dass einer Verjährung der Mängelansprüche eine erhebliche Bedeutung zukommt. Der Gesetzgeber hat sich bei den vorgenommenen Änderungen durch die Schuldrechtsreform von den folgenden **drei Grundgedanken**<sup>179</sup> leiten lassen:

Es gilt eine weitgehende Vereinheitlichung der Verjährungsfristen zu erreichen, ferner sollen die Verjährungsfristen auf den für die Durchsetzung der Ansprüche erforderlichen, aber ausreichenden Zeitraum verkürzt werden und schließlich knüpft der Beginn der Verjährungsfristen an die Kenntnis des Gläubigers von den anspruchsbegründenden Umständen bzw. an die handgreifliche Erkennbarkeit dieser Umstände.

#### **g. Die Dritt- und Beraterhaftung gemäß § 311 BGB**

Abgesehen von der oben bereits dargestellten Dritt- und Beraterhaftung aufgrund eines selbst begründeten Schuldverhältnisses gem. § 311 III BGB haften Dritte und insbesondere **Berater der Vertragsparteien** ihren Auftraggebern grundsätzlich nach vertraglichen Grundsätzen aus dem jeweiligen **Auftragsverhältnis** und den allgemeinen Vorschriften der §§

<sup>178</sup> Dabei kann es sich beispielsweise um eine Erfolgs-, Eigenkapital-, Bilanz- oder Bestandsgarantie handeln. Näher zur Garantieproblematik Häger, a.a.O., S. 57 ff., Liebs, a.a.O., S. 29 ff.

<sup>179</sup> Siehe u.a. dazu Heß, NJW 2002, S. 253, 257; Mansel, NJW 2002, S. 89 ff.

280 ff. BGB. Grundsätzlich haftet derjenige, der für ein schädigendes Ereignis verantwortlich, dem Geschädigten für alle dadurch ausgelösten Schadensfolgen. Als Ausnahme von diesem Grundsatz ist auch für das Vertragsrecht und für den Bereich vorvertraglicher Schuldverhältnisse anerkannt, dass eine Pflichtverletzung aufgrund des **Schutzzweckes der verletzten Pflicht** nur zum Ersatz derjenigen Schäden führen kann, deren Vermeidung die verletzte Pflicht bezweckt. Stellt z.B. die Ausarbeitung gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen eines Steuerberaters einen **Rechtsberatungsmissbrauch** dar, so kommt auch eine Haftung des Steuerberaters aus § 823 II BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RberG in Betracht<sup>180</sup>.

#### **h. Fazit: Das Fortbestehen gravierender Wertungs- und Interessenwidersprüche des gesetzlichen Gewährleistungs- und Haftungssystem**

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Schuldrechtsreform bei der nationalen Vertragspraxis beim Asset Deal und beim Share Deal keine zufrieden stellende Parameter für umfassende und sachgerechte Problemlösungen zur Verfügung stellen vermag. Anhand der dargestellten Rechtsfolgen nach § 437 BGB beim Vorliegen eines Mangels, zeigt, dass das neue gesetzliche System der Mängelgewährleistung die Folgen eines Mangels beim Unternehmenskauf und die sich daraus ergebenden Fragestellungen nicht umfassend und sachgerecht lösen kann:

Wie soll z.B. die als vorrangige Rechtsfolge in den §§ 437 Nr. 1, 439 BGB vorgesehene **Nacherfüllung**, die dem Käufer nach seiner Wahl bei Vorliegen eines Mangels entweder ein Recht auf Mängelbeseitigung oder auf Lieferung einer mangelfreien Sache beim Unternehmenskauf gewährt, vom Verkäufer erfüllt werden<sup>181</sup>? Wie soll (erst) nach Fristsetzung und erfolglosem Frist-(und Zeit-)ablauf im Falle des **Rücktritts** (§323 BGB) eine damit verbundene Rückabwicklung des Unternehmenskaufs erfolgen? Wie soll (erst) nach Fristsetzung und erfolglosem Frist-(und Zeit-)ablauf im Falle der **Minderung** (§ 441 BGB) der Wert des Mangels des

<sup>180</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.5.2003 - 23 U 173/02, GmbHR 15/2003, S. 903.

<sup>181</sup> Vgl. Seibt/Reiche, DStR 2002, S. 1135 ff.

Unternehmensbestandteils in ein Verhältnis zu dem gesamten Unternehmenswert gesetzt werden, insbesondere, wenn der Kaufpreis unter gewissen (hypothetischen) Annahmen aus einer Gesamtschau aller Umstände des Unternehmens und einer Prognose für die Zukunft ermittelt wurde<sup>182</sup>? Wie soll (erst) nach Fristsetzung und erfolglosem Frist-(und Zeit)ablauf die Alternative eines **Schadensersatzanspruches** (§ 281 BGB) interessengerecht erscheinen, wenn man bedenkt, dass der Schadensersatz die Höhe des gezahlten Kaufpreises übersteigen kann und der Käufer somit zusätzlich zu seinem (wirtschaftlichen) „kostenlosen“ Unternehmenskauf noch eine Zahlung des Verkäufers verlangen kann?

## 2. Das vertragliche, privatautonome Gewährleistungs- und Haftungssystem beim Asset Deal und beim Share Deal unter Verwendung der selbständigen Garantie gemäß § 311 I BGB

Angesichts der dargestellten Gesetzeslage bleibt es daher auch weiterhin bei der Situation, dass den Vertragspartnern angesichts der beim Unternehmenskauf fortbestehenden **Wertungswidersprüchen** zu empfehlen ist, sich in den Transaktionsverträgen anstelle des ungeeigneten gesetzlichen Gewährleistungs- und Haftungsrechtes ein eigenständiges **vertragliches, privatautonomes Gewährleistungs- und Haftungssystem** sowohl im Hinblick auf den Haftungsgrund als auch im Hinblick auf die **Haftungsfolgen** und den **Haftungsumfang** zu schaffen. Bei der Konkretisierung des von den Vertragspartnern gewünschten Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung werden sie daher - soweit dies den beiderseitigen Interessen der Vertragspartner entspricht und nicht zwingende gesetzliche Regelungen entgegen stehen - auch weiterhin das **gesetzliche Mängelgewährleistungssystem vertraglich ausschließen** müssen, um sich den vertraglichen Handlungsspielraum für das eigenständige Gewährleistungs- und Haftungssystem zu schaffen. Dabei werden sie - wie bisher - grundsätzlich **selbständige Garantien und Haftungsfolgen** (§ 311 Abs. 1 BGB) verwenden, um die beiderseitigen

---

<sup>182</sup> Auch der neu eingefügte Berechnungsmodus des § 441 Abs. 3 BGB vermag dieses Problem nicht zu lösen.

Chancen und Risiken als „Spiegelbild“ der Due Diligence angemessen verteilen zu können<sup>183</sup>.

### **3. Die rechtliche Zulässigkeit haftungsbeschränkender und haftungsausschließender Vereinbarungen im Rahmen der selbständigen Garantie trotz § 444 BGB**

Sei der Schuldrechtsreform hat die Frage, ob und inwieweit im Rahmen selbständiger Garantien **haftungsbeschränkende** und **haftungsausschließende Vereinbarungen** angesichts der Bestimmung des § 444 BGB rechtlich wirksam geschlossen werden können, zwischen Teilen des Schrifttums und dem Bundesjustizministerium sowie innerhalb des Schrifttums zu einer heftigen Auseinandersetzung geführt<sup>184</sup>. Im Bundesjustizministerium wurde anfänglich die Auffassung vertreten, der in § 444 BGB verwendete Begriff der **Garantie für die Beschaffenheit der Sache** umfasse auch die selbständige verschuldensunabhängige Garantie; § 444 BGB verbiete es daher einem Verkäufer, sich auf eine Vereinbarung zu berufen, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, und zwar nicht nur dann, wenn im Rahmen einer selbständigen Garantie gemäß § 311 Abs. 1 BGB eine (unselbständige) Beschaffenheitsgarantie abgegeben wird.

Innerhalb des Schrifttums hat sich zwischenzeitlich eine überwiegende Meinung herausgebildet, die eine Anwendbarkeit des § 444 BGB auf die **selbständigen Garantien** ablehnt, weil diese **außerhalb des gesetzlichen Gewährleistungssystem** vereinbart werden und somit (überhaupt) nicht von § 444 BGB erfasst sein können.

Offenbar unter dem Eindruck dieser Kritik hat sich das Bundesjustizministerium in einer neueren Stellungnahme zu einer im Verhältnis zu der eigenen ursprünglichen Stellungnahme diametral

<sup>183</sup> Vgl. zu den Auswirkungen der Due Diligence auf das Haftungssystem auch Picot, G., in: Berens/Brauner, Due Diligence und Unternehmensakquisitionen, 3. Aufl., 2002, S. 241ff.

<sup>184</sup> Siehe dazu Lieb, Die Garantieproblematik (§ 444 BGB) sowie Picot, G., Die Garantieproblematik nach § 444 BGB in der M&A-Praxis, in: „Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung“, Schriftenreihe der Bayer-Stiftung für deutsches und internationale Arbeit- und Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Dauner-Lieb, 2003.

gegensätzlichen, vermittelnden neuen Meinungsbildung veranlasst gesehen. In einer neuen Stellungnahme hat sich das Bundesjustizministerium der überwiegenden Meinung im Schrifttum<sup>185</sup> weitgehend angenähert; allerdings geht das BMJ in seiner Stellungnahme zu Unrecht von einer generellen Anwendbarkeit des § 444 BGB aus, um dann mit Hilfe einer „sachgerechten Auslegung“ doch noch zu dem Ergebnis zu gelangen, dass § 444 BGB individualvertraglichen Haftungsbegrenzungen nicht grundsätzlich im Wege stehe.

Insofern ist ein im Schrifttum bereits seit längerem geforderter „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches (**Gesetz zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit beim Unternehmenskauf**)“ zu begrüßen, den die CDU/CSU im Deutschen Bundestag vorgelegt hat und der die entstandene Rechtsunsicherheit beseitigen soll. Gemäß einer Presseverlautbarung vom 11. 06. 2003 verweist die CDU/CSU-Fraktion bei der Vorlage des Gesetzesentwurfes auf die Gefahr, dass ein Unternehmenskaufvertrag nach der jetzigen Rechtslage wegen der unrichtiger Garantien rückabgewickelt oder das Schadensersatz gezahlt werden muss. Dies würde die auf langfristigen Überlegungen und wirtschaftlichen Kalkulationen basierende Kaufbereitschaft möglicher Kunden und damit die Chancen für wirtschaftlich notwendigen Veräußerungen von Unternehmen oder Unternehmensanteilen einschränken. Seit langem habe die **Unzulänglichkeit des deutschen Kaufrechts** dazu geführt, dass Unternehmenskaufverträge auch in Deutschland fast nur nach angloamerikanischen Vertragsvorbildern konzipiert werden. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz habe diese Tendenz noch verstärkt. Die vorgeschlagene Neuregelung würde die Rechtsunsicherheit für Geschäftsfelder wie beim Kauf von Unternehmen, die keine Verbrauchsgüter sind, beseitigen, für den Verbraucher aber den gleich Schutz bieten, wie die jetzige Rechtslage<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> Siehe Fn. 184.

<sup>186</sup> Siehe Anlage 3: Garantieklauseln beim Unternehmenskauf.

#### 4. Die Wettbewerbsvereinbarungen

Als (**ungeschriebene**) **vertragliche Nebenpflicht** ergibt sich für den Verkäufer eines Unternehmens ein **Wettbewerbsverbot**, soweit die Unterlassung des Wettbewerbs für eine ordnungsgemäße Überleitung des Unternehmens auf den Käufer erforderlich ist. Wie bereits oben dargestellt braucht der Verkäufer den Käufer im Rahmen des vorvertraglichen Schuldverhältnisses allerdings nicht auf Umstände hinzuweisen, von denen er annehmen darf, dass der Käufer nach ihnen fragt, falls er Wert auf sie legt<sup>187</sup>; deshalb ist ein Unternehmensverkäufer unter Umständen auch nicht verpflichtet, dem Käufer bei den Kaufvertragsverhandlungen zu offenbaren, dass seine Ehefrau alsbald ein **Konkurrenzgeschäft** eröffnet<sup>188</sup>.

Je nach der Erforderlichkeit im Einzelfall kann es sinnvoll sein, eine nach ihrem sachlichen, zeitlichen und räumlichen Umfang klar umgrenzte **Wettbewerbsvereinbarung** abzuschließen. Eine solche vertragliche Regelung kann dem Unternehmenskäufer dazu dienen, den wirtschaftlichen Erfolg der von ihm angestrebten Unternehmensübernahme zu realisieren und den Verkäufer daran zu hindern, die wirtschaftliche Rentabilität des Unternehmenskaufes durch Wettbewerbshandlungen zu gefährden. Dabei ist vor allem zu beachten, dass eine Wettbewerbsvereinbarung infolge der Unwirksamkeit eines **Vertrages zu Lasten Dritter** grundsätzlich nicht zu Lasten Dritter, d.h. insbesondere Familienangehörigen des Veräußerers oder zu Lasten eines verbundenen Unternehmens wirkt, sofern diese nicht auch selbst Vertragspartei der Wettbewerbsabrede werden.

Im Übrigen darf die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots beim Unternehmenskauf nicht ein **sittenwidriges Rechtsgeschäft** im Sinne des § 138 I BGB darstellen. Weiterhin muss eine im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen vereinbarte Wettbewerbsverbot mit § 1 GWB korrespondieren. Wegen ihrer grundsätzlichen **wettbewerbsbeschränkenden Wirkung** darf schließlich ein Wettbewerbsverbot nicht unter das in Art. 81 I EGV normierte Verbot abgestimmten Verhaltens fallen, mithin muss es mit dem **europäischen Recht** vereinbar sein.

---

<sup>187</sup> BGH WM 1981, S. 1224, 1225 unter 2 c.).

<sup>188</sup> BGH NJW 1987, S. 909 f.

## 5. Die Geheimhaltungsvereinbarung

Nicht nur im vorvertraglichen Verhandlungsstadium sondern auch nach dem Abschluss eines Vertrages kann ein (frühes) Bekanntwerden des Unternehmenskaufes, der Details der Vereinbarung oder von Informationen und insbesondere von Geschäftsgeheimnissen, die die Vertragspartner während Vertragverhandlungen erlangt haben, für den betroffenen Vertragspartner die bereits oben beschriebenen nachteiligen Auswirkungen haben. Zwar sind die Verhandlungspartner bereits aufgrund des **vorvertraglichen Schuldverhältnisses** verpflichtet, die Kaufverhandlungen **vertraulich zu behandeln** und die gewonnenen Erkenntnisse nicht zum Nachteil des anderen Verhandlungspartners zu verwenden<sup>189</sup>; insbesondere dürfen Dritte nur dann und nur insoweit über die Verhandlungen informiert werden, als dafür ein sachlich gerechtfertigter Grund besteht.

Allerdings kann die Reichweite der (allgemeinen) Geheimhaltungspflichten aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis sowie aus bereits vorvertraglich abgeschlossenen vertraglichen **Geheimhaltungs- und Unterlassungsvereinbarungen (sog. Statements of Non-Disclosure z.B. auch im Rahmen eines Letter of Intent, Term Sheet, Verhandlungsprotokoll, Positionspapier, Punktation, Heads of Agreement, Memorandum of Understanding)** für das weitere Vertragsverhältnis durchaus zweifelhaft sein. Deshalb sollte in den Transaktionsvertrag nochmals eine den Statements of Non-Disclosure ähnlich formulierte, die Vertragspartner bindende Geheimhaltungsvereinbarung aufgenommen werden.

## 6. Die Form des Unternehmenskaufvertrages

Der Unternehmenskaufvertrag als solcher bedarf zu seiner Wirksamkeit grundsätzlich keiner besonderen Form, jedoch können sich sowohl beim Asset Deal als auch beim Share Deal Besonderheiten ergeben. Soll eine etwaige Nichtigkeit des Unternehmenskaufvertrages insgesamt gemäß § 125 BGB vermieden werden, so ist die für das jeweilige schuldrechtliche oder dingliche Geschäft vorgeschriebene **Form** zu beachten. Beim Abschluss

---

<sup>189</sup>

Ebenso Soergel-Wiedemann, BGB, Vor § 275, Rn. 175.

eines **Rahmenvertrages** ist eine für einen der Einzelverträge geltende Formvorschrift auch für den Rahmenvertrag einzuhalten<sup>190</sup>.

## **7. Die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)**

Für den Fall, dass eine gesetzliche Gewährleistungshaftung oder eine Haftung aufgrund Verschuldens bei Vertragsschluss (§ 311 Abs. 2 BGB) nicht in Betracht kommt, regelt § 313 BGB das von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsinstitut der **Störung der Geschäftsgrundlage**.

§ 313 BGB kommt also nur dann zur Anwendung, wenn die gesetzliche oder vertragliche Risikoverteilung nicht eingreift, d.h., wenn die gesetzliche Mängelhaftung der §§ 434 ff. BGB oder eine Haftung aufgrund Verschuldens bei Vertragsschluss (§ 311 II BGB) nicht zur Anwendung gelangt, und zwar selbst dann, wenn die Voraussetzungen einer konkreten Haftung im Einzelfall nicht vorliegen, der Anspruch verjährt ist oder die Haftung vertraglich abbedungen ist<sup>191</sup>; wenn keine Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB vorliegt, mit Ausnahme des Falles der wirtschaftlichen Unmöglichkeit, auf den nicht § 275 II BGB, sondern § 313 BGB Anwendung findet; wenn der Unternehmenskaufvertrag keine ausdrückliche oder im Wege der Auslegung zu ermittelnde vertragliche Regelung betreffend den Wegfall, die Veränderung oder das Fehlen bestimmter Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, enthält.

Aus der Sicht der Vertragspartner kann es daher nicht zuletzt auch wegen des möglicherweise langen Zeitraumes zwischen Signing und Closing<sup>192</sup> und in dieser Zeit auftretenden Unwägbarkeiten hinsichtlich der vertraglich gewünschten **Leistungs-Äquivalenz** sinnvoll sein, eine dem gesetzlichen (allgemeinen) Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage vorrangige<sup>193</sup> **vertragliche Risikoverteilung** unter den Vertragspartnern vorzunehmen. Dabei können insbesondere Fälle einer erkennbar **schwerwiegenden Veränderung der Umstände** oder des

<sup>190</sup> Vgl. OLG Stuttgart BB 1989, S. 1932.

<sup>191</sup> Ein Anspruch gem. § 812 Abs. 1 S.2, 2. Alt. BGB (conditio ob rem) ist hingegen gegenüber der Störung der Geschäftsgrundlage nachrangig. Vgl. BGHZ 84, S. 1, 10. Palandt/Heinrichs, BGB, § 313 Rn. 27.

<sup>192</sup> Siehe dazu Seibt/Reiche, DStR 2002, S. 1181, 1185.

<sup>193</sup> BGHZ 90, S. 69, 74; BGH NJW-RR 1999, S. 923, 924; OLG Saarbrücken NJW-RR 2001, S. 752, 754.

Abweichens **wesentlicher Vorstellungen**, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, soweit wie möglich und denkbar vertraglich konkretisiert und detailliert werden. Dies kann z.B. auch im Wege sog. **Material-Adverse-Change-Klauseln (MAC-Klauseln)** geschehen, die nachfolgend dargestellt werden sollen.

### **8. Die wesentlich nachteilige Veränderung des Vertragsverhältnisses (sog. Material Adverse Change)**

So genannte MAC-Klauseln finden in internationalen und auch in deutschen Unternehmenskaufverträgen zunehmend Anwendung. Mit solchen Klauseln versuchen die Vertragspartner, sich vor einem „**Material Adverse Change**“, d.h. einer wesentlich nachteiligen Veränderungen der Grundlagen einer Transaktion zu schützen, um das vertraglich gewünschte Äquivalenzverhältnis der Chancen und Risiken abzusichern.

Im **angloamerikanischen Recht** sind MAC-Klauseln bei weitem verbreiteter als in unserem Rechtskreis. Obwohl die Verwendung solcher Klauseln in Unternehmenskaufverträgen zur gängigen Praxis der anglo-amerikanischen Vertragswerke gehört, existieren nur wenige veröffentlichte Gerichtsentscheidungen zu diesem Recht<sup>194</sup>.

Angesichts der oben bereits aufgezeigten **Probleme** hinsichtlich des **gesetzlichen Haftungssystems** der Gewährleistung und der Garantien und der gesetzlichen Regelung der Störung der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB als gesetzliches Gegenstück zu den vertraglich ausgestalteten MAC-Klauseln kann es sich im Einzelfall empfehlen, die Anwendbarkeit des § 313 BGB auszuschließen und die möglichen wesentlich nachteiligen Veränderungen in einer separaten MAC-Klausel entsprechend der von den Vertragspartnern gewünschten Risikoverteilung zu regeln.

Dabei ist der **Regelungstatbestand** einer MAC-Klausel dahingehend zu definieren, welche Risiken im Falle ihrer Realisierung als „Material Adverse Change“ anzusehen sind, wobei diese Umstände - anders als beim § 313 BGB - nicht Grundlage des Vertrages sein müssen; ob und gege-

---

<sup>194</sup> Ausführlich zu diesen Entscheidungen siehe Picot, G./Duggal, MAC-Klauseln beim Unternehmenskauf, Der Betrieb 2003.

benenfalls welche Zumutbarkeitsgrenze hinsichtlich der Risikoverteilung gezogen werden soll, d.h. ab welcher Zumutbarkeitsgrenze bei einem MAC-Fall Rechtsfolgen eintreten soll und; ob die Vertragspartner - wie beim § 313 BGB - die Konsequenzen der MAC-Klausel nur für den Fall regeln wollen, dass sie, hätten sie diese Änderungen vorgesehen, den Vertrag nicht oder nicht mit einem anderen Inhalt abgeschlossen hätten.

Im Anschluss daran können die von den Vertragspartnern gewünschten **Rechtsfolgen** flexibel an die jeweilige individuelle Interessenlage angepasst werden.

## 9. Die Deal-Protection-Vereinbarung

Erst in jüngerer Zeit wird im deutschen Schrifttum die Frage vertiefend behandelt, ob und inwieweit die an einer freundlichen Übernahme oder an einer Fusion beteiligten Unternehmen ihre Transaktionen durch sog. **Deal-Protection-Vereinbarungen** in rechtlich zulässiger Weise schützen können<sup>195</sup>.

