

Aus den Schwerpunktbereichen: Schuldrechtliche Grundzüge des Unternehmenskaufs

Von Matthias Heusel und Nicolas Sonder, Tübingen*

Der vorliegende Beitrag richtet sich an Studierende, Referendare und interessierte Leser des jeweils einschlägigen Schwerpunktbereiches, die sich einen Überblick über das Recht des Unternehmenskaufs verschaffen wollen. Aufgrund dieser Ausrichtung soll weniger die in der Rechtsberatung vorherrschende angelsächsische Vertragspraxis dieses Bereichs interessieren, sondern vielmehr die sich aus kaufrechtlicher Sicht stellenden Fragen erörtert werden. Die mannigfaltigen Berührungspunkte mit anderen Rechtsgebieten, etwa der kartellrechtlichen Fusionskontrolle oder dem Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, bleiben außer Acht.

Zunächst werden kurz die typischen Abläufe einer Unternehmenstransaktion in der Praxis dargestellt (II). Im Folgenden sollen dann die wichtigsten kaufrechtlichen Problemkreise der Thematik aufgezeigt werden (III). Den Schluss bildet ein Fazit, das die erarbeiteten Ergebnisse zusammenfasst (IV).

I. Typischer Ablauf in der Praxis

Auf dem Weg zum Zustandekommen des Unternehmenskaufvertrages und den damit zusammenhängenden Rechtsfragen sind in der Praxis einige Phasen im Vorfeld zu beachten.

Im Zuge der Vertragsanbahnung wird zunächst ein erster Kontakt zwischen dem Kaufinteressenten und dem Verkäufer, welche beide häufig von großen Investmentgesellschaften beraten werden, hergestellt. Neben individuellen Verhandlungen besteht auch die Möglichkeit eines sogenannten Bieterverfahrens.¹ Dieses ermöglicht – vergleichbar mit einer Auktion – die Abgabe vorläufiger Angebote („Indicating Offer“), sowie eine Sondierung mehrerer Kaufinteressenten über einen bestimmten Zeitraum. Nachdem ein potentieller Käufer gefunden ist, wird üblicherweise eine Vertraulichkeitsverpflichtung vereinbart. Sie dient der Sicherung des Verkäufers, der im Zuge der fortschreitenden Verhandlungen sensible Geschäftsdaten offenlegt. Daraus entsteht für ihn das Risiko, dass der Käufer diese Angaben missbräuchlich verwendet. Für den Fall eines Verstoßes gegen diese Verpflichtungen kann eine Vertragsstrafe i.S.v. §§ 339-345 BGB vereinbart werden.

Um die Ernsthaftigkeit der Verhandlungen festzuhalten, kommt es daraufhin zur Unterzeichnung eines „Letter of Intent“ oder „Memorandum of Understanding“. Diese bringen jeweils als nicht formbedürftige Erklärungen die Absich-

ten der Parteien zum Vertragsschluss zum Ausdruck. Die Frage der rechtlichen Bindungswirkung eines Letter of Intent ist im Einzelnen umstritten, weshalb in der Praxis eine rechtliche Bindung üblicherweise vertraglich ausgeschlossen wird; wenn infolgedessen ein Letter of Intent - anders als ein Vorvertrag - in der Regel keine rechtliche Bindung bewirkt, kommt bei einem Verstoß als Grundlage für eine Schadensersatzzahlung lediglich eine zuvor vereinbarte „Break-up Fee“-Klausel in Betracht.²