Sinn und Zweck solcher Vereinbarungen ist es, die wirtschaftlichen Interessen des Käufers zu schützen<sup>196</sup>, dem im Rahmen der Due-Diligence-Prüfung<sup>197</sup>, der Unternehmensbewertung, der Sicherung der Finanzierung (§ 13 WpÜG) und der weiteren Vorbereitung der Transaktion erhebliche interne und z.B. durch die Hinzuziehung von Investmentbankern und Beratern vor allem externe Kosten entstehen können. Die Deal-Protection-Vereinbarungen zielen deshalb in erster Linie darauf ab, die Zielgesellschaft zur Durchführung der Transaktion zu motivieren und, sofern sie sich dennoch gegen die Transaktion entscheidet, zumindest einen Ausgleich der dem Kaufinteressenten entstehen wirtschaftliche Kosten bzw. Nachteile zu gewähren.

Als **Gestaltungsformen der Deal-Protection** kommen insbesondere in Betracht:

---

<sup>195</sup> Siehe Banerjea, Der Betrieb, 2003, S. 1489 ff., der zutreffend darauf hinweist, dass derartige Vereinbarungen im US-amerikanischen Recht schon lange unter dem Stichwort Deal Protection Bestandteil der allermeisten Übernahmen sind.

<sup>196</sup> Strine, The Business Lawyer, 2001, S. 919 (921 f.).

<sup>197</sup> Lutter, ZIP 1997, S. 613.

- die sog. **Break-Up Fee** oder **Termination Fee**, die ein Vertragspartner im Falle des Scheiterns einer Übernahme oder eines Zusammenschlusses zu zahlen hat<sup>198</sup>,
- der sog. **Stock Lock-Up**, bei dem dem ursprünglichen Kaufinteressenten Optionen auf Aktien der Zielgesellschaft gewährt werden, um diesen an späteren Kurssteigerungen partizipieren zu lassen, und
- der sog. **Asset Lock-Up**, bei dem einem Erwerbsinteressenten eine Kaufoption auf einen für potentielle Bieter besonders interessanten Unternehmensteil gewährt wird, um hierdurch die Zielgesellschaft für andere Bieter weniger interessant zu machen und anderweitige Transaktionen zu verhindern<sup>199</sup>.

### 10. Die salvatorische Klausel

Der Unternehmenskaufvertrag kann durch eine sog. **salvatorische Klausel** „abgerundet“ werden. Diese kann etwa in der Weise formuliert werden, dass die **Wirksamkeit** der übrigen vertraglichen Bestimmungen nicht berührt wird, falls eine oder mehrere Bestimmungen des Unternehmenskaufvertrages ganz oder teilweise unwirksam oder nicht durchführbar sein oder werden sollten. Die ganz oder teilweise unwirksame oder undurchführbare Bestimmungen gilt dann als durch eine sinngemäße wirksame und durchführbare Regelung ersetzt, die dem wirtschaftlichen Zweck der ganz oder teilweise unwirksamen oder undurchführbaren Klausel am nächsten kommt. Entsprechendes sollte für etwaige Vertragslücken vereinbart werden.

### III. Abschluss und Durchführung des Unternehmenskaufvertrages

Hinsichtlich des Abschlusses und der Durchführung des Unternehmenskaufvertrages ist vor allem die **dingliche Übertragung des Unternehmens** und die **Anmeldung des Erwerbs bei der GmbH** zu betrachten.

<sup>198</sup> Siehe dazu Sieger/Hasselbach, BB 2000, S. 625 und Hopt, ZGR 2002, S. 33, 361 ff.

<sup>199</sup> Siehe zu den Einzelheiten Banerjea, Der Betrieb, 2003, S. 1489 ff.

Die **dingliche Übertragung des Unternehmens** erfolgt regelmäßig nicht schon bei Abschluss des Kaufvertrages, sondern z.B. aus steuerlichen oder kartellrechtlichen Gründen oder wegen der Notwendigkeit weiterer Prüfungen erst **zu einem späteren Zeitpunkt**. Der Stand und Wert des Unternehmens können in der Zwischenzeit erheblichen Veränderungen ausgesetzt sein. Bis zum Unternehmensübergang liegt die Unternehmensführung und deren wirtschaftliches Risiko weiterhin beim Verkäufer; dieser hat nach Maßgabe der oben dargestellten Gewährleistungsregeln die eingetretenen Veränderungen zu vertreten. Die Parteien eines Unternehmenskaufs sind daher in der Regel bemüht, mit Hilfe des sog. **Closing**<sup>200</sup> den Zeitpunkt und Ablauf der Unternehmensübertragung vom Veräußerer auf den Erwerber genau zu fixieren.

Zeitgleich mit der Unternehmensübertragung erfolgt sodann die Übernahme der Geschäftsführung sowie die Informierung der Belegschaft, der Öffentlichkeit im Wege einer Presseerklärung, der Lieferanten und Kunden etc.

Der Käufer von Geschäftsanteilen an einer GmbH kann die mit dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte und Pflichten gegenüber der Gesellschaft erst nach **Anmeldung des Erwerbs** bei der Gesellschaft geltend machen. Gemäß § 16 I GmbHG gilt nämlich im Falle der Veräußerung eines Geschäftsanteils nur derjenige der Gesellschaft gegenüber als Erwerber, dessen Erwerb unter Nachweis des Überganges, z.B. unter Vorlage der formgerechten Abtretungsurkunde, bei der Gesellschaft angemeldet worden ist. Die Anmeldung des Erwerbs eines Geschäftsanteils gem. § 16 I GmbHG setzt die **Kundgabe des Anteilsübergangs** durch Gestaltungsakt des Veräußerers oder des Erwerbers gegenüber der Geschäftsführung der Gesellschaft voraus<sup>201</sup>.

#### **F. Mustervertrag: Unternehmenskaufvertrag über einen Asset Deal und Share Deal (Anhang)**

<sup>200</sup> Vgl. Hommelhoff, ZHR 150 (1986), S. 254, 266.

<sup>201</sup> BGH NGZ 2001, S. 469.

## Teil II. Steuerrecht

### A. Einleitung/Überblick

Das Steuerrecht kennt - ebenso wie das Zivil- und das Gesellschaftsrecht - keine besonderen Regeln für die Veräußerung und den Erwerb von „Unternehmen“. Dies liegt zunächst daran, dass das Steuerrecht selbst schon keine einheitlichen Vorschriften über die Besteuerung der unternehmerischen Tätigkeit vorsieht, sondern die unternehmerische Tätigkeit rechtsformabhängig besteuert. Weiterhin verknüpft der Unternehmenskauf zufällig zwei Steuerpflichtige, den Veräußerer und den Erwerber, die mit der Akquisition bzw. mit der Veräußerung eines Unternehmens unterschiedliche wirtschaftliche, aber auch steuerliche Interessen verfolgen. Die Entscheidung zu Akquisition eines Unternehmens oder zur Veräußerung desselben ist meist keine steuerliche, sondern eine unternehmensstrategische Entscheidung. Wenn diese Entscheidung einmal gefällt ist, dann treten aber die gegenläufigen wirtschaftlichen wie steuerlichen Interessen von Erwerber und Veräußerer in den Vordergrund. Während der Veräußerer einen möglichst hohen Kaufpreis **nach** Steuern erzielen will, kommt es dem Erwerber darauf an, den zu zahlenden Kaufpreis möglichst schnell **einkommensmindernd** geltend machen zu können<sup>202</sup>. Diese **gegenläufigen Interessen** von Käufer und Verkäufer prägen die Technik des Unternehmenskaufes und seine steuerliche Optimierung. Wichtig ist, die steuerliche Ausgangssituation von Erwerber und Veräußerer zu erfassen und im Rahmen der Vertragsverhandlungen zu verknüpfen.

Eine **zuverlässige Steuerplanung und -gestaltung** des Unternehmens- und Beteiligungskaufs wird aufgrund der regen Tätigkeit des Steuergesetzgebers in den Jahren 1999 bis 2001 durch Unsicherheiten beeinträchtigt, welche in den vorangegangenen zwei Jahrzehnten in dem jetzigen Ausmaß nicht zu verzeichnen waren. Dies ist vor allem auf zwei Ursachen zurückzuführen:

---

<sup>202</sup> Vgl. zu dieser Ausgangssituation Hötzel, Unternehmenskauf und Steuern, 2. Auflage Düsseldorf 1997, S. 60.

Zum einen hat der Gesetzgeber mit dem **Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002** fundamental das Körperschaftsteuersystem geändert, was häufig als Vereinfachung beschrieben wird. Durch dieses Gesetz sind die Belastungsunterschiede zwischen Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften grundlegend neu definiert worden.

Zum anderen hat der Steuergesetzgeber in den nachfolgenden Gesetzen einzelne Elemente dieser Steuerreform korrigiert und damit kurzfristig entwickelte Gestaltungsmöglichkeiten der Beratungspraxis als Antwort auf das **Steuerreformgesetz** mit kautelarischer Akribie und zum Teil rückwirkend ausgeschlossen. So sind z.B. Sperrfristen und Behaltefristen von bis zu siebenjähriger Dauer an verschiedenen Stellen des Einkommensteuergesetzes und des Körperschaftsteuergesetzes eingefügt worden.

Die mit dem **Unternehmens- und Beteiligungskauf** einhergehenden rechtlichen und steuerlichen Gestaltungen, wie z.B. Umwandlung, Spaltung, Realteilung und Organschaft, sind durch folgende Steuergesetze zum Teil neu geregelt worden: **Steuersenkungsgesetz; Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz; Steueränderungsgesetz** und **Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz**.

## I. Steuerliche Ausgangssituation von Veräußerer und Erwerber

### 1. Veräußerer

Ziel des Veräußerers ist es in den meisten Fällen, die Versteuerung eines möglichen Veräußerungsgewinn, der aufgrund der im Kaufpreis zu berücksichtigenden stillen Reserven des Unternehmens entsteht, zu vermeiden. Er kann die Steuerfreiheit, eine begünstigte Besteuerung, oder aber auch die volle Besteuerung des Veräußerungsgewinns auslösen<sup>203</sup>.

<sup>203</sup>

Vgl. dazu die sehr detaillierte Übersicht bei Hötzel, a.a.O., S. 70.

### a. Steuerfreiheit

Ist der Veräußerer eine natürliche Person/Personengesellschaft, so kann er **steuerfrei** veräußern:

**Anteile an einer Kapitalgesellschaft**, soweit er an dieser nicht wesentlich beteiligt war bzw. ist und es sich nicht um **einbringungsgeborene** Anteile i.S.v. § 21 UmwStG handelt (tarifbegünstigte Veräußerung möglich). Eine wesentliche Beteiligung liegt gem. § 17 Abs. 1 S. 1 und S. 4 EStG dann vor, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veräußerung zu mindesten 1v.H. unmittelbar oder mittelbar am Kapital der Kapitalgesellschaft beteiligt war<sup>204</sup>. Maßgebliche Größe ist grundsätzlich der nominelle Anteil am Grund- oder Stammkapital (§§ 6, 7 AktG, § 5 GmbHG). Abweichende Regelungen über das Stimmrecht, das Gewinnbezugsrecht sowie die Verteilung des Liquidationserlöses sind unbeachtlich<sup>205</sup>. Im Falle der Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung i.S.v. § 17 Abs. 1 EStG ist der steuerrelevante Veräußerungsgewinn gem. § 17 Abs. 2 EStG der Betrag, um den der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten (ggf. des uneigentlichen Rechtsvorgängers) die Anschaffungskosten übersteigt<sup>206</sup>. Der Gewinn unterliegt **der Halbeinkünftebesteuerung** nach §§ 3 Nr. 40 S. 1 lit. c; 3 c Abs. 2 EStG.

„**Steuerfreiheit**“ eines Veräußerungsgewinns kann auch durch Reinvestition erreicht werden. Die entsprechenden Regelungen sind in § 6 b EStG enthalten<sup>207</sup>. Falls ein begünstigtes Reinvestitionsobjekt (dies sind nur der Grund und Boden und Gebäude im Betriebsvermögen, sofern die veräußerten Wirtschaftsgüter im Zeitpunkt der Veräußerung mindestens sechs Jahre zum Anlagevermögen gehört haben) dem Steuerpflichtigen zum Zeitpunkt der Veräußerung nicht zur Verfügung steht, ermöglicht § 6 b Abs. 3 EStG es dem Steuerpflichtigen, den Veräußerungsgewinn in eine Rücklage einzustellen. Die Reinvestition muss dann innerhalb von vier Jahren nach der Veräußerung erfolgen (ggf. bei neu herzustellenden

<sup>204</sup> Zum Begriff der wesentlichen Beteiligung näher Schmidt, EStG, 22. Auflage München 2003, § 17 Rn. 35.

<sup>205</sup> Eilers/Schmidt, in Hermann/Heuer/Raupach, EStG, Stand November 2002, § 17 Rn. 114.

<sup>206</sup> Schmidt, a.a.O., § 17 Rn. 130 ff.

<sup>207</sup> Schmidt, a.a.O., § 6b Rn. 1 ff.

Gebäuden sechs Jahre). Die Bestimmung des § 6 b EStG ist in der Vergangenheit stark zu Lasten des Steuerpflichtigen eingeschränkt worden.

Ist der **Veräußerer eine Kapitalgesellschaft**, so kann er unter den Voraussetzungen des § 8 b KStG grundsätzlich in- und ausländische Kapitalgesellschaftsanteile steuerfrei veräußern.

### **b. Begünstigter Steuersatz**

Mit Wirkung vom 1. 1. 1999 ist der bis dahin für außerordentliche Einkünfte (insbesondere für Veräußerungsgewinne i.S.d. §§ 16, 17 EStG) anzuwendende halbe Steuersatz durch die Neufassung des § 34 EStG zunächst fortgefallen. An seine Stelle ist eine **progressionsmildernde 1/5-Regelung** getreten. Zur Steuerberechnung ist dabei in einem ersten Schritt für das Kalenderjahr, in dem die außerordentlichen Einkünfte erzielt worden sind, die Einkommensteuerschuld zu ermitteln, die sich ergibt, wenn die in dem zu versteuernden Einkommen enthaltenen außerordentlichen Einkünfte nicht in die Bemessungsgrundlage einbezogen werden. In einem zweiten Schritt ist sodann in einer Vergleichsberechnung die Einkommensteuer zu errechnen, die sich unter Einbeziehung eines Fünftels der außerordentlichen Einkünfte ergibt. Der Unterschiedsbetrag zwischen beiden Steuerbeträgen ist dann zu verfünffachen und der sich so ergebende Steuerbetrag ist der im ersten Schritt ermittelten Einkommensteuer hinzuzurechnen. Die damit für die Jahre 1999 und 2000 abgeschaffte Möglichkeit, Veräußerungsgewinne i.S.d. § 34 Abs. 2 EStG a.F. (1998) mit dem halben Durchschnittssteuersatz zu versteuern, wurde für ab dem 1. 1. 2001 entstehende Veräußerungsgewinne durch Entschließung des Bundesrates als Komponente der Mittelstandsförderung durch das Gesetz zur Ergänzung des Steuersenkungsgesetzes (StSenkG) vom 19. 12. 2000<sup>208</sup> wieder eingeführt, § 34 Abs. 3 EStG n.F. (2001)<sup>209</sup>. Allerdings ist der Umfang der **begünstigungsfähigen Veräußerungsgewinne** in § 34 Abs. 2 Nr. 1 EStG im Hinblick auf das ab

<sup>208</sup> BGBl. I 2001, S. 1812.

<sup>209</sup> Für die Ermittlung der Steuer kann auf die Rechtslage vor in Kraft treten des StEntlG 1999/2000/2002 zurückgegriffen werden, lediglich der Mindeststeuersatz weicht ab (ab Veranlagungszeitraum 2001: 19,9 v.H., ab Veranlagungszeitraum 2003: 17 v.H., ab Veranlagungszeitraum 2005: 15 v.H.).

2001 geltende **Halbeinkünfteverfahren** eingeschränkt worden. Ausgenommen sind Veräußerungsgewinne gem. § 17 EStG sowie der steuerpflichtige Teil von Veräußerungsgewinnen gem. § 16 EStG, die nach § 3 Nr. 40 S. 1 lit. b i.V.m. § 3 c Abs. 2 EStG teilweise (sic. zur Hälfte) steuerbefreit sind<sup>210</sup>. Grund für die Ausnahme aus der Vergünstigung i.S.d. § 34 Abs. 3 EStG n.F. ist die Vermeidung einer Doppelermäßigung sowohl durch das Halbeinkünfteverfahren als auch durch die Steuersatzermäßigung.

Die **Progressionsmilderung** gem. § 34 Abs. 1 EStG n.F. und die Steuersatzhalbierung gem. § 34 Abs. 3 EStG n.F. können von dem Veräußerer (natürliche Person oder Personengesellschaft) demzufolge in den **folgenden Fallkonstellationen** in Anspruch genommen werden:

Der Veräußerer veräußert einen **ganzen Gewerbebetrieb** oder einen **Teilbetrieb** (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 EStG)

Zu den begünstigten Veräußerungsvorgängen zählen auch der **Eintritt weiterer Gesellschafter** gegen Entgelt und die entgeltliche Veränderung der Beteiligungsverhältnisse sowie derjenigen Einbringungsvorgänge in eine Personengesellschaft (§ 24 UmwStG), bei denen das eingebrachte Betriebsvermögen zum Teilwert angesetzt wird. Bei der entgeltlichen Veräußerung von Anteilen an einer Personengesellschaft unter Einbeziehung eines negativen Kapitalkontos kann ein begünstigter Veräußerungsgewinn in Höhe der Differenz zwischen dem zusätzlichen Entgelt und der Höhe des negativen Kapitalkontos entstehen<sup>211</sup>.

Daneben kann der Veräußerer, sofern er bestimmte persönliche Voraussetzungen erfüllt, die Inanspruchnahme eines **Freibetrages** gem. § 16 Abs. 4 EStG (2004) i.H.v. 45.000 € ab Veranlagungszeitraum 2004 (§ 52 Abs. 34. S.4 EStG) beantragen. Dieser Freibetrag ermäßigt sich um den Betrag, um den der Veräußerungsgewinn 136.000 € übersteigt. Der Freibetrag ist dem Steuerpflichtigen (natürliche Person) nur einmal in dessen Leben zu gewähren (Objektbeschränkung), wobei die Gewährung eines Freibetrages gem. § 16 Abs. 4 EStG vor dem 1. 1. 1996 auf die Objektbeschränkung nicht angerechnet wird.

---

<sup>210</sup> Für den Fall der Aufgabe eines Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils gilt dies entsprechend gem. § 3 Nr. 40 S. 1 lit. b S. 2 i.V.m. § 16 Abs. 3 EStG.

<sup>211</sup> BFH. Urteil v. 16.12. 1992, XI R 34/92, BStBl. II 1993, S. 436.

## 2. Erwerber

Gegenüber der vielfältigen Interessenlage, die sich für einen möglichen Veräußerer stellt, besteht das steuerliche Interesse des Erwerbers zumeist darin, eine möglichst **schnelle Abschreibung** des gezahlten Kaufpreises zu erzielen. Deshalb ist er zumeist an dem Erwerb von Einzelwirtschaftsgüter interessiert (**Asset Deal**) und nicht am Kauf von Gesellschaftsrechten (**Share Deal**). Erst bei der Abschreibung der Einzelwirtschaftsgüter ist es ihm gestattet, einen Kaufpreis auch insoweit abzuschreiben, als er über die Summe der Buchwerte der Einzelwirtschaftsgüter des Unternehmens hinausgeht, so z.B. einen von ihm bezahlten Geschäftswert in Abschreibungsvolumen umzusetzen. Deshalb wird der Erwerber

- *eine möglichst steuereffektive Verteilung des Kaufpreises auf die jeweils erworbenen Wirtschaftsgüter,*
- *eine möglichst steuereffektive Aufdeckung möglicher stiller Reserven durch Restrukturierungsmaßnahmen nach der Akquisition und*
- *ggf. eine möglichst effektive Nutzung miterworbener Verlustvorträge anstreben sowie*
- *darauf achten, dass er eine steueroptimale Finanzierung des Kaufpreises erreicht. Schließlich wird er darauf achten, dass keine zusätzlichen Belastungen durch Verkehrssteuern, wie die Grunderwerbsteuer, entstehen.*

Bei der **steueroptimalen Finanzierung** des Kaufpreises möchte der Erwerber vor allem erreichen, dass Finanzierungsaufwendungen (also insbesondere Zinsen) steuerlich abgezogen werden können<sup>212</sup>. Grundsätzlich sind alle mit dem Unternehmenserwerb zusammenhängenden Aufwendungen auf für den Erwerb aufgenommene Darlehen steuerlich abzugsfähig, da sie der Erzielung von Einkünften aus Gewerbebetrieb dienen und damit Betriebsausgaben i.S.v. § 4 Abs. 4 EStG darstellen. Eine Ausnahme bilden Aufwendungen, die mit nach § 3 Nr. 40 EStG zur Hälfte steuerfreien Einkünfte im Zusammenhang stehen. Dies sind im Rahmen des

<sup>212</sup>

Dazu Trockels-Brand, a.a.O., S. 329 ff.

**Halbeinkünfteverfahren** gem. § 3 c Abs. 2 EStG auch nur zur Hälfte abzugsfähig. Soweit die Aufwendungen (also auch Zinsaufwendungen) im Zusammenhang mit dem Erwerb von Anteilen an Kapitalgesellschaften stehen, die steuerfreie Dividenden gem. § 8 b Abs. 1 KStG in den Wirtschaftsjahren erzielen, in denen Dividenden ausgeschüttet werden, können die Aufwendungen grundsätzlich nicht abgezogen werden.

## II. Gestaltungsspielraum

Die Vielzahl der Möglichkeiten auf Seiten des Veräußeres, eine Unternehmensveräußerung zum begünstigten Steuersatz oder gegebenenfalls sogar steuerfrei erreichen zu können, führt im Rahmen der Veräußerung regelmäßig dazu, dass versucht wird, **Gestaltungen** zu wählen, die keine oder nur die begünstigte Besteuerung auf Seiten des Veräußerers auslösen. Derartige Gestaltungen in engem sachlichen wie zeitlichen Zusammenhang mit der Unternehmensveräußerung sehen sich dann in der Betriebsprüfung häufig dem Einwand der missbräuchlichen Gestaltung (§ 42 AO) ausgesetzt<sup>213</sup>. Festzuhalten ist, dass in derartigen Fallkonstellationen ein **Gestaltungsmisbrauch** nur dann vorliegt, wenn die gewählte Gestaltung nach den Wertungen des Gesetzgebers, die den jeweils maßgeblichen steuerrechtlichen Vorschriften zugrunde liegen, der Steuerumgehung dienen soll<sup>214</sup>. Gerade den jüngeren Entscheidungen ist es zu entnehmen, dass der BFH - u.U. im Gegensatz zur Finanzverwaltung - einen Rechtsmissbrauch i.S.d. § 42 AO bei Restrukturierungen im Zusammenhang mit Unternehmensveräußerungen bzw. Betriebsaufgaben nur in beschränktem Umfang anzunehmen bereit ist.

### **Beispiel (1): (nach BFH, Urteil v. 19.5.1993, FR 1994,22=DB 1994, 21)**

In dem entscheidenden Fall hatten Kommanditisten ihre KG-Beteiligungen und Grundstücksanteile (Betriebsvermögen) gemäß § 20 UmwStG zum Buchwert in eine GmbH eingebracht. Diese GmbH schied dann rund drei Wochen nach der Einbring-

<sup>213</sup> Vgl. dazu allgemein Kruse/Düren in: Tipke/Kruse, Kommentar zu AO und FGO, Stand Februar 2002, § 42 Rn. 12 ff.; Eilers, DB 1993, S. 1156 ff.

<sup>214</sup> Vgl. BFH, Urteil v. 10.12.1992, V R 90/92, BFHE 170, S. 299 sowie den sehr instruktiven BFH-Beschluss v. 3.2.1993, IB 90/92, BStBl. II 1993, S. 426 (=FR 1993, S. 336 m.w.Nachw.)

ung aus der KG aus, so dass ein Dritter alleiniger Kommanditist der verbleibenden KG wurde. Dadurch konnten die Klägerinnen ihre Grundstücksanteile steuerfrei entnehmen und in die GmbH einbringen, weil diese Einbringung gemäß § 20 UmwStG zum Buchwert möglich ist (keine Steuerfreiheit, wenn die Kommanditistinnen ihre Kommanditanteile ohne die Grundstücksanteile ohne Zwischenschaltung der Y-GmbH veräußert hätten).

Der Bundesfinanzhof sah in der gewählten Gestaltung **keinen Gestaltungsmissbrauch** (§ 42 AO) im Gegensatz zum Finanzgericht, da eine steuerbegünstigte Einbringung zu Buchwerten nicht mit bestimmten Verbleibefristen des eingebrachten Betriebsvermögens in die aufnehmende GmbH verknüpft sei. Diese Wertung sei auch bei der Prüfung des § 42 AO zu beachten.

**Beispiel (2): (nach Finanzgericht Düsseldorf vom 28.2.1997, EFG 1998, 13)**

A war am Anteil einer GmbH in Höhe von 0,5% beteiligt. Die GmbH ist praktisch insolvent. A erwirbt einen weiteren Anteil an der GmbH in Höhe von 1% für Euro 1. Der anschließende Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens der GmbH wird mangels Masse abgelehnt. Die GmbH wird aufgelöst und A will seine Verluste aus der Beteiligung steuerlich geltend machen.

Das Finanzgericht Düsseldorf sah hier einen Gestaltungsmissbrauch als gegeben an. Zwar folgt aus der Wertlosigkeit der Anteile nicht, dass § 17 EStG keine Anwendung findet. Denn die Übertragung eines wertlosen GmbH-Anteils ohne Gegenleistung ist nach der Rechtsprechung des BFH ein Veräußerungsvorgang i.S.v. § 17 EStG<sup>215</sup>. Da jedoch der Erwerb des Anteils nach dem Gesamtbild der Verhältnisse allein auf die Schaffung der Voraussetzungen für die Geltendmachung des Verlustes gem. § 17 EStG gerichtet war, liegt ein Gestaltungsmissbrauch i.S.v. § 42 AO vor.

**B. Asset Deal (Verkauf von Einzelwirtschaftsgütern)**

Dargestellt werden im Überblick die Besteuerung der **zwei Akquisitionstechniken**, des Kaufes von Wirtschaftsgütern („Asset Deal“)

<sup>215</sup>

BFH, Urteil v. 26.3.1996, I XR 51/92, BStBl. II 1996, S. 443.

und des Anteils erwerbes („**Share Deal**“). Die Entscheidung zwischen diesen zwei Akquisitionsmodellen ist die wichtigste steuerrechtliche Weichenstellung für die Gestaltung einer Akquisition.

## I. Ertragsteuern

Der Verkauf von Unternehmen im Wege der Veräußerung von Einzelwirtschaftsgütern kann - wie oben gezeigt - bei der Veräußerung durch eine natürliche Person bzw. einer Personengesellschaft eine steuerbegünstigte Betriebsaufgabe darstellen. Der Veräußerer kann - anstelle der Inanspruchnahme der Vergünstigung des halben Steuersatzes im Rahmen einer begünstigten Betriebsaufgabe - auch den Veräußerungsgewinn gem. § 6 b EStG zunächst nicht versteuern und in eine Rücklage einstellen. Diese Alternative stellt sich allerdings nur, wenn die veräußerten Einzelwirtschaftsgüter zu den durch § 6 b EStG privilegierten Wirtschaftsgütern gehören<sup>216</sup> und die Rücklage innerhalb der **Re-Investitionsfristen** gem. § 6 b Abs. 3 S. 5 EStG (im Regelfall 4 Jahre, 6 Jahre bei Grundstücken) zur Durchführung der Re-Investition aufgelöst wird.

Veräußert eine **Kapitalgesellschaft** ein Unternehmen im Wege des Asset Deals, so ist ein möglicher Veräußerungsgewinn immer **in vollem Umfang** gewerbe- und körperschaftsteuerpflichtig. Der Erwerber übernimmt die angeschafften Wirtschaftsgüter mit ihren jeweiligen Anschaffungskosten. Die Nutzungsdauer auf Seiten des Erwerbers ist dann anhand betriebsindividueller Umstände zu bestimmen<sup>217</sup>, so dass eine generelle Fortführung der bisherigen Restnutzungsdauer, die auf Seiten des Veräußerers angesetzt wurde, nicht immer als sachgerecht angesehen werden kann. Dies gilt nicht für die Abschreibungsdauer von Grundstücken und vom Firmenwert; die gem. § 7 Abs. 1 S. 3 EStG vorgesehene Nutzungsdauer des Firmenwertes beträgt immer 15 Jahre, bei der Nutzungsdauer von Grundstücken ist regelmäßig auf die Vorschrift des § 7 Abs. 4 und 5 EStG abzustellen.

<sup>216</sup> Vgl. dazu § 6 b Abs. 1 S. 1 EStG.

<sup>217</sup> Vgl. Hötzel, a.a.O. S. 20 f. m.w.Nachw.

Der **Kauf eines Einzelunternehmens** stellt sich wirtschaftlich als Erwerb einer Sachgesamtheit dar, die einen Betrieb oder Teilbetrieb ausmacht. Der Kaufpreis beinhaltet bilanzierte Sachwirtschaftsgüter, immaterielle Wirtschaftsgüter, Verträge mit Kunden und Lieferanten, sonstige Nutzungsverträge, liquide Vermögenspositionen, passivierte Verbindlichkeiten, nicht passivierungsfähige Eventualverbindlichkeiten. Ertragsteuerrechtlich stellt sich der Kauf eines Einzelunternehmens indes als Erwerb einzelner aktiver und passiver Wirtschaftsgüter dar.

Der für ein Unternehmen gezahlte **Kaufpreis** entspricht häufig nicht der Summe der Anschaffungskosten der erworbenen Wirtschaftsgüter, sondern reflektiert **den wirtschaftlichen Wert** des erworbenen Unternehmens für den jeweiligen Erwerber. Deshalb überschreitet der Kaufpreis meistens die Summe der **Teilwerte** der erworbenen Einzelwirtschaftsgüter beim Asset Deal. Dies kann zum einen daran liegen, dass das zu erwerbende Unternehmen selbst Wirtschaftsgüter hergestellt hat, die aufgrund des handelsrechtlichen wie steuerrechtlichen Aktivierungsverbotes (§ 248 Abs. 2 HGB, § 5 Abs. 2 EStG) für **selbst hergestellte immaterielle Wirtschaftsgüter**<sup>218</sup> des Anlagevermögens bisher nicht aktiviert sind, z.B: selbst entwickelte Software. Derartige Wirtschaftsgüter werden von dem Erwerber dann im Rahmen eines Asset Deals erworben und die zu erzielende Abschreibung richtet sich dann nach dem beispielsweise für diese Software gezahlten Kaufpreis und ihrer betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer. Ähnliches gilt für den Erwerb des **Geschäftwertes und geschäftwertähnlicher Wirtschaftsgüter**<sup>219</sup>, wie z.B. bestehende Vertriebsbeziehungen oder andere immaterielle Vorteile des Unternehmens, die für den Erwerber von existentiellen Wert sein können.

Beim Kauf von Wirtschaftsgütern (entsprechendes gilt beim Kauf von Anteilen an Personengesellschaften) vertritt die Rechtsprechung des BFH die sog. „**Stufentheorie**“<sup>220</sup>. Danach werden zum Zwecke der Kaufpreis-

<sup>218</sup> Siehe dazu Hötzel, a.a.O., S. 11.

<sup>219</sup> Vgl. dazu die Übersicht bei Holzapfel/Pöllath, a.a.O., Rn. 167 ff.

<sup>220</sup> Hierzu für viele Rödder/Hötzel/Müller-Thuns, a.a.O., § 23 Rn. 5 ff.; Auf die vom BFH entwickelte „modifizierte Stufentheorie“ braucht hier im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden.

aufteilung verschiedene widerlegbare Vermutungen aufgestellt, und der Kaufpreis ist grundsätzlich **wie folgt aufzuteilen:**

- (1) *Die beim Verkäufer bilanzierten Wirtschaftsgüter werden mit ihrem jeweiligen Teilwert aktiviert.*
- (2) *Die immateriellen Wirtschaftsgüter, die der Verkäufer selbst geschaffen hat (und die gem. § 5 Abs. 2 EStG nicht bilanziert werden dürfen), sind als entgeltliche erworbene immaterielle Wirtschaftsgüter anzusetzen.*
- (3) *Ein danach verbleibender Differenzbetrag ist als Geschäfts- oder Firmenwert zu aktivieren.*
- (4) *Soweit ein Firmenwert nachweislich nicht besteht, ist ein noch verbleibender Mehrbetrag als Betriebsausgabe sofort abzugsfähig (dann hat der Erwerber die Vermögensgegenstände zu einem zu hohen Kaufpreis erworben).*

Die vorstehende Aufteilung eröffnet einen breiten Interpretationsspielraum (Wie hoch ist der Teilwert der Wirtschaftsgüter?), der bei einem Kauf von Vermögensgegenständen im Rahmen eines Asset Deals oder beim Kauf von Anteilen an Personengesellschaften genutzt werden kann.

Eine weitere **steuerliche Optimierung** wird aus Sicht des Unternehmenskäufers durch **Vereinbarung variabler Kaufpreisbestandteile** empfohlen. So wird vorgeschlagen einen Teil des Kaufpreises von künftiger Umsatz- oder Gewinnentwicklung des erworbenen Unternehmens abhängig zu machen. Diese Kaufpreisbestandteile sollen dann beim Erwerber zu sofort abzugsfähigen Betriebsausgaben führen<sup>221</sup>. Es bestehen indes Zweifel, ob das Finanzamt nicht von einer Aktivierungspflicht, ungeachtet der dabei entstehenden Schätzproblematik, ausgehen wird, und letztlich solche Kaufpreisbestandteile dem Residualposten Firmenwert zuordnen wird. Aus wirtschaftlicher Sicht wird die Vereinbarung eines variablen Kaufpreises für den Verkäufer problematisch sein, wenn er nach erfolgtem Verkauf auf die Bemessungsgrößen keinen Einfluss mehr nehmen kann.

---

<sup>221</sup> Vgl. Zieren in Hölters, Unternehmenskauf, Teil IV, Rn. 16.; Rotthege/Wassermann, Mandatspraxis - Unternehmenskauf, Teil VI, Rn. 779.

## II. Der Erwerb von Anteilen an einer Personengesellschaft

Bei dem Erwerb von Anteilen an einer Personengesellschaft wird ein solcher Erwerb **steuerrechtlich** dem Erwerb von Einzelwirtschaftsgütern, d.h. einem Asset Deal gleichgestellt<sup>222</sup>. Personengesellschaften sind für ertragsteuerliche Zwecke transparent. Zivilrechtlich liegt allerdings ein Beteiligungserwerb vor. Erwirbt der Käufer sämtliche Anteile an einer Personengesellschaft im Rahmen einer Unternehmensakquisition, so sind steuerrechtlich nicht die Anteile, sondern die erworbenen Wirtschaftsgüter mit ggf. ihren aufgestockten Werten in der Bilanz der Personengesellschaft zu aktivieren. Falls der Erwerber nicht alle Anteile an der Personengesellschaft erwirbt, sind die aufgestockten Werte für die einzelnen Wirtschaftsgüter und ggf. für einen miterworbenen Geschäftswert in einer **Ergänzungsbilanz** aufzunehmen<sup>223</sup>. Abschreibungen auf die Mehrwerte in der Ergänzungsbilanz sind dann ausschließlich für die steuerliche Gewinnermittlung des Erwerbers von Bedeutung, belasten aber das handelsrechtliche Ergebnis der Personengesellschaft nicht.

## III. Umsatzsteuer

Seit dem 1. 1. 1994 unterliegt der Erwerb von Unternehmen bzw. Unternehmensteilen gem. § 1 Abs. 1 a UStG nicht mehr der **Umsatzsteuer**. Dabei wird der umsatzsteuerliche Begriff des Unternehmensteiles ähnlich dem ertragsteuerlichen Begriff des **Teilbetriebes** auszulegen sein. Bei einem Unternehmenskauf in der Form des Asset Deals, in dem ein selbständiger Teil eines Unternehmens Gegenstand des Unternehmenskaufvertrages ist, ist deshalb davon auszugehen, dass seit dem 1. 1. 1994 keine Umsatzsteuer mehr anfällt.

---

<sup>222</sup> Vgl. Hötzel, a.a.O., S. 37 m.w.Nachw.

<sup>223</sup> Vgl. dazu aus der neueren Literatur Hübsch, DStR 2001, S. 11 ff.; Paus, FR 2003, S. 59 ff.

#### IV. Grunderwerbsteuer

Der Erwerb von **Grundstücken** im Rahmen eines Asset Deals unterfällt gem. § 1 Abs. 1 GrEStG der **Grunderwerbsteuer**, die 3,5% der Gegenleistung für das erworbene Grundstück beträgt. Entscheidend ist auch hier wiederum die zwischen Erwerber und Veräußerer getroffene Kaufpreisaufteilung, wobei ggf. zu beachten ist, dass vom Erwerber übernommene Belastungen der Grundstücke die steuerpflichtige Gegenleistung, die der Erwerber für das jeweilige Grundstück erbringt, erhöht.

#### C. Share Deal (Kauf von Gesellschaftsrechten an einer Kapitalgesellschaft)

##### I. Ertragsteuer

Werden sämtliche Anteile an einer Kapitalgesellschaft durch eine natürliche Person oder eine Personengesellschaft veräußert, so liegt eine Betriebsaufgabe i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 2 EStG vor<sup>224</sup>. Aufgrund der Geltung des Halbeinkünfteverfahrens liegen jedoch gem. § 34 Abs. 2 S. 1 EStG keine steuerbegünstigten außerordentlichen Einkünfte vor. Bei einer Veräußerung einer **nicht wesentlichen** Beteiligung i.S.d. § 17 EStG durch einen **nicht gewerblich tätigen** Veräußerer kann u.U. die Steuerfreiheit des Veräußerungsgewinns gem. § 17 EStG erreicht werden. Veräußerungen von **wesentlichen** Beteiligungen unterliegen bei einer natürlichen Person dem Halbeinkünfteverfahren (§§ 17, 3 Nr. 40 c EStG).

Der Erwerber kann die erworbenen Anteile mit ihren Anschaffungskosten aktivieren, eine Abschreibung der erworbenen Anteile ist jedoch außer in den Fällen der Teilwertabschreibung ausgeschlossen. Eine **Teilwertabschreibung** auf Anteile an einer Kapitalgesellschaft ist nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes nur zulässig, wenn

---

<sup>224</sup>

Schmidt, a.a.O., § 16 Rn. 161ff.

- *der Substanzwert der Beteiligung infolge einer nachhaltigen Erzielung von Verlusten unter den bilanzierten Wert der Beteiligung abgesunken ist;*
- *sich die Anschaffung der Beteiligung als eine Fehlmaßnahme erweist sowie*
- *sich der Substanzwert der Beteiligung infolge von Gewinnausschüttungen erheblich unter dem aktivierten Beteiligungswert bewegt.*

Bei einer erfolgten Teilwertabschreibung ist jedoch zu beachten, dass gem. § 8 b Abs. 2 S. 2 KStG ein steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn entsteht, wenn und soweit Anteile durch Kapitalgesellschaften veräußert werden, auf die eine steuerwirksame Teilwertabschreibung vorgenommen und diese nicht durch eine spätere Zuschreibung ausgeglichen wurde.

Veräußerungsgewinne, die eine Kapitalgesellschaft bei der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft erzielt, sind unter den Voraussetzungen des § 8 b KStG in vollem Umfang körperschaftsteuer- und gewerbsteuerfrei<sup>225</sup>.

Da eine Abschreibung für Abnutzung der erworbenen Gesellschaftsanteile nicht in Betracht kommt, stellt sich bei einem Share Deal auch nicht die Frage einer Kaufpreisaufteilung, sofern nicht postakquisitorische Restrukturierungsmaßnahmen beabsichtigt sind, durch die die stillen Reserven der Kapitalgesellschaft in Abschreibungspotential umgewandelt werden sollen.

## **II. Umsatzsteuer**

Der Erwerb von Gesellschaftsrechten unterliegt **nicht der Umsatzsteuer** (§ 4 Nr. 8 f UStG). Börsenumsatzsteuer fällt seit dem 1. 1. 1991 und Gesellschaftssteuer seit dem 1. 1. 1992 nicht mehr an.

---

<sup>225</sup> Beachte jedoch die geplante Änderung des § 8 b aufgrund des Gesetzesentwurfs zum Gesetz des Protokolls der Bundesregierung zum Steuervergünstigungsablaufgesetz (BR-Drs. 735/03), wonach die Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen eingeschränkt werden soll.

### III. Grunderwerbsteuer

Der Erwerb von Gesellschaftsrechten kann Grunderwerbsteuer auslösen. § 1 Abs. 3 GrEStG bestimmt, dass die Grunderwerbsteuer auch dann anfällt, wenn im Betriebsvermögen der erworbenen Gesellschaft sich Grundstücke befinden und sich durch die Übertragung **unmittelbar oder mittelbar mindestens 95% der Anteile** der Gesellschaft in der Hand des Erwerbers vereinigen.

Bei Übertragungen **innerhalb von Konzernen** können mehrere Anteilsvereinigungen aufeinander folgen. Wird z.B. zunächst eine Beteiligung von einer Konzerngesellschaft erworben und diese Beteiligung auf eine andere Konzerngesellschaft weiter übertragen, so löst dies grundsätzlich **zweimal Grunderwerbsteuer** gem. § 1 Abs. 3 GrEStG aus<sup>226</sup>. Bei Umstrukturierungen innerhalb von Konzernen ist daher besondere Vorsicht angebracht, soweit die Konzerngesellschaften Eigentümer von Grundstücken sind. Entsprechendes gilt bei Umstrukturierungsmaßnahmen nach einem Share Deal, der bereits Grunderwerbsteuer ausgelöst hat.

Bemessungsgrundlage für die Erhebung der Grunderwerbsteuer ist im Falle der Anteilsvereinigung nicht die Gegenleistung (d.h. der Teil des Kaufpreises, der für das Grundstück gezahlt worden ist), sondern gem. § 8 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG der nach § 138 Abs. 2 und 3 BewG festzustellende typisierte Grundstücks(einheits-)wert, auf den der Steuersatz von 3,5% angewandt wird. Insoweit kann der Share Deal grunderwerbsteuerlich gegenüber dem Asset Deal vorzuziehen sein, da er u.U. eine geringere grunderwerbsteuerliche Belastung auslöst.

### IV. Gewerbesteuer

Bei einem Share Deal fällt Gewerbesteuer bei einer natürlichen Person als Veräußerer nicht an, soweit die Anteile im Privatvermögen gehalten werden (§ 7 S. 2 GewStG). Die Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft ist grundsätzlich gewerbesteuerfrei, da § 8 b Abs. 2

---

<sup>226</sup>

Borruttau, GrEStG, 15. Auflage München 2002, § 1 Rn. 956.

KStG auf die Gewerbesteuer durchschlägt<sup>227</sup>. Für den Fall, dass eine Organgesellschaft Kapitalgesellschaftsanteile veräußert, schlägt die Steuerbefreiung auf die Organträger-Kapitalgesellschaft durch (vgl. § 15 Nr. 2 KStG). Entwurf des Erlasses des BMF zu körperschaftsteuerlichen und gewerbesteuerlichen Behandlung der Organschaft). Veräußerungsgewinne sind auf der Eben der Organträger-Personengesellschaft jedoch voll gewerbesteuerpflichtig<sup>228</sup>.