Das Kernstück der Vorphase eines Unternehmenskaufs bildet die so genannte „Due Diligence“-Prüfung. Übersetzt werden kann der Begriff sinngemäß mit „die gebührende im Verkehr erforderliche Sorgfalt“. Dabei wird das Zielunternehmen in all seinen Bereichen hinsichtlich potentieller Risiken, seines Wertes sowie seiner zukünftigen Möglichkeiten von Käufer- und/oder Verkäuferseite überprüft. Durch diese sorgfältige Analyse und Bewertung können verlässliche und fundierte Daten über das Zielunternehmen gewonnen werden.³ In der Praxis ist diese Vorgehensweise zu großen Teilen standardisiert und wird oftmals anhand von Checklisten durchgeführt. Das Ergebnis wird schließlich in einem „Due Diligence“-Report zusammengefasst.⁴ Die rechtliche Natur der „Due Diligence“ und ihre Auswirkungen ist noch nicht vollständig geklärt. So herrscht zum einen Streit, ob auf Erwerberseite eine Pflicht oder zumindest eine Verkehrssitte besteht, diese Prüfung durchzuführen.⁵ Zum anderen ist fraglich, ob der Umfang der gesetzlichen Aufklärungspflichten für den Verkäufer dadurch reduziert werden kann. Auf Grundlage der bisherigen Erkenntnisse kann es zunächst zur Vereinbarung einer Exklusivität hinsichtlich der Verhandlungen nach Auswahl bestimmter Kaufinteressenten oder aber direkt zur Abgabe eines verbindlichen Angebots („Binding Offer“) kommen. Angebot und Annahme unterliegen hierbei den allgemeinen Regeln der §§ 145ff. BGB. Nach erfolgter und wirksamer Annahme ist der Weg zur rechtlichen Gestaltung des Unternehmenskaufvertrages frei. Am Ende steht mit der Unterzeichnung des Vertrages der Abschluss des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts („Signing“). Nach gegebenenfalls erforderlicher Freigabe durch die Kartellbehörden er-

* Der Autor Matthias Heusel ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europarecht und Rechtsvergleichung der Universität Tübingen von Prof. Dr. Wernhard Möschel. Der Verfasser Nicolas Sonder ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der KPMG Rechtsanwalts-gesellschaft in Stuttgart.

¹ Zur Kaufpreisberechnung beim Erwerb von Unternehmen: Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 13. Aufl. 2008, Rn. 731ff.

² Vgl. zu solchen „Break-up Fees“ Hilgard, BB 2008, 286 ff.; ausführlich zum „Letter of Intent“ Lutter, Der Letter of Intent, 3. Aufl. 1998; zur Vertragspraxis des Ausschlusses der Bindungswirkung von Letters of Intent vgl. z.B. Holzapfel/Pöllath (Fn. 1), Rn. 16.

³ Richert, Die Due Diligence beim Unternehmenskauf, 2004, S. 11.

⁴ Körber, NZG 2002, 263 (264); Wegen, WiB 1994, 291; einen guten Überblick über die verschiedenen Arten einer „Due Diligence“-Prüfung liefert Gran, NJW 2008, 1409 (1412 ff.).

⁵ Hierzu sowie allgemein zum Einfluss der Due Diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers Müller, NJW 2004, 2196 ff.

folgt der Vollzug des dinglichen Rechtsgeschäfts durch die Übereignung des Unternehmens („Closing“).⁶ Damit ist der Erwerb des Unternehmens abgeschlossen.

II. Schuldrechtliche Problemkreise des Erwerbs von Unternehmen

1. Das Unternehmen als Kaufgegenstand

Eine einheitliche Definition des Begriffs „Unternehmen“ existiert nicht. Die Auslegung erfolgt vielmehr entsprechend der Funktion des jeweiligen Rechtsgebiets, das einen Teilbereich des Rechts der wirtschaftlichen Unternehmen regelt. Es finden sich verschiedene Definitionen des Begriffs „Unternehmen“ etwa im Konzernrecht (§§ 15 ff. AktG), Arbeitsrecht (§ 47 Abs. 1 BetrVG) oder Kartellrecht (§ 1 GWB). Für den Unternehmenskauf geht man von einem Inbegriff von Sachen, Rechten und sonstigen Vermögenswerten (etwa Ressourcen, Vertragsbeziehungen, Geschäftschancen, „good will“) aus.⁷ Das Unternehmen kann Gegenstand des Rechtsverkehrs sein, also auch gekauft oder verkauft werden. Hierbei ist, entsprechend dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip, zwischen dem schuldrechtlichen Kausalgeschäft und dem sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäft zu trennen.