## V. Verlust von Verlustvorträgen

Bei dem Erwerb von Gesellschaftsrechten einer Kapitalgesellschaft bleiben die Verlustvorträge in dieser Gesellschaft grundsätzlich erhalten und stehen dem Erwerber zur Verfügung. Die Ausnutzung eventuell bestehender Verlustvorträge kann - bei entsprechender Ertragslage in der zu erwerbenden Zielgesellschaft - unter Umständen die Kaufpreisfindung erheblich beeinflussen. Der Erwerber muss dabei aber darauf achten, dass die Verlustvorträge von der Finanzverwaltung nur akzeptiert werden, wenn die **wirtschaftliche Identität** der Zielgesellschaft nach dem Erwerb erhalten bleibt. Der Anwendungsbereich des § 8 Abs. 4 KStG und damit die Gefährdung von Verlustvorträgen hat sich im Laufe der Zeit immer mehr vergrößert. Mit einer Vorschrift zur Vermeidung von Missbrauch oder einer Regelung zum „Mantelkauf“ hat § 8 Abs. 4 KStG mittlerweile nichts mehr zu tun<sup>229</sup>. § 8 Abs. 4 KStG gilt über § 10 a S. 4 GewStG auch für die Gewerbesteuer.

## VI. Steuerliche Probleme im Zusammenhang mit der Veräußerung von Organbeteiligungen.

In zahlreichen Unternehmenskaufkonstellationen besteht zwischen dem Veräußerer und der Zielgesellschaft ein **Ergebnisabführungsvertrag** zum Zwecke der Begründung einer (gewerbesteuerlichen und körperschaftsteuer-

<sup>227</sup> Vgl. Eilers/Schmidt, GmbHR 2003, S. 613, 618.

<sup>228</sup> Rödder/Hötzel/Müller-Thuns, a.a.O., § 25 Rn. 158.

<sup>229</sup> Vgl. zum Zweck des § 8 Abs. 4 KStG Roser, GmbHR 2001, S. 1153, 1154.

lichen) Organschaft. In solchen Fallkonstellationen ist es wichtig, dass die Unternehmensverträge zwischen dem Veräußerer (Organträger) und der Zielgesellschaft (Organgesellschaft) vor dem dinglichen Übergang der Anteile an der Zielgesellschaft auf den Erwerber beendet werden. Denn aus zivilrechtlicher Sicht muss vermieden werden, dass die Gewinne weiterhin an den Veräußerer abgeführt werden. Aber auch aus steuerlicher Sicht ist die Aufhebung eines Gewinnabführungsvertrages bedeutsam, soweit zwischen dem Veräußerer und der Zielgesellschaft eine Organschaft besteht.

#### **D. Ausgewählte Detailfragen für die Verbesserung des Steuerstatus des Unternehmensverkäufers und -käufers**

In diesem Abschnitt werden exemplarisch je ein Modell für die Verbesserung des Steuerstatus des Unternehmensverkäufers und -käufers vorgestellt. Die Steuerplanung umfasst sicherlich noch eine größere Anzahl von Modellen, so. z.B.:

- *Buchwertaufstockungsmodelle*
- *Übergangsgestaltungen*
- *Sperrfristfälle*
- *Vorbereitende Verstrickung nichtwesentlicher bzw. Entstrickung wesentlicher Beteiligungen*
- *Kapitalerhöhungs- und Spaltungsgestaltungen*
- *Personelle Verlagerung von stillen Reserven*

Anhand der Beispiele der **steuerfreien Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften gem. § 8 b KStG** auf der Seite des **Veräußerers** sowie dem **fremdfinanzierten Unternehmenskauf** auf der Seite des **Käufers**, wird der Darstellung von Steuerplanmodellen sinnvoll genüge getan<sup>230</sup>.

---

<sup>230</sup>

Ein Abhandlung der oben genannten Modelle würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Es wird somit auf die entsprechende Fachliteratur verwiesen.

## **I. Die steuerfreie Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften gem. § 8 b KStG**

Mit der Neuregelung des gesamten § 8 b KStG und der damit einhergehenden **umfassenden Freistellung** von laufenden und einmaligen Beteiligungserträgen durch das StSenkG hat die Norm ihren Rechtscharakter vollständig verändert. Dies war im Hinblick auf den Wechsel vom Anrechnungsverfahren zum Halbeinkünfteverfahren auch notwendig, um Doppelbelastungen nach dem klassischen System zu vermeiden. Von einer solchen Doppelbelastung ist dann die Rede, wenn kumulativ Körperschaftsteuer auf der Ebene der Kapitalgesellschaft und Einkommen- oder Körperschaftsteuer auf der Anteilseignerebene anfallen.

### **1. Tatbestandsmerkmale von § 8 b Abs. 2 KStG**

#### **a. Persönlicher Anwendungsbereich**

Mit In-Kraft-Treten des StSenkG vom 23. 10. 1999 umfasst der persönliche Anwendungsbereich von § 8 b Abs. 2 KStG uneingeschränkt **alle steuerpflichtigen Körperschaften** i.S.v. § 1 und § 2 KStG<sup>231</sup>. Erstmals gilt die Steuerbefreiung gem. § 8 b KStG damit auch für steuerbefreite Körperschaften, doppelt ansässige Kapitalgesellschaften sowie beschränkt steuerpflichtige Körperschaften. Gleiches gilt für sonstige juristische Personen des privaten Rechts, § 1 Abs. 1 Nr. 4 KStG, nichtrechtsfähige Vereine, Anstalten, Stiftungen und andere Zweckvermögen des privaten Rechts, § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG.

Nach umstrittener Auffassung der Verwaltung war bislang die Zwischenschaltung von Personengesellschaften für Zwecke des § 8 b KStG schädlich<sup>232</sup>.

Durch die Einführung des § 8b Abs. 6 Nr. 1 KStG wird diese sachlich ungerechtfertigte Diskriminierung der zwischengeschalteten Personengesellschaft und ihrer Anteilseigner aufgehoben.

<sup>231</sup> Zu Einzelfragen und zum neuen Recht Eilers/Wienands, GmbHR 2000, S. 957ff.

<sup>232</sup> A 41 Abs. 13 KStR, OFD Frankfurt v. 24.5.2000 - S 2750 a A - 1 - St II 11, n.v.

## **b. Sachlicher Anwendungsbereich**

§ 8 b Abs. 2 KStG n.F. erweitert die Steuerbefreiung für Anteilsveräußerungsgewinne auch auf den Verkauf von Inlandsbeteiligungen. Auch auf Mindestbeteiligungsquoten, die Erfüllung von Aktivitätsklauseln, das Vorliegen von Doppelbesteuerungsabkommen kommt es nicht mehr an.

Die Regelung des § 8 b Abs. 2 S. 1 KStG n.F. lässt Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen oder an Organgesellschaften i.S.d. §§ 14, 17 oder 18 KStG<sup>233</sup> sowie aus wirtschaftlich vergleichbaren Sachverhalten, die zur Realisierung von stillen Reserven führen, bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz.

### **Sie umfasst die Gewinne aus**

- *der Veräußerung oder verdeckten Einlage (§ 8 b Abs. 2 S. 3 KStG n.F.) eines Anteils an einer anderen (in- oder ausländischen) Körperschaft oder Personenvereinigung (=Zielgesellschaft),*
- *der Auflösung einer anderen Körperschaft oder Personenvereinigung (Liquidation),*
- *der Herabsetzung des Nennkapitals einer anderen Körperschaft oder Personenvereinigung oder*
- *dem Ansatz des in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr.2 S. 3 EStG bezeichneten Werts (Wertaufholungsgewinn)*

Zusätzliche Voraussetzung für die steuerfreie Gewinnrealisierung ist allerdings, dass die Leistungen der anderen Körperschaft und Personenvereinigung beim Empfänger zu Einnahmen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 lit. a EStG gehören.

## **aa. Vorangegangene, gewinnwirksame Teilwertabschreibung gem. § 8 b Abs. 2 S. 2 KStG**

Die Steuerfreiheit des Gewinns i.S.d. § 8 b Abs. 2 KStG n.F. entfällt in der zunächst in § 8 b Abs. 2 S. 2 KStG n.F. selbst geregelten Ausnahme.

<sup>233</sup>

BMF-Schreiben vom 28.4.2003, Tz. 16.

Danach ist der Veräußerungsgewinn steuerpflichtig, wenn in den vorangegangenen Wirtschaftsjahren (bis Veranlagungszeitraum 2001) eine gewinnwirksame Teilwertabschreibung vorgenommen worden ist und die dadurch eingetretene Gewinnminderung bis zum Veräußerungszeitpunkt nicht durch eine Wertaufholung gem. § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 S. 3 EStG ausgeglichen worden ist.

**bb. § 8 b Abs. 4 S. 1 KStG Einbringungsklauseln**

Weitere Ausnahmen von der grundsätzlichen Steuerfreistellung des Veräußerungsgewinns von Kapitalbeteiligungen gem. § 8 b Abs. 2 KStG n.F. werden in § 8 b Abs. 4 KStG n.F. geregelt. Danach ist der **Ausschlusstatbestand** des § 8 b Abs. 4 S. 1 KStG n.F. erfüllt, wenn

- *gem. § 8 b Abs. 4 S. 1 Nr. 1 KStG n.F. es sich bei den zu veräußernden Anteilen i.S.d. § 8 b Abs. 2 KStG n.F. um einbringungsgeborene Anteile gem. § 21 UmwStG<sup>234</sup> handelt, oder*
- *gem. § 8 b Abs. 4 S. 1 Nr. 2 KStG n.F. es sich um Anteile einer gem. § 8 b Abs. 2 KStG n.F. begünstigten Körperschaft handelt, die ihrerseits die Anteile von einem nicht nach § 8 b Abs. 2 KStG n.F. begünstigten Einbringenden unter dem Teilwert erworben worden hat.*

**c. Rückausnahmen gem. § 8 b Abs. 4 S. 2 KStG**

§ 8 b Abs. 4 S. 2 KStG n.F. regelt unter bestimmten Voraussetzungen Rückausnahmen zu § 8 b Abs. 4 S. 1 KStG n.F., wonach der Veräußerungsgewinn wieder steuerfrei gestellt wird.

---

<sup>234</sup> Gewinne aus der Veräußerung von einbringungsgeborenen Anteilen sind demnach in voller Höhe steuerpflichtig.

Eine **Rückausnahme** liegt dann vor, wenn die in Rede stehenden Anteile nach Satz 1

- *später als sieben Jahre nach dem Anteilserwerb veräußert werden, § 8 b Abs. 4 S. 2 Nr. 1 KStG n.F., oder*
- *nicht infolge eines Einbringungsvorgangs gem. § 20 Abs. 1 S. 1 oder § 23 Abs. 1 bis 3 UmwStG erworben worden sind, § 8 b Abs. 4 S. 2 Nr. 2 HS 1 KStG n.F., oder*
- *auf einer Einbringung durch eine nicht von § 8 b Abs. 2 KStG n.F. begünstigten Steuerpflichtigen beruhen und nicht binnen sieben Jahren veräußert worden sind, § 8 b Abs. 4 S. 2 HS 2 KStG n.F.*

## 2. (Veräußerungs-) Gewinne i. S. d. § 8 b Abs. 2 KStG

Eine Veräußerung liegt vor, wenn die Beteiligung ganz oder teilweise auf einen anderen Rechtsträger gegen Entgelt übertragen wird. Keine Privilegierung gibt es für weitere, im Zusammenhang mit der Anteilsübertragung erfolgende Veräußerungen, wie z.B. für den Verkauf von Wirtschaftsgütern, die bislang leih- und mietweise an die Tochtergesellschaft überlassen wurden.

Weiterhin stellt § 8 b Abs. 2 S. 3 KStG n.F. verdeckte Einlagen der Veräußerung gleich.

Umstritten ist jedoch, ob auch **verdeckte Gewinnausschüttungen** unter den Begriff des Veräußerungsgewinns<sup>235</sup> i.S.d. § 8 b Abs. 2 KStG zu subsumieren sind<sup>236</sup>. Der BFH vertrat in seinem Aussetzungsbeschluss vom 6. 7. 2000 die Ansicht, dass auch verdeckte Gewinnausschüttungen als begünstigter Veräußerungsgewinn zu behandeln seien. Der Senat führte darin aus, dass es ernstlich zweifelhaft sei, ob die Anweisungen in Abschn. 41 Abs. 5 S. 5 KStR, wonach Teile des Veräußerungsgewinns, die als verdeckte Gewinnausschüttung zu behandeln sind, nicht unter die Rechtsfolge des § 8 b Abs. 2 KStG a.F. fallen, dem geltenden Recht entsprechen. Sinn und Zweck des § 8 b Abs. 3 S. 2 KStG a.F. sei es, für

<sup>235</sup> Dötsch/Pung, in: Dötsch/Eversberg/Jost/Witt, Stand März 2002, § 8b n.F. KStG, Rn. 30.

<sup>236</sup> A.A.: Vgl. A 41 Abs. 5 S. 3 KStR.

Besteuerungszwecke von einem angemessenen Veräußerungserlös auszugehen, wenn Gegenstand einer verdeckten Gewinnausschüttung die Veräußerung der Beteiligung an einer ausländischen Kapitalgesellschaft zu einem unangemessen niedrigen Preis an einen Gesellschafter oder eine nahe stehende Person sei. Eine steuerneutrale Korrektur müsse deshalb im Regelfall bei dem einzelnen Geschäftsvorfall - dem Beteiligungsverkauf - und seinen gewinnmäßigen Auswirkungen nach § 8 b Abs. 3 S. 2 KStG a.F. (Beteiligungsveräußerungsgewinn) ansetzen, für den eine Gewinnverlagerung angenommen werde.

Im Übrigen lässt sich die Subsumtion der **verdeckten Gewinnausschüttung** unter den Begriff des Veräußerungsgewinns auch damit begründen, dass kein Grund ersichtlich ist die verdeckte Einlage, nicht aber die verdeckte Gewinnausschüttung gem. § 8 b Abs. 2 KStG n.F. zu begünstigen. Schließlich wird durch die verdeckte Gewinnausschüttung nur der Zahlungsweg abgekürzt: Anstelle eines Hin- und Herzahlens von Geld - Kaufpreis und Ausschüttung - wird die Beteiligung unmittelbar an den Anteilseigner ausgekehrt<sup>237</sup>.

Diese Auffassung wird nunmehr auch von der Finanzverwaltung vertreten<sup>238</sup>.

§ 8 b Abs. 2 KStG n.F. gilt unmittelbar auch für die **Gewerbsteuer**. Damit bleibt der Veräußerungsgewinn aus der Veräußerung von Kapitalbeteiligungen auch **gewerbsteuerfrei**.

Problematisch und umstritten ist allein der Fall, ob die gewerbsteuerliche Befreiung von Veräußerungsgewinnen auch dann eingreift, wenn i.S.d. § 8 b Abs. 6 KStG n.F. eine Mitunternehmerschaft, an der wiederum eine Kapitalgesellschaft als Gesellschafter beteiligt ist, selbst eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft veräußert. Denn der aus einer Veräußerung einer zum Betriebsvermögen gehörenden Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft erzielte Gewinn einer Mitunternehmerschaft gehört stets zum Gewerbeertrag<sup>239</sup>.

<sup>237</sup> Vgl. Eilers/Wienands, GmbHR 2000, S. 1229, 1235.

<sup>238</sup> BMF-Schreiben vom 28.4. 2003, Tz. 21.

<sup>239</sup> Es sei denn, die Veräußerung erfolgt im Zusammenhang mit der Aufgabe des Gewerbebetriebs.

Die Mitunternehmerschaft ist ein eigenständiges Gewerbesteuersubjekt, auf die das Körperschaftsteuergesetz keine Anwendung findet. Gerade wegen des Charakters der Gewerbesteuer als Objektsteuer ist nach Ansicht des BMF für die Anwendung des § 8 b Abs. 6 KStG und der damit einhergehenden Gewerbesteuerfreiheit erzielter Veräußerungsgewinne nicht entscheidend, wer letztlich Gesellschafter der Mitunternehmerschaft ist. Dafür spreche auch das praktische Argument, dass bei mehrstufiger Verschachtelung am Ende nicht Erkennbar sei, wer Mitunternehmer sei. Der Erlass des BMF zur Anwendung des § 8 b und die Auswirkungen auf die Gewerbesteuer stellt nunmehr aus der Sicht der Finanzverwaltung klar, dass die Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften durch **dazwischengeschaltete Personengesellschaften** i.S.d. § 8 b Abs. 6 KStG der Gewerbesteuer unterliegt<sup>240</sup>.

Daher sollte vor einem Beteiligungsverkauf durch eine Personengesellschaft ein Rücktransfer der Anteile der Personengesellschaft auf die Kapitalgesellschaft erfolgen oder zwischen der Personengesellschaft und ihrem Gesellschafter - der Kapitalgesellschaft - ein Beteiligungsaustausch in Erwägung gezogen werden.

## **II. Der fremdfinanzierte Unternehmenskauf**

Der fremdfinanzierte Unternehmenskauf (teilweise auch „**Leveraged Buy-Out**“ oder „LBO“ genannt“) stellt im Grunde keine besondere Art des Unternehmenskaufs dar, sondern eher einen Unternehmenskauf mit einer speziellen Zielrichtung und einigen Besonderheiten. Bei einem „LBO“ handelt es sich im Wesentlichen um einen fremdfinanzierten Auskauf von Gesellschaften, vielfach durch sog. „Private Equity Fonds“, „Buy-Out Fonds“ und ähnliche Investorengruppen, teilweise auch durch die Manager der Zielgesellschaft.

---

<sup>240</sup>

BMF-Schreiben vom 28.4.2003, Tz. 57, vgl. dazu auch Eilers/Wienands, GmbHR 2003, S. 613, 638.

## 1. Besonderheiten

Bei einem **Leveraged Buy-Out** kommt es insbesondere darauf an, dass die Tilgung der Fremdfinanzierung aus dem laufenden Cashflow erfolgt und ein vollständiger steuerlicher Zinsabzug (auch für Zinsen auf Gesellschafterdarlehen) auf der Ebene des erworbenen Unternehmens erreicht werden kann, die Vermögensgegenstände der Zielgesellschaft als Sicherheit für die finanzierenden Banken zur Verfügung stehen und eine Buchwertaufstockung und ein **steuerfreier Exit** für die Investoren möglich ist.

### a. Tilgung und Zinsabzug

Entscheidend für ein Gelingen eines LBO ist die Tilgung der hohen Fremdfinanzierung durch den laufenden Cashflow des erworbenen Unternehmens. Sofern die finanzierenden Banken einen direkten Zugriff auf den Cashflow haben, sind die Finanzierungsbedingungen im Regelfall günstiger.

Eine unmittelbare Tilgung der Fremdverbindlichkeiten durch laufenden **Cashflow** und ein steuerlicher Zinsabzug (Verrechnung der Zinsaufwendungen mit positiven Einkünften aus dem operativen Geschäft) lässt sich unmittelbar nur dann erreichen, wenn die Finanzierung auf der Ebene der operativen Gesellschaft angesiedelt ist.

Aus steuerlicher Sicht ist bei einem LBO sicherzustellen, dass die Zinsaufwendungen für das Fremdkapital steuerlich als **Betriebsausgaben** abgezogen werden können. Dies ist grundsätzlich möglich, da die Zinsaufwendungen darstellen, die durch den Betrieb veranlasst sind (§ 4 Abs. 4 EStG). Gem. § 3 c Abs. 1 EStG jedoch dürfen Ausgaben, soweit sie mit steuerfreien Einnahmen in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, nicht als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abgezogen werden. Der Zweck des Abzugsverbots des § 3 c Abs. 1 EStG ist es, dass bei steuerfreien Einnahmen kein doppelter steuerlicher Vorteil durch den zusätzlichen Abzug von Aufwendungen erzielt werden soll<sup>241</sup>. Folglich dürfen nach § 3 c Abs. 1 EStG, der über § 8 Abs. 1 KStG auch für die

<sup>241</sup>

BFH, Urteil v. 26.3.2002, VI R 26/00, BStBl. II 2002, S. 823; Schmidt, a.a.O., § 3 c Rn.1.

Ermittlung des körperschaftsteuerpflichtigen Einkommens gilt, Ausgaben, die mit steuerfreien Einnahmen in unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden. Unter § 3 c Abs. 1 EStG fallen - bei dem Erwerb der Zielgesellschaft in Rechtsform der GmbH - insbesondere Finanzierungsaufwendungen, soweit sie nicht Finanzierungsaufwendungen für ausländische Tochtergesellschaften darstelle. Denn für solche Finanzierungsaufwendungen verdrängt § 8 b Abs. 5 KStG die Anwendung von § 3 c Abs. 1 EStG<sup>242</sup>.

Aufgrund des Wortlautes „**unmittelbar**“ in § 3 c Abs. 1 EStG ist auf konkret laufende Erträge und Aufwendungen abzustellen<sup>243</sup>. Dies bedeutet, dass solange die Zielgesellschaft die von ihr erzielten Gewinne thesauriert und in den betreffenden Wirtschaftsjahren keine Dividenden erzielt werden, die Betriebsausgaben in diesen Jahren vollständig steuerlich abzugsfähig sind. Beim fremdfinanzierten Unternehmenskauf kann von diesem „**Ballooning-Konzept**“<sup>244</sup> Gebrauch gemacht werden.

**Gewerbsteuerlich** ist der Zinsabzug im Regelfall begrenzt, da die Zinsen gem. § 8 Ziff. 1 GewStG grundsätzlich zur Hälfte der Gewerbesteuer unterliegen. Die Gewerbesteuerbelastung kann dadurch reduziert werden, dass die Zielgesellschaft in einer Gemeinde angesiedelt wird, die einen niedrigen Hebesatz besitzt.

## **b. Buchwertaufstockung**

Unter einer Buchwertaufstockung („**step up**“) versteht man die Erhöhung der Buchwerte der einzelnen Wirtschaftsgüter der erworbenen Gesellschaft auf ihre Teilwerte (Verkehrswerte). Dabei wird der Kaufpreis für das Unternehmen auf die einzelnen Wirtschaftsgüter „verteilt“. Dadurch erhöhen sich die Abschreibungen in den folgenden Wirtschaftsjahren, reduziert sich die Steuerlast und erhöht sich gleichzeitig der Cashflow der Gesellschaft, der zur Tilgung der Bankverbindlichkeiten erforderlich ist. Eine Buchwertaufstockung ist daher gerade bei einem LBO von Bedeutung.

<sup>242</sup> Rödder/Hötzel/Müller-Thuns, Unternehmenskauf - Unternehmenverkauf, München 2003, § 38 Rn. 5.

<sup>243</sup> Anders dagegen § 3 c Abs. 2 EStG; Vgl. Rödder/Hötzel/Müller-Thuns, a.a.O., § 28 Rn. 37.

<sup>244</sup> Vgl. dazu Rödder, in Schaumburg/Rödder Unternehmenssteuerreform 2001, München 2000, S. 247 f.

Insofern wird der Erwerber im Rahmen eines LBO versuchen, die Transaktion als Asset Deal oder als Kauf von Anteilen an Personengesellschaften zu strukturieren.

Eine Buchwertaufstockung ist grundsätzlich nur dann möglich, wenn der Unternehmenskauf in der Form eines Asset Deals oder wegen der steuerlichen Transparenz in der Form eines Erwerbs von Anteilen an Personengesellschaften durchgeführt wird.

### **c. Steuerfreier Exit**

Ziel der Investoren ist regelmäßig, den Exit so zu gestalten, dass die erzielten Veräußerungsgewinne nicht der Besteuerung unterliegen. Da beim LBO regelmäßig ein Exit nach einer mittelfristigen Zeitperiode vorgesehen ist, muss die Akquisitionsstruktur bereits von Anfang an so ausgestaltet sein, dass ein steuerfreier Exit möglich ist.

Ein steuerfreier Exit kann beispielsweise durch die Veräußerung von **Anteilen an Kapitalgesellschaften** gem. § 8 b Abs. 2 KStG erfolgen. Dann ist der Erwerb so zu strukturieren, dass das operative Geschäft in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft betrieben wird, deren Anteile von einer inländischen Kapitalgesellschaft gehalten wird. Alternativ könnte ein Exit so strukturiert werden, dass die Investoren ihre Anteile an einer inländischen Kapitalgesellschaft über eine ausländische Kapitalgesellschaft veräußern. Für diesen Fall unterliegt das Besteuerungsrecht der Veräußerungsgewinne nach den meisten Doppelbesteuerungsabkommen im Sitzland der ausländischen Kapitalgesellschaft<sup>245</sup>. Eine Steuerfreiheit der Veräußerungserlöse setzt allerdings voraus, dass Veräußerungsgewinne im Sitzland der ausländischen Kapitalgesellschaft von der Besteuerung freigestellt sind. Dies ist jedoch in den meisten europäischen Ländern der Fall. Bei einem Exit durch ein **IPO**<sup>246</sup> ist ebenfalls zu beachten, dass die Bedingungen für einen steuerfreien Exit erfüllt sind.

---

<sup>245</sup> Vgl. Art. 7 OECD-MA.

<sup>246</sup> Hierzu Triebel, a.a.O., S. 313 ff.

## E. Hinweise zur Gestaltung des Unternehmenskaufvertrages

### I. Tax Due Diligence

Bei jedem Unternehmenskauf empfiehlt sich eine Prüfung der Objektgesellschaft im Hinblick auf steuerliche Risiken (**sog. steuerliche Due Diligence**)<sup>247</sup>. Bei einem Asset Deal folgt dies aus der gesetzlichen Haftung des Betriebsübernehmers für Betriebssteuern gem. § 75 AO<sup>248</sup>. Aber auch bei einem Share Deal sollte eine steuerliche Due Diligence durchgeführt werden, da der Erwerber die Anteile des erworbenen Zielunternehmens mit sämtlichen (potentiellen) Steuerverbindlichkeiten übernimmt.

Die Tax Due diligence ist durch sachverständige Dritte, z.B. durch Rechtsanwälte mit entsprechender Sachkunde, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer durchzuführen. Eine entsprechende **Prüfungspflicht** des Erwerbers besteht nicht, und dem Erwerber kann daher im Falle der Geltendmachung von Gewährleistungs- oder Schadensersatzansprüchen die unterlassene Prüfung nicht entgegengehalten werden. Die Durchführung einer steuerlichen Due Diligence bietet sich aber insbesondere an, wenn in dem Unternehmenskaufvertrag keine steuerliche Gewährleistungsklausel durchgesetzt werden kann oder zur Vermeidung späterer Streitigkeiten über die steuerliche Haftung. Trotz bzw. gerade bei Durchführung einer steuerlichen Due Diligence sollte sich der Erwerber vom Veräußerer möglichst umfangreiche Garantien (am besten in Form von Freistellungsklauseln) gewähren lassen, da der Veräußerer aufgrund einer Garantie auch dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der Käufer den Umstand, der zur Inanspruchnahme führt, bei Abschluss des Unternehmenskaufvertrages bereits kannte.

Im Rahmen einer **steuerlichen (Tax) Due Diligence** sollten folgende (nicht abschließend genannte) Gesichtspunkte für einen Zeitraum von mindestens **fünf Jahren vor Akquisitionszeitpunkt** abgeprüft werden:

<sup>247</sup> Ausführlich zur Tax Due Diligence Löffler, a.a.O., S. 61 ff.

<sup>248</sup> Vgl. Holzapfel/Pöllath, a.a.O., Rn. 664 ff.

- ✓ *Prüfung der Jahrsabschlüsse sowie der Geschäftsberichte; Betriebsprüfungsbericht der letzten Betriebsprüfung;*
- ✓ *Berichte der letzten Lohnsteueraußenprüfung;*
- ✓ *Bericht der letzten Umsatzsteuerprüfung und Umsatzsteuersonderprüfung*
- ✓ *Prüfung der letzten Steuererklärungen;*
- ✓ *Prüfung der Verträge mit verbundenen Unternehmen sowie mit Gesellschaftern (- Geschäftsführern -) im Hinblick auf die Angemessenheit der Verrechnungspreise, im Hinblick auf das Risiko möglicher verdeckter Gewinnausschüttungen sowie möglicher verdeckter Einlagen;*
- ✓ *Prüfung des Ausschüttungsverhaltens während der letzten Wirtschaftsjahre;*
- ✓ *Prüfung der Zusammensetzung des steuerlichen Eigenkapitals; Gliederung des verwendbaren Eigenkapitals; Bestände des Körperschaftssteuerguthabens (§ 37 Abs. 1 KStG) und Eigenkapitals i.S.v. § 30 Abs. 2 Nr. 2 KStG (EK 02; § 38 Abs. 1 KStG n. F.);*
- ✓ *Prüfung der Passivierung sämtlicher Verbindlichkeiten als Verbindlichkeit oder Rückstellung;*
- ✓ *Prüfung der Werthaltigkeit der Aktiva (Zeitwert mindestens gleich Bilanzansatz);*
- ✓ *Prüfung der steuerlichen Wirksamkeit von Unternehmensverträgen (Ergebnisabführungs- und Beherrschungsverträge) und Organschaften;*
- ✓ *Prüfung von Investitionszulagen und anderen Steuervergünstigungen, die dem Zielunternehmen gewährt werden;*
- ✓ *Prüfung evtl. vorhandener Verlustvorträge;*
- ✓ *Prüfung der Sicherheit der Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen nach § 8 Abs. 2 KStG;*
- ✓ *Prüfung der Anwendbarkeit von § 3 c EStG;*
- ✓ *Prüfung von Sperr- und Behaltefristen;*
- ✓ *Prüfung von Umstrukturierungen, insbesondere Umstrukturierungen nach dem UmwStG.*

## **II. Bilanzgarantie**

Da unrichtige Angaben über Umsätze, Erträge und Ertragskraft des Unternehmens auch nach In-Kraft-Treten der Schuldrechtreform keinen **Sachmangel** i.S.d. § 434 Abs. 1 BGB darstellen, empfiehlt es sich aus der Sicht des Unternehmenskäufers, insoweit ein selbständiges Garantieverprechen (§ 311 BGB) in Form einer **Bilanzgarantie** zu vereinbaren. Diese Garantie führt zur verschuldensunabhängigen Haftung des Verkäufers für fehlende oder falsche Angaben, die nicht vom Begriff des Sachmangels i.S.d. § 434 Abs. 1 BGB und der Beschaffenheitsvereinbarung bzgl. Garantie i.S.d. § 443 Abs. 2 BGB erfasst werden. Im Rahmen einer solchen Bilanzgarantie wird der Veräußerer in der Regel nur garantieren, dass die Bilanz nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung (GoB) und unter Anwendung der gebotenen Sorgfalt nach dem damaligen Erkenntnisstand richtig war („**Garantie der subjektiven Richtigkeit**“) und das eine Abweichung von den bisher angewandten Bilanzierungsgrundsätzen nicht vorliegt. Sollten der Zeitpunkt der Bilanzerstellung und der Übernahmzeitpunkt in dem Unternehmenskaufvertrag erheblich auseinander fallen, sollte sich die Bilanzgarantie auf dem Kenntnisstand bei Vorlage der Bilanz oder bei Übernahme des Unternehmens erstrecken<sup>249</sup>.

Zusätzlich zur Bilanzgarantie empfiehlt sich eine Eigenkapitalgarantie bei dem Erwerb von Gesellschaftsrechten in den Vertrag aufzunehmen. Diese **Eigenkapitalgarantie** umfasst zunächst die Garantie durch den Veräußerer, dass das Zielunternehmen ein bilanzmäßiges Eigenkapital von mindestens ...€ aufweist. Diese Garantie sollte ebenfalls auf den Übernahmzeitpunkt des Unternehmens abgegeben werden. Weiterhin hat der Veräußerer bei dem Erwerb von Gesellschaftsrechten zu garantieren, dass das Zielunternehmen ein verwendbares körperschaftsteuerliches Eigenkapital gemäß einer besonderen Anlage zum Unternehmenskaufvertrag aufweist.

---

<sup>249</sup>

Vgl. Holzapfel/Pöllath, a.a.O., Rn. 511.

### III. Steuerklauseln

Die Bilanzgarantie und ggf. die Eigenkapitalgarantie werden ergänzt durch **sog. Steuerklauseln** mit den folgenden Regelungsgegenständen:

- *Vereinbarung darüber, wer die erwarteten, bis zum Übergangsstichtag wirtschaftlich verursachten Steuerbeträge trägt;*
- *Vereinbarung, wer nicht erwartete, nicht berücksichtigte Steuernachforderungen trägt (sog. Betriebsprüfungsklausel);*
- *ggf. Vereinbarung über die Haftung für steuerliche Mehrbelastungen aufgrund von verdeckten Gewinnausschüttungen<sup>250</sup>;*
- *Vereinbarung für den Fall, dass die Zusammensetzung und Umfang des Eigenkapitals von der Eigenkapitalgarantie abweicht.*

Bei der Abfassung von Steuerklauseln ist darauf zu achten, dass diese mit der Bilanzgarantie, der Eigenkapitalgarantie und einer etwaigen Abrechnungsbilanz auf den Übernahmestichtag abgestimmt ist<sup>251</sup>. Im Hinblick auf die Haftung für erwartete, bis zum Übergangsstichtag entstandene Steuerbeträge wird typischerweise vereinbart, dass der Veräußerer für die Steuern haftet, die die Zeit vor dem Stichtag des Unternehmenskaufs betreffen. Diese Klausel wird durch die sog. Betriebsprüfungsklausel ergänzt, die vorsieht, dass der Veräußerer ebenfalls für Steuernachforderungen haftet die infolge einer Betriebsprüfung nach Übertragungsstichtag aufgedeckt werden, aber bereits vor dem Übertragungsstichtag verursacht wurden. Diese Betriebsprüfungsklausel sollte sich lediglich auf echte Steuermehr- oder Steuerminderbelastungen beziehen und Gewinnverschiebungen, die z.B. durch die Veränderung von Abschreibungszeiträumen bei der Betriebsprüfung entstehen können, ausnehmen<sup>252</sup> bzw. durch einen Erstattungsanspruch abfangen.

<sup>250</sup> Im Rahmen dieser Klausel muss dann sichergestellt werden, dass der körperschaftsteuerliche Anrechnungsanspruch, der regelmäßig den Empfänger einer verdeckten Gewinnausschüttung begünstigt, kaufpreismindernd berücksichtigt werden muss.

<sup>251</sup> Vgl. im einzelnen Streck/Mack, BB 1992, S. 1398 ff.; Bredow, WiB 1996, S. 518 ff.

<sup>252</sup> Streck/Mack, BB 1992, S. 1398, 1399.

Im Hinblick auf die Zusammensetzung des **verwendbaren Eigenkapitals** kann zusätzlich zur Eigenkapitalgarantie vereinbart werden, dass die Steuervor- und Steuernachteile bei einer Abweichung der garantierten Eigenkapitalzusammensetzung über den Kaufpreis ausgeglichen werden sollen. Darüber hinaus sollte sich der Erwerber das Bestehen von Verlustvorträgen und Körperschaftsteuerguthaben gem. § 37 KStG garantieren lassen.

Bei der Abfassung von Steuerklauseln ist es außerdem empfehlenswert, den Zeitpunkt und den Sachverhalt festzulegen, der die **Haftung** des Veräußerers **für mögliche Steuernachforderungen** auslöst. Dabei ist regelmäßig auf bestandskräftige Steuerbescheide abzustellen, wobei im Interesse des Veräußerers festgelegt werden soll, dass diesem Informations- und Mitwirkungsrechte für Betriebsprüfungsverfahren etc. zustehen, die den Zeitraum vor dem Übergabestichtag betreffen.

Ferner sollte im Interesse des Veräußerers festgelegt werden, dass dieser **Informations- und Mitwirkungsrecht** im Steuerverfahren hat und den Erwerber entsprechende Informationspflichten treffen.

Des Weiteren sollte noch eine Vereinbarung darüber getroffen werden, wer eine mögliche **Grunderwerbsteuer** zu tragen hat, falls zu dem Vermögen des erworbenen Unternehmens Grundvermögen gehört. Im Regelfall ist dies der Erwerber.

Schließlich sollte bei dem Kauf von Mitunternehmeranteilen vereinbart werden, wer die **Gewerbsteuer** auf den Veräußerungsgewinn zu tragen hat. Denn gem. § 7 S. 2 GewStG i.d.F. des Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes unterliegt der Gewinn aus der Veräußerung von Mitunternehmeranteilen grundsätzlich der Gewerbesteuer. Steuerschuldner der Gewerbesteuer ist gem. § 5 Abs. 1 S. 3 GewStG die Mitunternehmerschaft. Dies gilt auch für Veräußerungsgewinne i.S.d. § 7 S. 2 GewStG<sup>253</sup>. Regelmäßig wird man erwarten können, dass die Gewerbesteuer entweder kaufpreismindernd berücksichtigt oder die Mitunternehmerschaft als Gewerbesteuerschuldner von der Gewerbesteuer durch den Veräußerer freigestellt wird.

---

<sup>253</sup> Rödder/Schumacher, DStR 2001, S. 1685, 1689; Behrens/Schmitt, BB 2002, S. 860, 861; Füger/Rieger, DStR 2002, S. 933, 935.

Zahlungsansprüche, die dem Erwerber aufgrund von Bilanz- bzw. Eigenkapitalgarantie oder den Steuerklauseln des Unternehmenskaufvertrages zustehen können, sollten - soweit durchsetzbar - durch Kaufpreiseinbehalte bzw. **Sicherungsleistungen** der Veräußerer gesichert werden (z.B. Bankbürgschaft).

#### **IV. Haftung gem. § 75 AO**

Gemäß § 75 AO haftet der Übernehmer eines **Unternehmens** oder eines **Teilbetriebes** mit dem übernommenen Vermögen für betriebliche Steuern und Steuerabzugsbeträge, die im letzten vor der Übernahme liegenden Kalenderjahr entstanden sind. Um eine zwangsweise Vermögensverwertung zu erleichtern, tritt diese Haftung gem. § 75 Abs. 2 AO nicht ein bei Erwerb aus einer Insolvenzmasse und nicht bei einem Erwerb im Vollstreckungsverfahren. Ist die Eröffnung der Insolvenz mangels Masse abgelehnt worden und haben sich im Veräußerungszeitpunkt die wesentlichen verwertbaren Betriebsgegenstände im Eigentum Dritter befunden, greift § 75 Abs. 1 AO **ebenfalls nicht** ein, weil dann ein lebensfähiges, zu erwerbendes Unternehmen nicht vorliegt<sup>254</sup>. Dies gilt auch, wenn der Insolvenzantrag nicht formell vom Insolvenzgericht abgelehnt wurde, der Antrag vorher zurückgewiesen wurde, wenn eine verteilbare Masse noch vorhanden ist und das Unternehmen stillgelegt wird<sup>255</sup>.

Eine **Übereignung im Ganzen** i.S.d. § 75 AO liegt vor, wenn das wirtschaftliche Eigentum an dem Unternehmen oder dem Teilbetrieb auf den Erwerber übergeht, d.h. dieser wirtschaftlich **wie ein Eigentümer** darüber verfügen kann. Irrelevant ist, ob der Erwerber zivilrechtlicher Eigentümer des Unternehmens oder des Teilbetriebes wird (§ 39 AO)<sup>256</sup>. Die Gegenstände, die die wesentlichen Grundlagen des Unternehmens ausmachen, müssen auf eine Person oder Personengruppe übertragen werden und diesen

<sup>254</sup> Vgl. BFH, Urt. V. 8.7.1982, V B 138/81, BStBl.II 1983, S. 282, 283 = DSStR 1983, S. 270.

<sup>255</sup> Vgl. Holzapfel/Pöllath, a.a.O., Rn. 665.

<sup>256</sup> Siehe Kruse/Loose, in: Tipke-Kruse, Abgabenordnung, Stand Oktober 2002, § 75 Rn. 24.

ermöglichen, das Unternehmen fortzuführen<sup>257</sup>. Bei der Prüfung, ob das Unternehmen im Ganzen auf den Erwerber übergegangen ist, stellt der BFH auf die **jeweilige Steuer** ab, für die gem. § 75 AO gehaftet werden soll. So hat der BFH in einem Urteil vom 11. 5. 1993<sup>258</sup> im Hinblick auf die Haftung des Erwerbers gem. § 75 AO für Umsatzsteuer auf den Unternehmensbegriff in § 2 Abs. 1 UStG abgestellt und die Übereignung eines steuerpflichtig vermieteten Grundstücks als Erwerb eines Unternehmens i.S.v. § 75 Abs. 1 AO angesehen, da dieses vermietete Grundstück die wesentliche Grundlage für die Fortsetzung der Vermietung bildete<sup>259</sup>. Diese unterschiedliche Interpretation des Unternehmensbegriffs i.S.d. § 75 Abs. 1 AO, je nach der Steuer, für die gehaftet werden soll, durch den BFH wird im Schrifttum zu Recht kritisiert<sup>260</sup>, da dies Rechtsunsicherheit bedeutet.

Unter § 75 AO fallen die Gewerbesteuer, die Umsatzsteuer, die Verbrauchsteuern, die Versicherungssteuern und die Steuerabzugsbeträge (z.B. Lohnsteuer, Kapitalertragsteuer), nicht aber die Einkommen- und Versicherungssteuern des Veräußerers. Streitig ist, ob der Erwerber auch für die aus der **Veräußerung** des Unternehmens selbst **entstehenden Steuern** haftet. Der BFH hat in frühen Entscheidungen<sup>261</sup> zur Haftung des Erwerbers für Umsatzsteuerschulden entschieden, dass der Erwerber auch für die Umsatzsteuer aus der Geschäftsveräußerung haftet. Es ist allerdings zweifelhaft, ob diese Entscheidung aus den Jahren 1977 und 1982 zur Umsatzsteuer heute noch Gültigkeit haben. Im Hinblick auf die Haftung des Erwerbers für im Rahmen der Veräußerung des Unternehmens anfallende Umsatzsteuer ist dies bereits deshalb zu verneinen, da die **Veräußerung eines Unternehmens** seit dem 1. 1. 1994 weder im Rahmen eines Share Deal noch im Rahmen eines Asset Deal mehr der Umsatzsteuer unterliegt<sup>262</sup>. Soweit aber bei der Veräußerung des Unternehmens Einkommen- oder Körperschaftsteuer des Veräußerer anfällt, so handelt es

<sup>257</sup> Holzapfel/Pöllath, a.a.O., Rn. 666; Kruse/Loose, a.a.O., § 75 Rn. 25.

<sup>258</sup> BFH, Urteil vom 11.5.1993, VII R 86/92, BStBl. II 1993, S. 700, 701.

<sup>259</sup> BFH, a.a.O., S. 700, 702.

<sup>260</sup> Holzapfel/Pöllath, a.a.O., Rn. 666.

<sup>261</sup> BFH, Urteil v. 6.10.1977, V R 50/77, BStBl. II 1978, S. 241 = BB 1978, S. 538; BFH, Beschluss v. 28.1.1982, V S 13/81, BStBl. II 1982, S. 490.

<sup>262</sup> Vgl. § 1 Abs. 1 a UStG; § 4 Nr. 8 f. UStG.

sich nicht um eine **Betriebssteuer** i.S.d. § 75 AO, sondern um eine **persönliche Steuer** des Veräußerers, so dass § 75 AO nicht eingreift<sup>263</sup>. Grundsätzlich beschränkt sich die Haftung des § 75 Abs. 1 AO auf das übernommene Vermögen; § 74 AO weitet diese Haftung aber für eine an einem gewerblichen Unternehmen wesentlich beteiligte Person auf das persönliche Eigentum, welches dem Unternehmen **dient**, aus.

Das Finanzamt kann (neben § 75 AO) den Haftungsbescheid auch auf § 25 HGB stützen<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> Ebenso Holzapfel/Pöllath, a.a.O., Rn. 667.

<sup>264</sup> Holzapfel/Pöllath, a.a.O., Rn. 668.

### Teil III. Internationales Recht

#### A. Einleitung

#### I. Der internationale Unternehmenskauf und seine spezifischen Probleme

Der internationale Unternehmenskauf zeichnet sich gegenüber dem nationalen Unternehmenskauf unter rein rechtlichem Aspekt durch zwei Besonderheiten aus. Erstens ergibt sich zunächst die Frage nach dem maßgeblichen nationalen Recht. Anders formuliert: Jede Frage, die beim nationalen Unternehmenskauf der rechtlichen Regelung bedarf, führt im internationalen Kontext zwangsläufig zu der vorgelagerten Frage, welches nationale **Recht anzuwenden** ist. So, wie im nationalen Kontext die Details der Vertragserfüllung, der Gewährleistung oder der Verjährung vertraglich geregelt werden, stellt sich beim internationalen Unternehmenskauf zunächst die Frage, welches nationale Recht über die Erfüllung, die Gewährleistung und die Verjährung entscheidet<sup>265</sup>.