Schuldrechtliche Grundlage der Unternehmensveräußerung ist regelmäßig ein Kaufvertrag. Dieser verpflichtet den Veräußerer, das Unternehmen auf den Erwerber zu übertragen. Hierbei wird das Unternehmen als Einheit behandelt, weshalb nur *ein* Kaufvertrag notwendig ist.⁸ Für die dingliche Übertragung stehen zwei Möglichkeiten zur Verfügung: Kauft der Erwerber sämtliche zum Unternehmen gehörende Vermögensgegenstände, spricht man von einem „echten“ Unternehmenskauf (sog. „Asset Deal“). Wird das Unternehmen dagegen von einer Gesellschaft (etwa einer GmbH) betrieben, kann er, anstelle der Vermögensgegenstände, die Gesellschaftsanteile kaufen. Durch diesen Beteiligungskauf (sog. „Share Deal“) wird ein ähnlicher wirtschaftlicher Effekt wie beim Asset Deal erzielt.⁹ Juristisch sind beide Fälle aber zu unterscheiden. Das folgt aus dem sachenrechtlichen Spezialitätsprinzip, wonach dingliche Rechte nur in Bezug auf einzeln bestimmte Sachen möglich sind. Vor diesem Hintergrund ist einleuchtend, dass ein Unternehmen im Wege des Asset Deals nicht durch einen einheitlichen Rechtsakt übertragen werden kann. Vielmehr ist jeder Vermögensgegenstand einzeln und nach den dafür geltenden Regelungen zu

übertragen: Grundstücke sind aufzulassen und einzutragen, Forderungen werden abgetreten, Warenlager übereignet. Einige Güter, wie etwa der Kundenstamm oder das Know-how können nicht im eigentlichen Sinne übertragen werden. Hier besteht für den Verkäufer die Pflicht, dem Erwerber die erforderlichen Informationen zu verschaffen, etwa durch Aushändigung einer Kundenliste.¹⁰ Beim Share Deal sind die zu übertragenden Gesellschaftsanteile einzeln zu bezeichnen und entsprechend den jeweiligen Regeln zu übertragen. Erwirbt der Käufer z.B. eine GmbH, erfolgt die Übertragung der Anteile durch Abtretung gem. §§ 398, 413 BGB. Dabei sind gem. § 15 Abs. 3, 4 GmbHG sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft formbedürftig.¹¹

Es bleibt zu klären, wie der echte Unternehmenskauf und der Anteilskauf einzuordnen sind, also ob sie den Regeln des Sach- oder Rechtskaufs unterfallen. Ihre Sprengkraft hat diese Frage freilich verloren, seit Sach- und Rechtskauf in § 453 BGB gleichgestellt werden.¹² Beim Asset Deal bilden verschiedene Vermögenswerte den Gegenstand des Kaufvertrages, was eine Einordnung unter § 433 Abs. 1 BGB nahe legt. Allerdings werden nicht ausschließlich Sachen i.S.d. § 90 BGB veräußert, sondern auch Vermögenswerte, die keine körperliche Substanz aufweisen (z.B. der Kundenstamm). Der echte Unternehmenskauf ist daher ein Kauf eines „sonstigen“ Gegenstands i.S. von § 453 Abs. 1 BGB.¹³ Der Share Deal ist dagegen unproblematisch als reiner Rechtskauf einzuordnen.¹⁴

2. Gewährleistungsansprüche des Unternehmenskäufers

Hat das Unternehmen nicht die geschuldete Eigenschaft, wird der Käufer fragen, ob ihm Gewährleistungsansprüche gegen den Verkäufer zustehen. Sowohl für den Asset Deal als auch für den Share Deal ist über die Verweisungsnorm des § 453 Abs. 1 BGB das Kaufmängelgewährleistungsrecht entsprechend heranzuziehen, dessen Dreh- und Angelpunkt § 437 BGB ist.