Die zweite Besonderheit des internationalen Unternehmenskaufs ist eine solche materiellrechtlicher Art: Hier geht es zunächst darum, dass für zahlreiche Fragen des grenzüberschreitenden Unternehmenskaufs **spezifische materiellrechtliche Bestimmungen** gelten<sup>266</sup>.

Es lassen sich weitere Beispiele nennen. So waren die aus dem anglo-amerikanischen Recht des Unternehmenskaufs stammende Institute der **Due-Diligence-Untersuchung**, des **closing**, der **legal opinion** oder des **disclosure letter**, bei uns zunächst unbekannt und fanden Eingang in das kontinentale Recht des Unternehmenskaufs erst unter dem Einfluss der US-amerikanischen Kautelarpraxis. Es bedarf keiner Betonung, dass es von erheblicher Bedeutung ist, mit der fremden Rechts- und Vertragskultur und mit den fremden Rechtsinstituten vertraut zu sein, um in den Vertragsverhandlungen und bei der Ausarbeitung und dem Abschluss des Vertrages angemessen zu agieren. Insoweit besteht erheblicher Nachholbedarf, denn

<sup>265</sup> Vgl. Lucks/Meckl, a.a.O., S. 252, 253 ff.

<sup>266</sup> Vgl. Lucks/Meckl, a.a.O., S. 252, 253 ff.

weder in der Praxis noch in der Praktikerliteratur wird den Besonderheiten des internationalen Unternehmenskaufs die erforderliche Aufmerksamkeit geschenkt.

Zuvor bedarf es einer begrifflichen Klarstellung: Unter einem internationalen Unternehmenskauf soll hier nicht jeder Unternehmenskauf verstanden werden, der in irgendeinem Punkt Auslandsbezug aufweist. Vielmehr soll es hier grundsätzlich nur um solche Unternehmenskäufe gehen, bei denen der Sachverhalt **Auslandsbezug** in mindestens einem jener Punkte aufweist, auf die es für die kollisionsrechtliche Anknüpfung ankommt. Der hier allein relevante Auslandsbezug wird sich also im Wesentlichen daraus ergeben, dass die Beteiligten national unterschiedlich zuzuordnen sind, etwa Sitz oder Niederlassung des Unternehmens, welches den Kaufgegenstand bildet, seiner Organe und Anteilseigner oder der Vertragsparteien des Kaufvertrags. Der Auslandsbezug kann sich ferner daraus ergeben, dass verschiedene Märkte (etwa Börsen) berührt werden oder dass Handlungsplätze planmäßig oder zufällig ins Ausland verlegt werden.

## II. Gestaltungsformen des internationalen Unternehmenskaufes

Der internationale Unternehmenskauf ist, wie auch der nationale<sup>267</sup>, grundsätzlich auf zwei Wegen möglich. Zum einen kann der Rechtsträger des Unternehmens verkauft werden, und zwar je nach Rechtsform durch **Veräußerung der Anteile** (etwa bei AG oder GmbH) bzw. der Beteiligungen (bei Personengesellschaften). Ist Rechtsträger z.B. eine GmbH, wird das Unternehmen im Wege der Veräußerung aller Geschäftsanteile an der GmbH verkauft (Anteilkauf). Der zur Beherrschung einer Kapitalgesellschaft notwendige Anteil wird durch die gesetzlichen Mehrheitserfordernisse bei den wichtigsten Beschlussgegenständen der Gesellschafterversammlung bestimmt. Ob also beim internationalen Unternehmenskauf der Beteiligungserwerb bei der Kapitalgesellschaft zum Unternehmenserwerb führt, hängt vom maßgeblichen materiellen Recht ab.

---

<sup>267</sup> Zu den Gestaltungsformen nach materiellem deutschen Recht etwa Beisel/Klumpp, a.a.O., Rz. 133 ff.; Hölters, a.a.O., Teil I Rn. 20 ff.; Holzapfel/Pöllath, a.a.O., Rn. 131 ff.

Zum anderen kann das Unternehmen als solches verkauft werden, nämlich durch bloße **Veräußerung aller Wirtschaftsgüter** des Unternehmens, also ohne seinen Rechtsträger (Verkauf der Aktiva und Passiva bzw. bloßer Verkauf aller Aktiva).

Inzwischen hat sich national wie international die anglo-amerikanische Terminologie durchgesetzt, in der man den Beteiligungskauf als **Share deal** und den Verkauf aller Wirtschaftsgüter des Unternehmens als **Asset Deal** bezeichnet<sup>268</sup>. Diese Dichotomie des Unternehmenskaufs ist weltweit einer großen Zahl von Rechtsordnungen eigen.

Asset und Share Deal können auch im Wege der Kombination **gekoppelt** werden. Während im nationalen Kontext eine bekannte Akquisitionstechnik in der sog. Buchwertaufstockung besteht (Share Deal mit nachfolgendem internen Asset Deal, auch step up genannt<sup>269</sup>), mag im internationalen Zusammenhag etwa der Verkauf eines Unternehmens(-teils) durch eine deutsche GmbH an eine englische limited company vorbereitet werden durch Ausgründung (im Wege der Sacheinlage bzw. der Veräußerung) des betreffenden Betriebs(-teils) in eine neue Gesellschaft und anschließende Übertragung der Beteiligung der GmbH an der neuen Gesellschaft auf die limited company<sup>270</sup>.

Welche Methode in der Praxis bevorzugt wird und ob insbesondere die Verwendung einer Zwischenholding vorteilhaft ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls und regelmäßig ganz wesentlich von **steuerlichen Erwägungen** ab. Entscheidend wird oftmals sein, welches die zweckmäßigste Struktur ist, um langfristig ein Maximum an versteuertem Gewinn bei dem zu erwerbenden Unternehmen oder beim Käufer zu erzielen oder um eine Abschreibung des Investments zu erreichen<sup>271</sup>.

Beim Kauf eines ausländischen Unternehmens können für die Wahl zwischen der Übernahme im Wege des Share Deal und im Wege des Asset Deal in **steuerlicher Sicht** unter anderem folgende Fragen bedeutsam, sein:

<sup>268</sup> K. Schmidt, Handelsrecht, S. 145 f.

<sup>269</sup> Vgl. Eilers, WiB 1995, S. 449.

<sup>270</sup> Beispiel nach Rädler/Pöllath, a.a.O., S. 261.

<sup>271</sup> Vgl. Holzapfel/Pöllath, a.a.O., Rn. 137; Rädler/Pöllath, a.a.O., S. 303 ff.

- *Welche laufenden Steuern fallen bei der gewählten Struktur im Fall der Belastung der Gewinne im Ausland und im Fall der Übertragung ins Inland an?*
- *Sind bei der gewählten Gestaltung Finanzierungskosten für den Erwerb des ausländischen Unternehmens möglichst vom Gewinn vor Steuern abzugsfähig?*
- *Sind die Verluste des ausländischen Unternehmens im Ausland und (oder) im Inland steuerlich abzugsfähig?*
- *Wie werden bei der gewählten Struktur die laufenden Geschäftsbeziehungen zwischen dem ausländischen Unternehmen und dem inländischen Unternehmenserwerber steuerlich behandelt<sup>272</sup>?*

## **B. Bestimmung des Vertragstatus**

Ausgangspunkt für die Vertragsgestaltung im Bereich des internationalen Unternehmenskaufs ist die **Bestimmung des Rechts**, dem der Vertrag unterliegt. Denn diesem Recht sind für sämtliche im Vertrag nicht geregelten Punkte die maßgeblichen Bestimmungen zu entnehmen. Und die Praxis zeigt, dass Parteien auch bei großer Sorgfalt in der Phase der Vertragsformulierung oftmals Detailfragen unregelt lassen, sei es, weil der Bedarf an einer entsprechenden Vereinbarung unterschätzt oder schlicht übersehen wurde, sei es, weil eine Einigung nicht oder nur unter unverhältnismäßigen Aufwand möglich gewesen wäre.

Aber auch dann, wenn die Parteien ihren Vertrag durch ausführliche und möglichst lückenlose Regelungen vom anwendbaren Recht unabhängig machen wollen, sollte die Frage nach dem maßgeblichen Recht entgegen einer in der Vertragspraxis zu beobachtenden Neigung<sup>273</sup> nicht vernachlässigt werden. Denn nur anhand des maßgeblichen Rechts lässt sich hinreichend klar erkennen, inwieweit das Vertragsrecht **dispositiv** oder **zwingend** ist und welche Bestimmungen außerhalb des Vertragsrechts auf den Vertrag einwirken. Wer die Augen vor der Frage nach dem maßgeblichen Recht verschließt, läuft also Gefahr, dass die Gesamt-

<sup>272</sup> Näher dazu Rädler/Pöllath, a.a.O., S. 311 ff.

<sup>273</sup> Darauf verweist zutreffend Meyer-Sparenberg, WiB 1995, S. 849, 850.

kalkulation, die sich regelmäßig an einer Vielzahl von Vertragsklauseln orientiert, außer Kontrolle gerät.

Die Frage, welches nationale Privatrecht für einen bestimmten Unternehmenskauf maßgeblich ist, beantwortet sich nach den Bestimmungen des **Internationalen Privatrechts (IPR)**, wegen des durch diese Bestimmungen gelösten Problems der Kollision von Privatrechtsnormen auch Kollisionsrecht genannt. Allerdings handelt es sich bei den Normen des IPR (sog. Kollisionsnormen oder Kollisionsregeln) entgegen der leicht irreführenden Bezeichnung nicht um internationales bzw. supranationales Recht. Vielmehr kennt grundsätzlich jede nationale Privatrechtsordnung ihr eigenes IPR. IPR ist also nationales bzw. staatliches, von Land zu Land verschiedenes Recht. Im deutschen Recht findet sich das IPR - soweit gesetzlich geregelt - im Wesentlichen in den Vorschriften des Einführungsgesetzes zum BGB (EGBGB)<sup>274</sup>.

### **I. Maßgeblichkeit des allgemeinen IPR der Schuldverträge gem. Artt. 27 – 42 EGBGB**

Maßgebend für den internationalen Unternehmenskauf enthält das deutsche Internationale Privatrecht im EGBGB die Regelungen betreffend der vertraglichen Schuldverhältnisse in Artt. 27 – 42 EGBGB.

### **II. Rechtswahl**

Das in den Artt. 27 und 28 EGBGB niedergelegte internationale Schuldvertragsrecht gestattet den Vertragspartnern, auf den Kaufvertrag eine Rechtsordnung ihrer Wahl anzuwenden. In der Praxis grenzüberschreitender Unternehmens- und Anteilskäufe wird ganz überwiegend von dieser Möglichkeit einer **Rechtswahl** Gebrauch gemacht. Die Rechtswahl sollte dabei ausdrücklich und unmissverständlich erfolgen. Formulierungen, wonach z.B. der Vertrag nach einer bestimmten Rechtsordnung ausgelegt werden solle, sind nicht hinreichend klar<sup>275</sup>. Eine **Rechtswahl-Klausel**

<sup>274</sup> Merkt, in Festgabe Sandroock, S. 135.

<sup>275</sup> OLG München IPrax 1994, S. 319.

sollte daher an den Wortlaut des Art. 27 Abs. 1 S. 1 EGBGB angelehnt werden und könnte z.B. lauten: „*Dieser Vertrag einschließlich seiner Anlagen und aller zusätzlichen und künftigen Vereinbarungen der Parteien unterliegt ausschließlich dem deutschen Recht*“<sup>276</sup>.

Kommen die **Vertragspartner aus unterschiedlichen Staaten**, ist es oft schwierig, sich auf das anwendbare Recht zu einigen, da jede Partei bestrebt ist, ihr eigenes Recht durchzusetzen. Maßgeblich für die Rechtswahl sollten dann die Kriterien der **Sachnähe** und **Praktikabilität** sein. Oft wird es auch nahe liegen, das Recht desjenigen Staates zu wählen, in dem sich das zu veräußernde Unternehmen befindet. Etwas anderes kann etwa dann gelten, wenn ein deutsches Unternehmen eine ausländische Tochtergesellschaft an einen deutschen Vertragspartner veräußert; in diesem Fall werden die Vertragspartner regelmäßig das deutsche Recht wählen. Nicht empfehlenswert ist es in der Regel, als Kompromisslösung das **Recht eines Drittstaates** zu wählen. Geschieht dies dennoch, so werden meist sog. **Versteinerungsklauseln (sog. Freezing the Law)** vereinbart, um das Risiko einer späteren Rechtsänderung auszuschließen. Es wird dann dasjenige Recht des Drittstaates gewählt, das zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages galt.

Nach Art. 27 Abs. 1 S. 3 EGBGB können die Parteien die Rechtswahl für den ganzen Vertrag oder auch nur für einen **Teil des Vertrages** treffen. Oftmals ist eine **teilweise Rechtswahl** nicht empfehlenswert, da Abgrenzungsprobleme entstehen können und die Durchführung des gesamten Vertrages erschwert werden kann<sup>277</sup>. Eine derartige **teilweise Rechtswahl** kann aber z.B. dann sachdienlich sein, wenn ein in mehreren Staaten durch Tochtergesellschaften oder Niederlassungen tätiges Unternehmen veräußert wird und dann die Geltung des jeweiligen Landesrechtes vereinbart wird.

### **III. Mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht**

Soweit die Vertragspartner das aus dem Vertrag anzuwendende Recht nicht nach Art. 27 EGBGB vereinbart haben, unterliegt der Vertrag gem.

<sup>276</sup> Merkt, RIW 1995, S. 553.

<sup>277</sup> Vgl. dazu Meyer-Sparenberg, WiB 1995, S. 849, 851.

Art. 28 Abs. 1 S. 1 EGBGB dem Recht desjenigen Staates, mit dem er die **engsten Verbindungen** aufweist. Lässt sich jedoch ein Teil des Vertrages von dem Rest des Vertrages trennen und weist dieser Teil eine engere Verbindung mit einem anderen Staat auf, so kann gem. Art. 28 Abs. 1 S. 2 EGBGB auf ihn ausnahmsweise das Recht dieses anderen Staates angewandt werden. Gemäß Art. 28 Abs. 2 EGBGB wird vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die **charakteristische Leistung** zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder, wenn es sich um eine Gesellschaft, einen Verein oder eine juristische Person handelt, ihre **Hauptverwaltung** hat. Ist der Vertrag jedoch in Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Partei geschlossen worden, so wird vermutet, dass er die engsten Verbindungen zu demjenigen Staat aufweist, in dem sich deren Hauptniederlassung befindet oder wenn die Leistung nach dem Vertrag von einer anderen als der Hauptniederlassung zu erbringen ist, in demjenigen Staat, in dem sich die andere Niederlassung befindet. Die Regelung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB ist nicht anzuwenden, wenn sich die charakteristische Leistung nicht bestimmen lässt.

#### **IV. Verweisung auf das Sachenrecht gem. Artt. 43 - 49 EGBGB**

Der Unternehmenskauf im Wege des Asset Deal umfasst üblicherweise, sofern nichts anderes bestimmt ist, den Verkauf aller in dem Unternehmen zusammengefassten, ihm dienenden und im Eigentum seines Trägers stehenden Sachen (z.B. Grundstücke) Die Veräußerung führt zur Trennung des bisherigen Rechtsträgers vom Unternehmen. Hier erfolgt die Übertragung im Wege der **Einzelrechtsnachfolge** nach den jeweils für die Bestandteile (Wirtschaftsgüter) des Unternehmen maßgeblichen Vorschriften, d.h. Immobilien werden entsprechend den grundstücksrechtlichen Vorschriften veräußert. Eine Verweisung auf das Sachenrecht ist somit gegeben.

Gemäß Art. 43 Abs. 1 EGBGB unterliegen **Rechte an Sachen** dem Recht desjenigen Staates, in dem sich die Sache befindet. Gelangt eine Sache, an der Rechte begründet sind, in einen anderen Staat, so können diese Rechte gem. Art. 43 Abs. 2 EGBGB nicht im Widerspruch zu der

Rechtsordnung dieses Staates ausgeübt werden. Ist ein Recht an einer Sache, die in das Inland gelangt, nicht schon vorher erworben worden, so sind gem. Art. 43 Abs. 3 EGBGB für einen solchen Erwerb im Inland Vorgänge in einem anderen Staat wie inländische zu berücksichtigen.

Besteht mit einem Recht eines Staates eine **wesentliche engere Verbindung** als mit dem Recht, das nach den Artt. 43 - 45 EGBGB maßgebend wäre, so ist gem. Art. 46 EGBGB jenes Recht anzuwenden.

Im Gegensatz zum Schuldstatut ist eine **Rechtswahl für Verfügungsgeschäfte nicht möglich**.

### C. Form und Zustandekommen des Unternehmenskaufvertrages

#### I. Form

Im Zusammenhang mit Unternehmenskaufverträgen stellt sich in aller Regel sowohl für das Verpflichtungs- als auch für das Verfügungsgeschäft (Abtretung der Anteile, Übereignung der Wirtschaftsgüter) die Frage nach der **Form des Rechtsgeschäfts**. Die kollisionsrechtliche Behandlung dieses Fragenkomplexes in Rechtsprechung und Literatur leidet allerdings daran, dass vielfach schlechthin von der Form „gesellschaftsrechtlicher Vorgänge“ gesprochen wird. Dabei wird nicht hinreichend zwischen dem Kauf und der Erfüllung einerseits und anderen gesellschaftsrechtlichen Rechtsgeschäften von tendenziell größerer gesellschaftsrechtlicher Tragweite wie z.B. Gesellschaftsgründung, Gesellschafterbeschlüssen, Unternehmensverträgen, Umwandlungen differenziert. Die sachliche Berechtigung einer solchen Differenzierung kann heute nicht mehr ernsthaft in Frage gestellt werden<sup>278</sup>.

<sup>278</sup>

MünchKomm-Kindler, BGB, IntGesR, Rn. 422 f.

## 1. Share Deal

Die Form des Share Deal richtet sich - wie auch die Form sonstiger Rechtsgeschäfte - nach dem **Formstatut**<sup>279</sup>. Diese bestimmt sich grundsätzlich nach der allgemeinen Vorschrift in Art. 11 EGBGB. Danach unterliegt die Form eines Vertrages entweder dem **Geschäftsrecht** (Geschäftsform, Wirkungsstatut) oder dem **Ortsrecht** (Ortsform, Ortsstatut) gem. Art. 11 Abs. 1 S. 1 EGBGB. Dabei ist unter Wirkungsstatut jenes Recht zu verstehen, das über die materielle Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts entscheidet. Beim Share Deal ist Wirkungsstatut i.S.v. Art. 11 Abs. 1 S. 1 EGBGB nach wohl herrschender Meinung das nach Artt. 27 ff. EGBGB ermittelte Vertrags- bzw. Schuldstatut des Share Deal<sup>280</sup>.

Handelt es sich hingegen um einen **Distanzvertrag**, bei dessen Abschluss sich die Parteien in verschiedenen Staaten befinden, ist Ortsform i.S.v. Art. 11 Abs. 1 S. 1 EGBGB das Recht eines jeden Staates, in dem sich einer der Vertragsschließenden aufhält (Art. 11 Abs. 2 EGBGB).

Art. 11 EGBGB eröffnet also eine **Alternative**: Ist der Share Deal nach dem Vertragsschluss formell unwirksam, dann bleibt zu klären, ob er wenigstens nach dem Ortsstatut formgültig ist. Umgekehrt ist Formunwirksamkeit nach dem Ortsrecht unschädlich, wenn der Formschrift des Wirkungsstatuts entsprochen wurde. Wirkungsstatut und Ortsstatut gelten gleichberechtigt nebeneinander<sup>281</sup>.

## 2. Asset Deal

Auch beim Asset Deal unterliegt die Form des Vertrags grundsätzlich dem nach Art. 11 EGBGB zu bestimmenden Formstatut. Hier ist wiederum speziell für die Form des Verpflichtungsgeschäfts im Wege der **Teilrechts-**

<sup>279</sup> Zur Form der Übertragung von Anteilen an Gesellschaften bei Fällen mit Auslandsbezug Merkt, ZIP 1994, S. 1417.

<sup>280</sup> Siehe z.B. Palandt/Heldrich, Art. 11 EGBGB, Rn. 5.

<sup>281</sup> Erman/Hohloch, Art. 11 EGBGB, Rn. 8.

**wahl** die Berufung eines Rechts zulässig, das für das Rechtsgeschäft im Unterschied zum Vertragsstatut keine oder eine einfachere Form verlangt<sup>282</sup>.

Zu beachten ist dass manche Rechtsordnungen bestimmte Arten des Verpflichtungsgeschäfts im Zusammenhang mit dem Asset Deal **besonderen Formanforderungen** unterwerfen. So ist bekanntlich nach deutschem Recht die Verpflichtung zur Übertragung eines Grundstücks (§ 311 b BGB) beurkundungspflichtig.

Ist deutsches Recht lediglich Wirkungs- oder Ortsstatut, dann kommt es darauf an, ob das betreffende **auswärtige Statut** einen formlosen Vertragsschluss gestattet. Durch Wahl des Wirkungsstatuts bzw. Ortes für den Vertragsschluss kann allerdings auch hier die strengere deutsche Form für das Verpflichtungsgeschäft wirksam vermieden werden.

Auch für das Verfügungsgeschäft wird das Formstatut grundsätzlich nach Art. 11 EGBGB bestimmt. Allerdings ist die Auflassung deutscher Grundstücke nach herrschender Ansicht nur von **deutschen** Notaren möglich<sup>283</sup>. Selbst gleichwertige auswärtige Beurkundung hilft nicht. Jedoch sind nach § 12 Abs. 1 KonsG deutsche Konsularbeamte im Ausland befugt, Auflassungserklärungen entgegenzunehmen.

## II. Zustandekommen

### 1. Vorverträge, Rahmenverträge, Letter of Intent

In aller Regel gehen dem eigentlichen Unternehmenskaufvertrag vorbereitende Schritte voraus, die rechtlich von sehr unterschiedlicher Qualität sein können. So können Verhandlungsergebnisse niedergelegt werden, die keine vertragliche Bindung auslösen sollen, oder es kann ein **Letter of Intent** ausgestellt werden, der bezweckt, **Vertrauen** des Vertragspartners zu bekräftigen. Wengleich solche Vereinbarungen in aller Regel keine Bindung für die Eingehung späterer Verträge entfalten sollen, können sie zu Nebenpflichten etwa in Bezug auf die Vertraulichkeit führen.