Zunächst setzt § 437 BGB die Mangelhaftigkeit der Kaufsache voraus. Das verkaufte Unternehmen muss also mit

⁶ Vgl. z.B. *Timmerbeil/Stancke*, Bucerius Law Journal 2008, 24 (28).

⁷ Vgl. z.B. BGH NZG 2002, 298 (299); *Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 453 Rn. 22; *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 453 Rn. 7; anders etwa *Lieb*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl. 2005, Anh. § 25 Rn. 3: „betriebsfähige Wirtschaftseinheit, die dem Unternehmer das Auftreten am Markt ermöglicht“.

⁸ *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 7. Aufl. 2004, Rn. 1248.

⁹ Zur Entscheidung, ob ein Unternehmenskauf als Share oder Asset Deal gestaltet wird: *Timmerbeil/Stancke*, Bucerius Law Journal 2008, 24 (26 f.).

¹⁰ *Faust*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 2. Aufl. 2007, § 453 Rn. 25.

¹¹ Ausführlich zur Form, vgl. III. 5.; Gem. § 16 Abs. 3 GmbHG n.F ist ein gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen möglich. Zu dieser und weiteren Änderungen des GmbHG durch das MoMiG: *Kindler*, in: ZJS 2008, 578 (581 f.).

¹² *Weidenkaff* (Fn. 7), § 453 Rn. 6a. Vor der Schuldrechtsreform 2002 kam dieser Frage erhebliche Bedeutung zu, da sich die gewährleistungsrechtlichen Folgen zwischen einem Rechts- und Sachmangel stark unterschieden. Der Asset Deal wurde von der h.M. als Sachkauf angesehen und in Analogie zu den §§ 459 ff. BGB a.F. gelöst. Der Share Deal wurde dem Rechtsmängelrecht der §§ 437 ff. BGB a.F. unterstellt.

¹³ Begr. RegE SchuldModG, BT-Drucks. 14/6040, S. 242; *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 8), Rn 1248.

¹⁴ Vgl. z. B. *D. Schmidt*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2008, § 453 Rn. 28.

einem Sach- oder Rechtsmangel behaftet sein. Hierbei muss zwischen Asset Deal und Share Deal unterschieden werden.

a) Mängel beim Asset Deal

Da beim Asset Deal eine Gesamtheit von Sachen und Rechten verkauft wird, kommen sowohl Sach- als auch Rechtsmängel in Betracht. Das bestätigt § 453 Abs. 3 BGB, der sowohl auf § 434 BGB als auch § 435 BGB verweist. Hierbei ist in doppelter Hinsicht zu differenzieren: zum einen zwischen Mängeln des Gesamtunternehmens und solchen einzelner zum Unternehmen gehörender Gegenstände, zum anderen zwischen Sach- und Rechtsmängeln.

Ausgangspunkt der Beurteilung, ob das verkaufte Gesamtunternehmen einen Sachmangel aufweist, ist der subjektive Fehlerbegriff in § 434 Abs. 1 S. 1 BGB. Demnach ist zunächst zu prüfen, ob die Parteien eine bestimmte Beschaffenheit des Unternehmens vereinbart haben. Wird beispielsweise eine Räumlichkeit als Pension verkauft,¹⁵ handelt es sich in Wahrheit aber um ein „Stundenhotel“, weicht die tatsächliche Ist-Beschaffenheit von der vereinbarten Soll-Beschaffenheit ab und es liegt ein Sachmangel vor. Werden keine Absprachen getroffen, ist das Kriterium der vertraglich vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB) bzw. der üblichen Beschaffenheit nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB heranzuziehen. Erhebliche Schwierigkeiten stellen sich bei letztgenannter Alternative. Angesichts der unterschiedlichen Struktur von Unternehmen - man mag nur an die krassen Divergenzen zwischen einem Großkonzern und einem kleinen Malerbetrieb denken - leuchtet ein, wie schwer die Festlegung einer Standardbeschaffenheit von Unternehmen fällt.¹⁶ Eine allgemein gültige Definition ist freilich nicht möglich. Vielmehr wird die übliche Beschaffenheit anhand von Indizien zu bestimmen sein, z.B. Unternehmensbranche, Marktstellung, rechtliche und organisatorische Struktur, Anzahl der Mitarbeiter. So kann dem jeweiligen Einzelfall angemessen Rechnung getragen werden. Die gewöhnliche Verwendung eines Unternehmens liegt hingegen regelmäßig in seiner Fortführung.¹⁷

Besondere Probleme wirft die unrichtige Angabe von Umsatz oder Ertrag des Unternehmens auf. Vor der Schuldrechtsreform wurde ein Sachmangel überwiegend mit der Begründung abgelehnt, die Unternehmenszahlen würden der Kaufsache nicht dauerhaft anhaften.¹⁸ Schuldhaftes Falschangaben sollten nur eine Haftung des Veräußerers aus Verschulden bei Vertragsschluss herbeiführen. Durch die Neuregelung des Kaufmängelrechts ist dieser Auslegung die Grundlage entzogen.¹⁹ Denn unter den Begriff der Beschaf-

fenheit fallen nunmehr auch Umstände, die der Kaufsache nicht unmittelbar anhaften.²⁰ Die Parteien können jedes ihnen relevant erscheinende Merkmal einer Sache als Beschaffenheit vereinbaren. Das gilt sowohl für gegenwärtige Unternehmenskennzahlen als auch für Angaben über die zukünftige Ertragslage.²¹ Auf der Grundlage des subjektiven Fehlerbegriffs kann selbst für die Information über vergangene Umsätze nichts anderes gelten. Für den Verkäufer droht hier nicht die Gefahr, tatsächlich nicht erreichte Umsätze in Geld ausgleichen zu müssen. Denn eine solche Ausgleichszahlung kann den in der Vergangenheit erwirtschafteten Umsatz nicht rückwirkend erhöhen. Auch diese Fälle sind damit dem Sachmängelgewährleistungsrecht zu unterstellen,²² womit ein Rückgriff auf §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB nicht notwendig ist. Im Übrigen wäre eine Anwendung der c.i.c. neben dem Gewährleistungsrecht im Rahmen eines Unternehmenskaufs umstritten.²³ Auch eine Anfechtung des Unternehmenskaufvertrages bei falschen Bilanzangaben nach § 119 Abs. 2 BGB wird vom Gewährleistungsrecht verdrängt.²⁴

§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB setzt neben dem Nichtvorliegen eines Sachmangels voraus, dass das Unternehmen auch keinen Rechtsmangel i.S.d. § 435 BGB hat. Ein solcher liegt vor, wenn ein Dritter in Bezug auf das Unternehmen keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte hat. Unter § 435 BGB fällt daher etwa ein öffentlich-rechtliches Betriebsverbot. Die Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsmangel kann im Einzelfall schwer sein, ist jedoch aufgrund der Gleichstellung der Rechtsfolgen nicht von entscheidender Bedeutung.

Von besonderer Brisanz ist dagegen die Frage, ob ein Rechts- oder Sachmangel an einem zum Unternehmen gehörenden Einzelgegenstand (sog. Substratmangel) einen Mangel des Gesamtunternehmens herbeiführen kann. Ein Teil der Literatur möchte in einem Substratmangel regelmäßig einen Mangel des ganzen Unternehmens sehen.²⁵ Streng genommen würde demzufolge schon ein mangelhafter Bleistift Gewährleistungsansprüche auslösen können. Das ist zum einen höchst unpraktikabel, zum anderen dogmatisch sehr zweifelhaft. Schließlich ist das Unternehmen als *Einheit* Gegenstand des Kaufvertrages. Zwar begründet der schuldrechtliche Vertrag die Pflicht zur Übertragung jedes Einzelgegenstandes. Das wiederum ist jedoch ein dinglicher Akt, der nach

Reinicke/Tiedtke (Fn. 8), Rn. 1253 ff.; a.A. *U. Huber*, AcP 202 (2002), 179 (224).