<sup>282</sup> BGHZ 57, S. 337; Palandt/Heldrich, Art. 11 EGBGB, Rn. 2; MünchKomm-Spellenberg, Art. 11 EGBGB, Rn. 31.

<sup>283</sup> KG NJW-RR 1986, S. 1462 = DSfZ 1987, S. 44 m.w.Nachw.; Holzapfel/Pöllath, a.a.O., Rn. 914.

Ferner kommen als **vorbereitende Maßnahme** eine Option, ein Vorkaufsrecht, ein Vorvertrag, ein Rahmenvertrag (mother agreement) oder eine Vereinbarung über Geheimhaltung oder Nichtverhandlung mit Dritten in Betracht<sup>284</sup>.

Für die Bestimmung des Rechts, dem solche vorvertragliche Vereinbarungen unterliegen, muss zunächst geprüft werden, ob die Vereinbarungen im engen sachlichen **Zusammenhang** mit dem Hauptvertrag stehen, dessen Abschluss vorbereitet wird. Fehlt ein solcher Zusammenhang, etwa weil die in den Vereinbarungen niedergelegten Verpflichtungen wesentlich von dem Hauptvertrag abweichen oder weil ein engerer Zusammenhang zu anderen Verträgen derselben Partei besteht, dann ist das maßgebende Recht für die vorvertraglichen Vereinbarungen **gesondert** zu bestimmen. Es gelten in diesem Fall die allgemeinen Grundsätze der Artt. 27 ff. EGBGB über die Bestimmung des Schuldstatuts und insbesondere der Grundsatz, dass die Parteien das maßgebliche Recht - isoliert vom beabsichtigten Hauptvertrag - wählen können<sup>285</sup>, wobei geprüft werden sollte, ob eine solche Rechtsspaltung zwischen Vor- und Hauptvertrag sinnvoll ist. Bei der Bestimmung der **charakteristischen Leistung** können sich möglicherweise Schwierigkeiten ergeben, wenn auf beiden Seiten Verpflichtungen eingegangen werden, die sich nicht auf die Leistung von Geld beziehen. Hier erscheint es unangemessen, die Grundsätze über die Anknüpfung von Tauschgeschäften heranzuziehen. Sachgerecht dürfte es sein, auf die charakteristische Leistung des **Hauptvertrags** vorzugreifen

Regelmäßig werden aber die vorvertraglichen Vereinbarungen wegen der **sachlichen Nähe** zum beabsichtigten Hauptvertrag genauso angeknüpft wie dieser<sup>286</sup>. Entsprechend wird man Einzelverträge, die zur Ausfüllung eines Rahmenvertrages abgeschlossen werden, im Interesse einer einheitlichen Anknüpfung dem Statut des Rahmenvertrags unterwerfen.

---

<sup>284</sup> Münchener Vertragshandbuch-Günther, Anm. 116 ff.

<sup>285</sup> Lutter, Letter of Intent, S. 117.

<sup>286</sup> Merkt, RIW 1995, S. 533, 537.

## 2. Due Diligence beim internationalen Unternehmenskauf

Aufklärungs-, Offenlegungs- und Informationspflichten spielen eine wesentliche Rolle im Rahmen der sog. Due Diligence, d.h. der kaufvorbereitenden Überprüfung des Unternehmens durch den Käufer oder Dritte. Dabei versucht der Kaufinteressent im vorvertraglichen Stadium möglichst **umfassende Informationen** über die Gesellschaft und insbesondere über verborgene Risiken und Belastungen zu gewinnen, um die Vermögens- und Ertragslage des Unternehmens zutreffen einschätzen zu können. Insoweit geht es also regelmäßig um **Aufklärungspflichten**, die in der Phase der Vertragsanbahnung zu erfüllen sind<sup>287</sup>.

Aufklärungs-, Offenlegungs- und Informationspflichten beim **Asset Deal** unterliegen grundsätzlich dem **Schuldstatut** des Unternehmenskaufvertrags, sofern es nicht um vorvertragliche Pflichten geht, die zusammen mit dem Vorvertrag gesondertem Recht folgen<sup>288</sup>.

Problematischer ist die Anknüpfung von Aufklärungs-, Offenlegungs- und Informationspflichten beim **Share Deal**, weil es hier zum einen um **allgemeine Aufklärungspflichten** einander sonst fremder Kaufvertragsparteien geht, die dem Kauf- bzw. Schuldrecht (Haftung wegen Verletzung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses gem. §§ 280, 311 Abs. 2 BGB) entspringen<sup>289</sup>, andererseits um **besondere Aufklärungspflichten**, denen in erster Linie Geschäftsführer und Gesellschafter gegenüber den verkaufenden (Mit-) Gesellschaftern unterliegen. Es handelt sich also sowohl um allgemein kaufrechtliche als auch um spezifisch gesellschaftsrechtliche Aufklärungspflichten.

Die Due Diligence, d.h. die vorbereitende Prüfung des Kaufobjekts beim Unternehmenskauf, ist heute **fester Bestandteil** der alltäglichen Arbeit von Unternehmensjuristen und unternehmensberatenden Anwälten. Andererseits ist die rechtliche Bedeutung der Due Diligence und der mit ihr verbundenen Offenlegung für die Kenntnis des Käufers sowie die

<sup>287</sup> Zu den Pflichten, deren Verletzung Ansprüche wegen Verletzung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses (§§ 280, 311 Abs. 2 BGB) auszulösen vermag: Holzapfel/Pöllath, a.a.O., Rn. 426 ff.

<sup>288</sup> Merkt; RIW 1995, S. 533, 537.

<sup>289</sup> Zu den Aufklärungspflichten des Verkäufers beim Rechtskauf: Holzapfel/Pöllath, a.a.O., Rn. 428.

Gewährleistung und Verkäuferhaftung sowohl unter Fachjuristen als auch namentliche in der Rechtsprechung noch weitestgehend ungeklärt<sup>290</sup>.

Eine mögliche Ursache dafür könnte sein, dass **gerichtliche Auseinandersetzungen** mit Unternehmenskäufen allgemein und mit der Due Diligence speziell praktisch selten vorkommen und das spätere Streitigkeiten in erster Linie außergerichtlich, etwa durch vertrauliche Schlichtungsmaßnahmen, oder doch vor Schiedsgerichten beigelegt werden<sup>291</sup>.

Es wäre aber fahrlässig, deshalb die rechtliche Dimension der Due Diligence zu vernachlässigen. Vielmehr muss wegen der überragenden **praktischen Bedeutung** der Due Diligence ihre kauf- und haftungsrechtliche Relevanz bereits im kautelarischen Rahmen erfasst werden.

#### **a. Due diligence als den Kauf vorbereitende Prüfung**

Thematisch orientiert sich die Praxis regelmäßig an sog. Due Diligence-Listen (**Checklisten**), die in standardisierter Form alle wesentlichen Prüfungspunkte sowie alle Dokumente und Unterlagen enthalten, die von der Verkäuferseite bzw. der Geschäftsleitung des Kaufobjekts vorzulegen sind. Diese Listen sind angesichts der Komplexität des Unternehmenskaufs naturgemäß sehr umfangreich<sup>292</sup>. Der anschließend erstellte Due Diligence-Bericht verschafft dem Erwerber einen Überblick über die gewonnenen Erkenntnisse<sup>293</sup>.

<sup>290</sup> Siehe dazu Merkt, BB 1995, S. 1041; Berens/Strauch, Wpg, 2002, S. 511.

<sup>291</sup> Vgl. Wegen, WiB 1994, S. 291.

<sup>292</sup> Beispiele auch bei Harrer, DStR 1993, S. 1673 (45 Punkte); Holzapfel/Pöllath, a.a.O., Rn. 503 ff. (77 Punkte); Wegen, WiB 1994, S. 291 (100 Punkte mit zahlreichen Unterpunkten).

<sup>293</sup> Harrer, DStR 1993, S. 1675.

Die Due Diligence hat mehrere **Funktionen**<sup>294</sup>:

- *Die erste Funktion besteht darin, herauszufinden, ob das Kaufobjekt tatsächlich den Vorstellungen des Kaufinteressenten entspricht. Insoweit handelt es sich um eine Maßnahme der Informationsbeschaffung.*
- *Die zweite Funktion liegt darin, den Wert des Kaufobjekts und damit den Kaufpreis zu ermitteln.*
- *Die dritte Funktion besteht darin, jene Fragen und Fragenkomplexe zu ermitteln, in denen der Erwerber vertragliche Garantien verlangen muss, namentlich weil die Due Diligence nicht zu hinreichender Klarheit und damit nicht zu einer zuverlässigen Einschätzung der Käuferrisiken geführt hat. Grundsätzlich besteht also ein Zusammenhang bzw. eine Wechselwirkung zwischen der Due Diligence einerseits und den Gewährleistungen bzw. den Verkäufergarantien andererseits. Allerdings sind Gewährleistungen und Garantien regelmäßig zeitlich und betragsmäßig begrenzt. Die Due Diligence soll auch dazu dienen, die darüber hinausreichenden Risiken erkennbar und kalkulierbar zu machen.*
- *Die vierte Funktion liegt darin, das Offenlegungsverfahren aus Beweisgründen und zur Vermeidung von späteren Auseinandersetzungen zu formalisieren und zu dokumentieren.*

## **b. Due Diligence und Haftung**

Bekanntlich trifft den Käufer nach deutschem Kaufrecht grundsätzlich **keine Prüfungspflicht**. Dieses ergibt sich aus den kaufrechtlichen Gewährleistungsregelungen. Die Gewährleistung hängt nicht davon ab, dass der Käufer das Kaufobjekt vor Vertragsschluss geprüft hat. Insoweit trifft den Käufer nicht einmal der Einwand des Mitverschuldens, denn § 254 BGB findet im Bereich der kaufrechtlichen Gewährleistung keine Anwendung<sup>295</sup>.

<sup>294</sup> Vgl. hierzu auch Fleischer/Körber, BB 2001, S. 841.

<sup>295</sup> BGH NJW 1978, S. 2240; Werner, ZIP 2000, S. 989, 990.

## **D. Steuerrechtliche Einzelfragen zum internationalen Unternehmenskauf**

### **I. Steuerhaftung**

Für den internationalen Unternehmenskauf bedeutsam ist hier zunächst, dass das **Steuerrecht** zum **öffentlichen Recht** zählt und dass insoweit nicht die Grundsätze des internationalen Privatrechts, sondern des **internationalen Steuerrechts** als ein Teil des **internationalen öffentlichen Rechts** gelten. Im internationalen öffentlichen Recht herrscht der Territorialgrundsatz. Hoheitliche Eingriffe in private Rechte sind nur in den Grenzen der Staatsgewalt, d.h. innerhalb des Staatsgebietes zulässig. Nationales Steuerrecht regelt also grundsätzlich nur inländische Sachverhalte. Demgemäß gilt die deutsche AO ausschließlich für Rechtsakte im Geltungsbereich des Grundgesetzes<sup>296</sup>.

Eine Steuerhaftung gem. § 75 Abs. 1 AO trifft den Erwerber mithin lediglich, wenn das Unternehmen oder der Betrieb im **Inland** übereignet wird. Wird ein Unternehmen oder ein Betrieb zum Teil im Inland, zum Teil im Ausland übereignet, dann trifft den Erwerber eine Steuerhaftung konsequenterweise nur pro rata in Bezug auf das im Inland übereignete Vermögen.

### **II. Representation and Warranties**

#### **- Besonderheiten bei Steuerklauseln -**

Rechtliche Besonderheiten, die sich gerade aus dem internationalen Charakter eines Unternehmenskaufs ergeben, sind bei den auf steuerliche Fragen bezogenen Gewährleistungsaussagen wiederum nicht erkennbar. Umso größer ist aber hier die Notwendigkeit der kulturellen Vermittlung, denn auf kaum einem Rechtsgebiet ist der Erfindungsreichtum der Juristen und damit die Vielfalt der Erscheinungsformen größer als auf dem des Steuerrechts; entsprechend groß ist die Gefahr, aus Unkenntnis dieser Unterschiede Fehler zu machen.

<sup>296</sup>

Klein/Orlopp, AO, § 1 Anm. 8; Tipke/Kruse, AO, § 1 Rn. 2.

Eine Besonderheit nicht so sehr des deutschen Steuer-, sondern des **Steuerverfahrensrecht** ist das System der oft erst nach vielen Jahren stattfindenden steuerlichen Außenprüfung und der Steuerfestsetzung unter Vorbehalt - beides mit der Folge, dass Steuernachforderungen noch viele Jahre später erhoben werden können. Wiederum ist es für den deutschen Berater eine Selbstverständlichkeit, für den möglicherweise ausländischen Erstautor eines Vertragsentwurfs aber nicht, dass dieser Umstand bei der **Verjährungsklausel** berücksichtigt werden muss: Während für andere Gewährleistungsaussagen eine Frist von zwei oder drei Jahren ausreichend sein mag, gilt dies für steuerliche Zusicherungen nicht. Hier wird man in der Regel auf einen - dann allerdings recht kurzen, z.B. sechs Monate betragenden - Zeitraum abstellen, der frühestens mit der entgeltigen Steuerfestsetzung aufgrund steuerlicher Außenprüfung bzw. des daran anschließenden Finanzgerichtsverfahren beginnt.

Dass in diesem Zusammenhang beiderseitige **Mitwirkungs- und Auskunftspflichten**, aber auch **-rechte** vereinbart werden sollten, ist keine Besonderheit des internationalen Unternehmenskaufs; indes wird man gerade seitens amerikanischer Käufer immer wieder mit der Vorstellung konfrontiert, für Steuererklärungen, Steuerfestsetzungen und gegebenenfalls deren Anfechtung, soweit sie sich auf Zeiträume vor dem Unternehmenskauf beziehen, bleibe der Verkäufer verantwortliche, und zwar nicht nur in dem Sinne, dass er für etwaige daraus resultierende Schäden aufzukommen habe, sondern auch rein technisch in der Weise, dass er die entsprechenden **Verfahrensschritte** einzuleiten und zu führen habe. Je nach Struktur des Kaufes ist dies natürlich keineswegs der Fall, etwa wenn ein Share Deal stattfindet, bei dem selbstverständlich die Gesellschaft vor wie nach dem Übernahmestichtag für die Erledigung ihrer steuerlichen Angelegenheiten verantwortlich ist, nicht hingegen ihr (früherer oder jetziger) Gesellschafter. Hier sollte durch entsprechende **Formulierungen** klargestellt werden, dass den **Verkäufer** nur eine **Auskunfts- und Mitwirkungspflicht** - **notfalls** auch eine **Haftpflicht** - trifft, dass die **Verantwortung** für Maßnahmen gegenüber den Finanzbehörden aber bei der **Gesellschaft (oder den neuen Gesellschaftern)** liegt.

Schließlich sollte auch bei **Steuerklauseln** darauf geachtet werden, dass in der „Endabrechnung“ über die Haftung des Käufers positive wie negative Aspekte miteinander verrechnet werden können; mehr Steuern in einem Bereich sollten ohne weiteres gegen Steuererstattungen in einem anderen verrechenbar sein. Auch ist darauf zu achten, dass Änderungen der Steuerfestsetzung häufig nur in einer **Phasenverschiebung** bestehen, so etwa bei der Erstreckung von Abschreibungen über einen längeren Zeitraum; hier wäre es unangemessen, die in einem bestimmten Jahr dadurch anfallenden Mehrsteuern insgesamt als Schaden anzusehen, den der Verkäufer zu ersetzen hat. Schaden ist vielmehr in erster Linie der Zinseffekt, der sich aus der langsameren Abschreibung ergibt. Zusätzliche Berechnungsprobleme entstehen allerdings dann, wenn sich die Steuersätze während des maßgeblichen Zeitraums ändern. Dieselbe Problematik ergibt sich, wenn das Bestehen steuerlich anerkannter **Verlustvorträge** zugesagt wird.

**E. Musterverträge zum Asset Deal und Share Deal beim Internationalen Unternehmenskauf (Anhang)**

**Teil IV. Ausblick und Vorstellung eines Konzeptes zur  
Ergänzung des Kaufrechts und der Informations-  
pflichten der Parteien beim Unternehmenskauf mit  
integrierter Steuerplanung**

**A. Vorschlag zur Gesetzesänderung bzgl. eines Unternehmens-  
kaufes**

Wie im Laufe der Bearbeitung dargelegt, enthält das BGB nur unzureichend Regelungen bzgl. eines Unternehmenskaufes. Fällt der Unternehmenskauf unter § 433 ff. BGB bzw. § 453 BGB, so werden die Informations- und Mitwirkungspflichten der Verhandlungsparteien über das Rechtsinstitut der c.i.c gem. §§ 241 Abs. 2 und § 311 Abs. 2 BGB hergeleitet. Das bedeutet gerade in diesem Falle Rechtsunsicherheit, da es sich bei c.i.c. um Rechtsfortbildung (Richterrecht) handelt und damit verbunden eine fehlende Kodifizierung. Um diesen Misstand zu beseitigen, sollen die angesprochenen §§ 241 und 433 BGB so geändert werden, dass sie explizit den Unternehmenskauf beinhalten.

**Der § 241 Abs. 2 BGB in aktueller Fassung lautet:**

*„Das Schuldverhältnis kann sich nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten“.*

Um gerade den vorvertraglichen Pflichten der Verhandlungspartner gerecht zu werden bietet sich ein **neuer dritter Absatz** an, der folgendermaßen lauten könnte:

*„Unter Interessen des jeweiligen anderen Teils sind bei einem Unternehmenskauf die Verhaltenspflichten zu verstehen. So betreffen den Unternehmensverkäufer im besonderen Informations- und Aufklärungspflichten, den Unternehmenskäufer zusätzlich der zuvor benannten Pflichten noch eine Diskretionspflicht und ein Abwerbungsverbot“.*

Auch beim Kaufrecht - hier speziell der § 433 BGB - müssen Veränderungen vorgenommen werden, um den Problemen des Unternehmenskaufes gerecht zu werden.

**Die aktuelle Fassung des § 433 Abs. 1 BGB lautet:**

*„Durch den Kaufvertrag, wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängel zu verschaffen“.*

Da § 241 BGB mit dem § 433 BGB korrespondieren soll, wird daher der Absatz 1 um einen dritten Satz ergänzt. Die neue Fassung des § 433 Abs. 1 BGB lautet dann:

*„Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. **Bei einem Unternehmenskaufvertrag treffen den Verkäufer die in § 241 Abs. 3 BGB benannten Pflichten**“.*

**Die aktuelle Fassung des § 433 Abs. 2 BGB lautet:**

*„Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen“.*

Auch hier wird ein neuer Satz hinzugefügt. Die neue Fassung des § 433 Abs. 2 BGB lautet dann:

*„Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen. **Handelt es sich dabei um einen Unternehmenskauf, so hat der Käufer die genannten Pflichten aus § 241 Abs. 3 BGB zu beachten.***

Durch diese sinnvolle Ergänzung beider Paragraphen, wird dem Ziel näher gekommen Rechtssicherheit für die Parteien beim Unternehmenskauf zu schaffen. Durch die Schuldrechtsreform 2002 wurde schon seitens des Gesetzgebers ein erster Schritt getan, insoweit, dass die Probleme des Gewährleistungsrechts beseitigt wurden. Ein weiterer Schritt zur Beseitigung der spezifischen Probleme beim Unternehmenskauf - durch eine ähnliche Gesetzeserweiterung wie gerade aufgezeigt - wäre wünschenswert.

## **B. Konzeption eines Unternehmenskaufvertrages**

In folgendem Schritt wird eine modellhaft vereinfachte Konzeption eines Unternehmenskaufvertrages vorgestellt, die u.a. verstärkt die Informationspflichten beider Verhandlungsparteien einget.

### **Teil 1: Parteien und Verfahren**

#### **§ 1**

##### **Parteien**

- a.) Parteien
- b.) Gesamtschuld?
- c.) „Dritte“ nicht berechtigt und nicht verpflichtet  
(ggf. Haftungsausschluß mit unmittelbar begünstigender Wirkung)
- d.) Mitschuld, Mithaftung, Bürgschaften, Patronatserklärungen
- e.) Sonstige Verbindlichkeiten oder Trennung von Vertragsteilen

#### **§ 2**

##### **Zustimmung**

- a.) Auf Seiten einer Partei (z.B. Aufsichtsrat)
- b.) Von Seiten Dritter (z.B. § 1365 BGB, zur Zustimmung Dritter, zur Überleitung von Verträgen usw. Siehe unten § 13)

#### **§ 3**

##### **Vorvereinbarung**

Aufhebung oder Aufrechterhaltung eines Vorvertrages, eines Letter of Intent usw.

**§ 4****Verfahren des Vertragsabschlusses und  
-vollzugs im Grundsätzlichen**

- a.) Prüfung des Unternehmens vor Abschluss (pre-Acquisition Audit) (wer, was, wie Mitwirkung des Veräußerers und seiner Angestellten und Berater, Kosten)
- b.) Closing?  
(was, wo, wann, Voraussetzungen für Verpflichtungen, Rechtsfolgen, z.B. Erlöschen von Zusicherungen)
- c.) Besondere vorbereitende Maßnahmen  
(z.B. Ausgliederung eines Unternehmensteils in Gesellschaft, deren Anteile dann erst zu übertragen sind)
- d.) Rücktrittsrechte, Vollzugsverschiebung

**§ 5****Zeitpunkt des Wirksamwerdens und Vollzug  
(Rückwirkung, Vollzugaufschub)**

- a.) Zustimmungserfordernisse (Siehe oben § 2)
- b.) Wirksamwerden (z.B. kartellrechtliches Vollzugsverbot; Haftung gem. § 176 Abs. 2 HGB)
- c.) Stichtag für Übergang des Unternehmens, der Abrechnung, der Zusicherung
- d.) Zwischenzeitliche Regelungen  
(z.B. schon vor Übertragung Beginn einer gemeinsamen Entwicklungstätigkeit, Einarbeitung von Personal usw.; Regelung für den Fall, dass der Vertrag dann doch nicht zustande kommt)

**§ 6**

**Informationsfluss**

- a.) Vertraulichkeit
- b.) Information Betrieb
- c.) Information Öffentlichkeit
- d.) Vertragsstrafe

**Teil 2: Leistungen des Veräußerers**

**§ 7**

**Übertragung des Unternehmens/  
Verkauf und Übertragung der Gesellschaftsanteile**

**§ 8**

**Übertragung des Unternehmens in seinen Bestandteilen**

**§ 9**

**Überleitung von Verträgen  
zwischen Unternehmen und Dritten**

- a.) Einholungen von Zustimmungen Fall der Nichtzustimmung; vgl. oben § 2, § 5a)
- b.) Nichtausübung besonderer Kündigungsrechte und anderer Rechte Dritter
- c.) Übergang des Personals, Pensionsverpflichtungen usw., interne Aufteilung von Belastungen (insbesondere hinsichtlich § 613 a BGB).