²⁰ Begr. RegE SchuldModG, BT-Drucks. 14/6040, S. 213; *Wolf-Kaiser*, DB 2002, 411 (412).

²¹ A.A. *Eidenmüller*, ZGS 2002, 290 (295), der nur gegenwärtige Angaben zulassen will.

²² Vgl. z.B. *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 8 Abs. 2 Rn. 31; *Holzappel/Pöllath* (Fn. 1), Rn. 409.

²³ vgl. hierzu und zum Streitstand *Barnert*, WM 2003, 416 (416 ff.).

²⁴ Zum Verhältnis der §§ 434 ff. zu § 119 Abs. 2 BGB vgl. *D.Schmidt* (Fn. 14), § 437 Rn. 69 f.

²⁵ So *Wolf-Kaiser*, DB 2002, 411 (414); wohl auch *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 8), Rn. 1249.

¹⁵ So z.B. der Fall, welcher der Entscheidung BGH NJW 1992, 2564, zugrundelag.

¹⁶ *U. Huber*, AcP 202 (2002), 179 (212 f.) hält daher § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB auf den Unternehmenskauf für unanwendbar. Das lehnt *Lieb* (Fn. 7), Anh. § 25 Rn. 66 zu Recht ab.

¹⁷ *Holzappel/Pöllath* (Fn. 1), Rn. 410.

¹⁸ Vgl. nur BGH NJW 1970, 653 (655).

¹⁹ Vgl. z.B. *Westermann*, Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 453 Rn. 31; *Faust* (Fn. 10), § 453 Rn. 29 f.;

dem Abstraktionsprinzip nicht das Verpflichtungsgeschäft beeinflusst. Daher ist vorzugswürdig, für die Feststellung von Mängeln beim Gesamtunternehmen anzusetzen.²⁶ Damit ist freilich nicht ausgeschlossen, dass einzelne zum Unternehmen gehörende Gegenstände einen Mangel des gesamten Unternehmens begründen können. Vielmehr kann das der Fall sein, wenn der Substratmangel auf das Gesamtunternehmen „durchschlägt“. Hierfür ist im Sinne einer Gesamtbeurteilung zu prüfen, ob der Mangel eines einzelnen Gegenstandes die Tauglichkeit des gesamten Unternehmens beeinträchtigt, also „dessen wirtschaftliches Gefüge erschüttert“.²⁷ Damit wird erreicht, dass der Mangel des Einzelgegenstandes in Bezug auf das Gesamtunternehmen zu würdigen ist.²⁸ Der bildhafte Terminus des „Durchschlagens“ verhindert so ein Ausufern der Gewährleistungshaftung des Unternehmensverkäufers. Das ist notwendig, da beim Verkauf eines Unternehmens, das eine schwer überschaubare Vielzahl an Sachen und Rechten vereint, stets einzelne Gegenstände oder Rechte einen Mangel aufweisen.²⁹ Ein Durchschlagen liegt beispielsweise vor bei einem chemisch verseuchten Betriebsgrundstück, bei einem Warenlager mit erheblichen Fehlbeständen (Sachmängel), oder wenn betriebsnotwendige Maschinen wegen Sicherungsübereignung nicht eingesetzt werden können (Rechtsmangel).³⁰

b) Mängel beim Share Deal

Beim Share Deal als echtem Rechtskauf kommen primär Rechtsmängel gem. § 435 BGB in Betracht. Nicht hierher gehört der Verkauf von Geschäftsanteilen, die gar nicht existieren. Wie § 433 Abs. 1 S. 2 BGB zeigt, stellt das eine Nichterfüllung und keinen Rechtsmangel dar, weshalb auf der Rechtsfolgenseite das Gewährleistungsrecht nicht anwendbar ist. Vielmehr liegt ein Fall der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit vor, für den der Verkäufer bei Verschulden unter den Voraussetzungen des § 311a Abs. 2 BGB auf Schadensersatz haftet.³¹