## **§ 10**

### **Nebenrechte**

- a.) Gewinnanspruch aus laufendem Geschäftsjahr
- b.) Sonder- und Verrechnungskosten
- c.) Gesellschafterdarlehen u.ä.
- d.) Sonstige Nebenrechte

## **§ 11**

### **Mitwirkungspflicht**

- a.) Überleitung von Geschäftsbeziehungen
- b.) Beziehungen mit Mitarbeitern
- c.) Mitwirkung an späteren Rechtsstreitigkeiten, Betriebsprüfungen usw.
- d.) Sonstige Mitwirkungspflicht

## **§ 12**

### **Andere Verträge mit Veräußerer**

- a.) Verhältnis des Unternehmenskaufvertrages zu solchen anderen Verträgen, z.B. Verbindung/Trennung gegenüber Geschäftsführer- oder Beratervertrag mit Erwerber oder erworbenem Unternehmen
- b.) Sonstige Geschäftsbeziehungen

## **§ 13**

### **Wettbewerbsverbot**

- a.) Bereiche, d.h. wofür (sachlich und räumlich?)
- b.) Dauer
- c.) Vertragsstrafe

**§ 14**

**Rechte auf spätere Leistungen des Veräußerers**

Z.B. Option auf weitere Gesellschaftsanteile (entsprechende Geltung des jetzt abgeschlossenen Vertrages?)

**Teil 3: Gewährleistung des Veräußerers**

**§ 15**

**Zusicherungen und Garantien**

Beispielhafter Garantiekatalog

**§ 16**

**Besondere Zusicherungen**

(Z.B. bei Rückwirkung hinsichtlich Führung des Unternehmens seit Stichtag, Bonität der Forderungen)

**§ 17**

**Rechtsfolgen**

- a.) Schadensersatz, Minderung ab ... € im Einzelfall und ... € insgesamt-, ggf. anteilige Umlage auf erworbene Beteiligung
- b.) Ausschluss/Zahlung der Wandlung, des Rücktritts oder der Anfechtung
- c.) Zurückbehaltungsrecht, Aufrechnung und Verhältnis zur Gewährleistung

## **§ 18**

### **Verjährung**

- a.) Abbedingung von Rügepflichten
- b.) Ausschlussfristen
- c.) Abgestufte Regelung hinsichtlich Laufzeit der Verjährung je nach Anspruch

## **§ 19**

### **Ausschluss anderer oder weitergehender Haftung**

Ausschluss auch zugunsten verbundener Unternehmen usw. (siehe oben §1), auch aus anderen Rechtsgründen (z.B. Haftung aus Fehlverhalten vor Vertragsabschluss, aus Geschäftsführungsvertrag usw.)

## **§ 20**

### **Anspruch gegen Dritte**

Begründung oder Abtretung von Ansprüchen gegen Dritte, z.B. Wirtschaftsprüfer des Veräußerers

## **§ 21**

### **Rückbehalt mit Teil des Kaufpreises oder anderer Zahlungen**

- a.) Betrag
- b.) Art der Einbehaltung
- c.) Verzinsung
- d.) Besicherung

**Teil 4: Verbindlichkeiten des Unternehmens,  
sonstige Regelungen zur Zukunft**

**§ 22**

**Übernommene und nicht übernommene Verbindlichkeiten  
des Unternehmens**

(Zu Arbeitsverhältnissen und § 613 a BGB siehe auch oben § 13)

- a.) Spezifizierung der übernommenen und nicht übernommenen Verbindlichkeiten
- b.) Pensionsansprüche, Versorgungszusagen, Anwartschaften u.ä.

**§ 23**

**Rückgriff auf Veräußerer**

Freistellung des Veräußerers durch Erwerber oder umgekehrt

**§ 24**

**Rückbehalt eines Kaufpreisteils**

(Siehe auch oben § 21 und § 36)

**§ 25**

**Andere Forderungen und Verbindlichkeiten**

- a.) Abwicklung bestehender Gesellschafterdarlehen u.ä.
- b.) Ablösung von Besicherung durch Privatvermögen des Veräußerers für betriebliche Verbindlichkeiten oder umgekehrt von Besicherungen durch Betriebsvermögen für Privatschulden des Veräußerers

**§ 26****Weitere interne Regelungen für die Zukunft**

(Vor allem bei Gemeinschaftsunternehmen oder fortbestehenden starken Bindungen des Veräußerers)

- a.) Stellung des weiterarbeitenden Veräußerers im Unternehmen  
(Zugang zur Konzernspitze?)
- b.) Künftige Unternehmensfinanzierung, Mitwirkung an Gesellschafterdarlehen, Kapitalerhöhung usw.
- c.) Künftige Unternehmens- und Geschäftsplanung, Investitionen
- d.) Andere Verinbarungen  
(z.B. wer wird/bleibt Wirtschaftsprüfer, Hausbank, Werbeagentur des Unternehmens?)
- e.) Entscheidungsprozeduren (z.B. Gesellschafterversammlung)

**§ 27****Sonstige zukunftsbezogene Verträge**

(Mietverträge, Lieferverträge u.ä.)

**§ 28****Praktischer Vollzug der Übernahme**

(Überleitung von Personal, Auszug aus Geschäftsräumen beim Veräußerer o.ä.)

**§ 29****Mitwirkungsrechte und -pflichten des Veräußerers**

Pflichten (wie vorvertragliche Pflichten gem. § 241 II BGB):

- a.) Sicherungspflichten
- b.) Informationspflichten (Aufklärungspflichten)
- c.) Wahrheitspflicht
- d.) Sonstige Pflichten

**§ 30**

**Beim Veräußerer verbleibende Risiken**

(Ausklammerung von Risiko-Komplexen wie Prozesse, strittige Verbindlichkeiten)

**Teil 5: Verpflichtungen des Erwerbers**

**(Kaufpreis und Zahlung)**

**§ 31**

**Preis oder Preisformel**

- a.) Bei Bilanzausgleichs- oder ähnlicher Preisformregelung der Bilanzerstellung:  
(wer, wie, bis wann, Bewertungsregeln, vor allem Verweis auf Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführungen, Bilanzierungen und Abweichungen davon, Bilanzkontinuität)
- b.) Ggf. Aufteilung des Kaufpreises auf Einzelwirtschaftsgüter  
(Vermeidung der Aufdeckung eines Geschäftswerts)

**§ 32**

**Verhältnis zur Gewährleistung**

Vor allem bei erst noch zu bestimmenden oder variablen Kaufpreis (Feststellung der Kaufpreisbilanz, Auswirkung späterer Bilanzänderungen)

**§ 33**

**Besondere Gegenleistungen**

Aktientausch, Gewinnbeteiligung (Genussschein oder dergleichen)

**§ 34**

**Zahlung**

- a.) Fälligkeit, Konto usw.
- b.) Zurückbehaltungsrecht, Aufrechnung (siehe auch oben § 16)

**§ 35**

**Verzug**

- a.) Voraussetzungen
- b.) Folgen

**§ 36**

**Kaufpreisstundung**

- a.) Verzinsung
- b.) Besicherung

**§ 37**

**Verhältnis zu anderen Vergütungen**

Geschäftsführer, Berater, Wettbewerbsverbot

**§ 38**

**Abrechnung und Zahlungsverkehr**

Abrechnung aller Forderungen und Verbindlichkeiten aus Kaufpreisbilanz,  
Freistellung von Haftungen, Abführung vereinnahmter Forderungen usw.

**§ 39**

**Abtretbarkeit der Kaufpreisforderung**

## **Teil 6: Allgemeine Regelungen**

### **§ 40**

#### **Verschwiegenheit**

Auch Entbindung von Verschwiegenheitspflichten (z.B. Personal und Berater des Veräußerers und Dritte für Prüfung des Unternehmens nach Übernahme/post-Aquisition Audit), siehe auch oben § 6 Vertragsstrafe

### **§ 41**

#### **Ausschluss der Haftung von Konzerngesellschaften**

### **§ 42**

#### **Kartellrechtliche Anmeldung und Anzeige**

Anmeldung und Anzeige zum Bundeskartellamt und EG-Kommission;  
Angaben zu jeder Vertragsseite gemeinsam oder getrennt?  
Mitwirkungspflichten; ggf. Vollzusaufschub

### **§ 43**

#### **Vollmachten**

Bevollmächtigung für Vollzugshandlungen, z.B. Anzeige zum Bundeskartellamt oder Handelsregister

### **§ 44**

#### **Allgemeine Umsatzsteuerklausel**

- a.) Umsatzsteuer erhöht alle Beträge, jedenfalls soweit sie für die Gegenseite als Vorsteuer abzugsfähig ist; Anspruch auf Rechnung (§ 14 UStG)
- b.) Börsenumsatzsteuer
- c.) Grunderwerbsteuer

**§ 45**

**Sonstige Nebenkosten**

- a.) Notar
- b.) Handelsregister
- c.) Berater
- d.) Vermittlungsprovision
- e.) Sonstige

**§ 46**

**Gerichtstand, Schiedsgericht**

- a.) Einheitliche Regelung auch für alle daneben abgeschlossenen, abzuschließenden oder ohnehin bestehenden Verträge und Rechtsverhältnisse (problematisch z.B. Anstellungsverträge, Gesellschaftsverträge)
- b.) Gesonderte Urkunde erforderlich (§1027 ZPO)?

**§ 47**

**Nebenvereinbarungen**

Keine Nebenvereinbarungen, soweit nicht erwähnt

**§ 48**

**Schriftform, Adressen für Zustellungen**

Form für Ausübung von Wahlrechten

**§ 49**

**Teilbarkeit oder Unteilbarkeit bei Unwirksamkeit**

(Ggf. differenzieren)

**§ 50**

**Anwendbares Recht**

Deutsches Recht, deutsche Sprache, unter Umständen ausländisches Formstatut

**§ 51**

**Anlagen**

### **C. Vorschlag für eine steuerliche Gestaltungsmöglichkeit (Steuerplanung)**

Da das Kombinations-, das Mitunternehmer- und das Umwandlungsmodell seit dem StSenkG für die Gestaltung von M & A Transaktionen nicht mehr interessant sind, schlägt der Verfasser eine Möglichkeit zur Schaffung von Abschreibepotential für den Unternehmensveräußerer vor.

Hiernach entsteht durch eine „Realteilung“ einer Kapitalgesellschaft ein Gestaltungsmodell, mit dem ein körperschaftsteuerpflichtiger Veräußerungsgewinn vermieden wird.

Zur Erzielung eines steuerfreien Veräußerungsgewinns gründet der Erwerber eine Joint-Venture-Kapitalgesellschaft, die letztendlich nach § 15 Abs. 1 UmwStG steuerneutral abgespalten wird.

#### **Beispiel:**

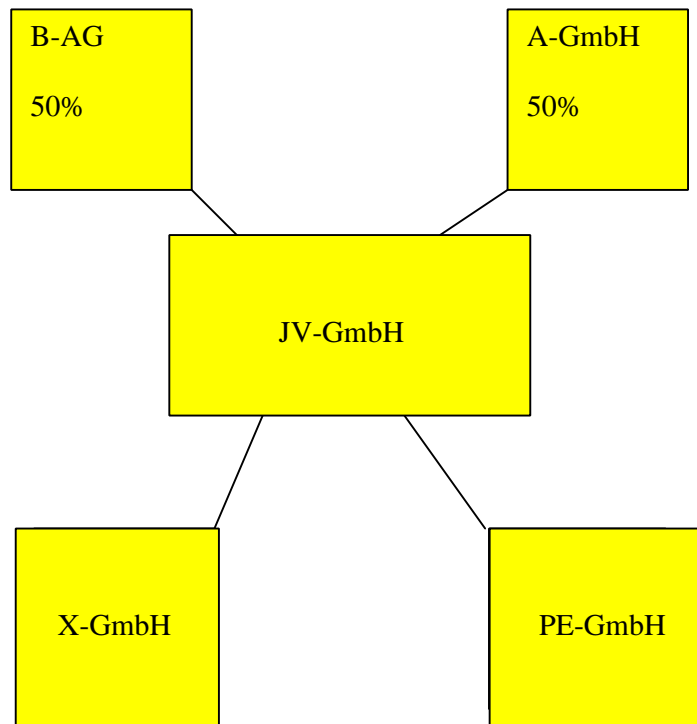
Die A-GmbH hält einbringungsgeborene Anteile an der X-GmbH. Die B-AG ist an dem Erwerb der Anteile interessiert. Eine Veräußerung steht jedoch aus steuerlichen Sicht entgegen, dass die Anteile einbringungsgeboren sind und damit der siebenjährigen Sperrfrist des § 8b Abs. 4 S. 2 Nr. 1 KStG unterliegen. Die Rückausnahme des § 8 b Abs. 4 S. 2 KStG greift nicht ein. Die A-GmbH will jedoch die Anteile nur dann veräußern, wenn der Veräußerungsgewinn in voller Höhe in einem neuen Geschäftsbereich investiert werden kann.

#### **Für die B-AG wird daher folgendes Lösungskonzept vorgeschlagen:**

- Die B-AG gründet eine Private-Equity-GmbH (PE-GmbH) und stattet diese mit dem Kaufpreis aus.
- Die B-AG gründet anschließend eine Joint-Venture-GmbH (JV-GmbH) und bringt die Anteile an der PE-GmbH gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in die neu gegründete Gesellschaft ein.

- Die A-GmbH bringt dann ihre Beteiligung an der X-GmbH nach § 20 Abs. 1 S. 2 UmwStG gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in die JV-GmbH ein.

**Damit würde sich zunächst folgende gesellschaftsrechtliche Struktur ergeben:**



Zum geeigneten Zeitpunkt kann die JV-GmbH nun ihre das gesamte Nennkapital umfassende Beteiligung an der PE-GmbH an die A-GmbH abspalten. Diese Abspaltung richtet sich nach § 15 Abs. 1 UmwStG.

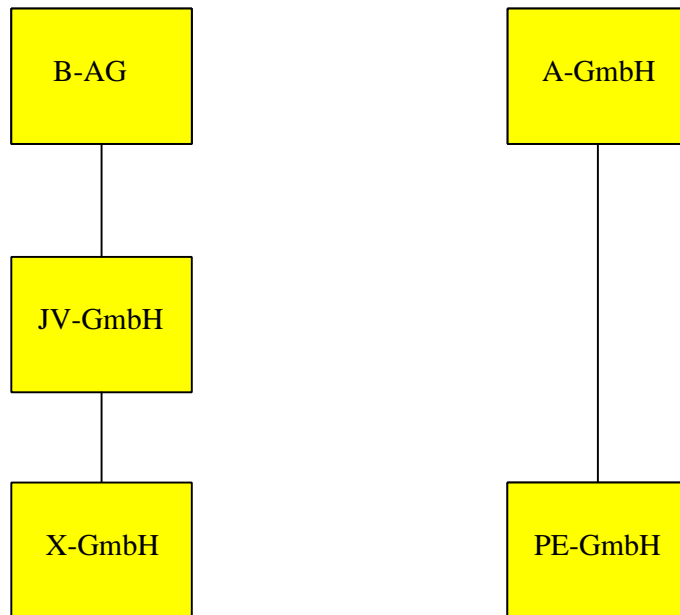
Eine steuerneutrale Abspaltung nach § 15 Abs. 1 S. 1 UmwStG setzt zunächst voraus, dass ein Teilbetrieb auf die Übernehmerin übertragen wird. Als Teilbetrieb gilt gem. § 15 Abs. 1 S. 3 UmwStG auch die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, die das gesamte Nennkapital der Gesellschaft umfasst. Vorliegend wird ein solcher Teilbetrieb übertragen. Die JV-GmbH soll ihre 100%-Beteiligung an der PE-GmbH übertragen.

Für den Fall der Abspaltung setzt § 15 Abs. 1 S. 2 UmwStG weiterhin voraus, dass der übertragenden Gesellschaft ebenfalls ein Teilbetrieb verbleibt. Diese Voraussetzung ist ebenfalls erfüllt. Der JV-GmbH verbleibt die 100%-Beteiligung an der A-GmbH.

Die Regelung des § 15 Abs. 3 S. 5 UmwStG führt vorliegend ebenfalls nicht zu nachteiligen steuerlichen Auswirkungen. Bei der Trennung von Gesellschaftsstämmen setzt die Anwendung des § 11 Abs. 1 UmwStG zwar grundsätzlich voraus, dass die Beteiligungen an der übertragenden Körperschaft mindesten fünf Jahre vor dem steuerlichen Übertragungstichtag bestanden haben. Die Verletzung des § 15 Abs. 3 S.5 UmwStG bleibt jedoch vorliegend ohne steuerliche Auswirkungen, da in den Anteilen an der PE-GmbH keine stillen Reserven enthalten sind. Die stillen Reserven der bei der JV-GmbH verbleibenden Beteiligung an der X-GmbH werden durch die Spaltung nicht aufgedeckt.

Damit liegen sämtliche Voraussetzungen für eine begünstigte Abspaltung nach § 15 Abs. 1 UmwStG vor. Dies ist insbesondere für die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft von Bedeutung. Die Anteile der A-GmbH an der JV-GmbH gelten gem. § 13 Abs. 1 UmwStG als zum Buchwert veräußert und die an ihre Stelle tretenden Anteile als mit diesem Wert angeschafft, so dass sich kein Gewinn aus der Abspaltung ergibt.

**Nach der Abspaltung würde sich folgende Struktur ergeben:**



Damit kann die A-GmbH ihr Ziel durch die Realteilung der JV-GmbH erreichen. Der Kaufpreis für die Anteile an der X-GmbH befindet sich nach dem Lösungsvorschlag in der PE-GmbH und steht für Investitionen zur Verfügung.

Für die A-GmbH besteht nach Umsetzung dieses Modells grundsätzlich auch die Möglichkeit, sich die liquiden Mittel der PE-GmbH nach § 8 b Abs. 1 KStG steuerfrei ausschütten zu lassen. Zudem sind die Anteile an der PE-GmbH auch nicht einbringungsgeboren. § 13 Abs. 3 UmwStG findet vorliegend keine Anwendung. Daher ist eine steuerfreie Veräußerung nach § 8 b Abs. 2 KStG ohne die Einhaltung einer Sperrfrist grundsätzlich möglich. Für die Gestaltung im Einzelfall ist jedoch die Grenze zum Gestaltungsmissbrauch des § 42 AO zu beachten.

### **3. Kapitel: Schlussbetrachtung zur Untersuchung - Analyse und Ausblick**

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es gewesen die zivilrechtliche, steuerrechtliche und internationale Gestaltungspraxis des Unternehmenskaufes vorzustellen.

Bei der zivilrechtlichen Gestaltungspraxis richtete sich das Hauptaugenmerk der Bearbeitung auf die rechtliche Situation des nationalen Kaufrechts sowie die vorvertraglichen Verhaltenspflichten der Parteien.

Gerade durch die Schuldrechtsreform, mit der Folge einer Vereinheitlichung des Haftungs- und Gewährleistungssystems, hat der Gesetzgeber bewiesen, dass auch er die Bedeutung des Unternehmenskaufes für das Kaufrecht gesehen hat. Auch wenn noch nicht alles Gold ist, was glänzt, so war dies doch ein Schritt in die richtige Richtung. So wäre eine Kodifizierung des Kataloges der vorvertraglichen Verhaltenspflichten für die Verhandlungspartner wünschenswert, da die jetzige Herleitung dieser Pflichten aus dem Rechtsinstitut des c.i.c gem. § 241 Abs. 2 BGB immer noch eine gewisse Rechtsunsicherheit mit sich bringt. Und Rechtsunsicherheit schadet der Wirtschaft!

Die steuerrechtliche Gestaltungspraxis ist getragen von der Idee des steuerfreien Exit. Neben der Darstellung des Grundgerüsts, d.h. die Einbettung des Unternehmenskaufes im Steuerrecht, zielte die Bearbeitung dieses Feldes an erster Stelle darauf ab, Möglichkeiten aufzuzeigen, damit der Steuerstatus der Parteien optimiert wird.

Auch wenn Hauptgegenstand der Untersuchung das nationale Recht gewesen ist, so darf man die Reflexion zum internationalen Recht, sprich Unternehmenskauf nicht unterschätzen. Zum einen nehmen aus wirtschaftlicher Sicht die grenzüberschreitenden Akquisitionen immer mehr zu, man könnte sogar sagen, dort liegt die Zukunft bzw. dort wird die „Musik gespielt“, zum anderen ist es gängige Praxis auch bei nationalen Unternehmenskäufen den anglo-amerikanischen Stil, d.h. Verhandlungspraxis, zu übernehmen. Man denke nur an die Due Diligence-Prüfung, welche bei Akquisitionsvorhaben nicht wegzudenken ist. Auch in der Kautelarjurisprudenz hat dieser Stil ihren Siegeszug fortgeführt. Als

Beispiele hierfür sind der Letter of Intent sowie die non-disclosure Vereinbarung zu nennen.

Schließlich rundeten eigene Vorschläge zu den Schwerpunktthemen diese Untersuchung glücklich ab. Mögen sie die Diskussionen hierzu fruchtbar bereichern.

Der Unternehmenskauf, gerade in der heutigen sich wandelnden Zeit, ist ein weites Feld. Zu weit, um in einer themengebundenen Untersuchung auf alle Facetten befriedigend eingehen zu können. Doch erschien es nötig diesen Spagatschritt zu wagen und dabei Schwerpunkte zu setzen, damit dem geneigten Leser eine Struktur aufgezeigt und keine leere Hülle vorgesetzt wird.

**Goethe** hat einmal treffend formuliert:

*„So eine Arbeit wird eigentlich nie fertig, man muss sie für fertig erklären, wenn man nach Zeit und Umständen das Mögliche getan hat.“*

Dem ist nichts hinzuzufügen.