Ein Rechtsmangel liegt dagegen vor, wenn verkaufte Gesellschaftsanteile mit Rechten Dritter, etwa einem Pfandrecht belastet sind. Auch der Verkauf von Anteilen an einer in Liquidation befindlichen Gesellschaft fällt unter § 435 S. 1

BGB, sofern sie nicht als solche verkauft sind.³² Denn der Erwerber ist hier nur noch am Liquidationserlös beteiligt und nicht mehr an den laufenden Gewinnen des Unternehmens. Problematisch ist, ob der Verkauf von Geschäftsanteilen an einem überschuldeten Unternehmen (zum Begriff der Überschuldung siehe § 19 Abs. 2 S. 1 InsO) gleich zu behandeln ist. Dafür spricht, dass die Überschuldung zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt. Allerdings bleiben, anders als bei der Liquidation, Gewinnansprüche im Falle der Überschuldung bestehen; nur die tatsächliche Gewinnerwartung fällt weg. Das mindert zwar den Wert der Geschäftsanteile, kann aber nicht mit der Liquidation, die den rechtlichen Bestand der Anteilsrechte betrifft, verglichen werden.³³ Es ist nur die Werthaltigkeit des Anteils betroffen, die nicht von § 435 BGB geschützt wird.

Möglicherweise stellt die Überschuldung aber ein Sachmangel dar. Unproblematisch ist dies, wenn bestimmte Erträge des Unternehmens als Beschaffenheit der verkauften Anteile vereinbart wurden. Grundlage dessen ist erneut der subjektive Fehlerbegriff des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB. Komplizierter ist die Rechtslage allerdings, wenn eine solche Beschaffenheitsvereinbarung fehlt. Dann stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Mangel des Unternehmens (etwa die Überschuldung) zu einem Sachmangel des Anteilskaufs führt. Die ganz h.M. hält ein derartiges „Durchschlagen“ im Falle eines so genannten beherrschenden Anteilserwerbs für möglich.³⁴ Hintergrund ist folgende Überlegung: Ein Mangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 BGB setzt voraus, dass sich das Unternehmen nicht für die im Vertrag vorausgesetzte (Nr. 1) bzw. gewöhnliche (Nr. 2) Verwendung eignet. Die Verwendung bezieht sich beim Share Deal auf die erworbenen Anteile und nicht auf das Unternehmen selbst. Folglich berührt ein Mangel des Unternehmens die Verwendbarkeit der Anteile grundsätzlich nicht. Anders ist das aber beim beherrschenden Anteilskauf, wenn faktisch das Gesamtunternehmen erworben wird. Dann ist es geboten, einen derartigen Share Deal dem Asset Deal gleichzustellen und ein „Durchschlagen“ von Mängeln zu bejahen. Unklar ist, ab welchem Schwellenwert von einem beherrschenden Anteilserwerb gesprochen werden kann. Hierbei wird nahezu jeder Zahlenwert im Bereich von 60 % bis 95 % der Geschäftsanteile vertreten.³⁵ Hintergrund ist stets die Frage, unter welcher Voraussetzung von einer „Herrschaft“ des Käufers auszugehen ist, er also das Unternehmen allein leiten kann. Dafür muss er die Möglichkeit zur Satzungsänderung haben, da er nur so Geschäftsführung, Kapitalausstattung und Unternehmensgegenstand selbstständig bestimmen kann. Erforderlich ist, dass derartige Maßnahmen nicht durch eine Sperrminorität

²⁶ Vgl. z.B. BGH NJW 1969, 184; NJW 1995, 1547 (1548); *Faust* (Fn. 10), § 453 Rn. 27.

²⁷ *Westermann* (Fn. 19), § 453 Rn. 27. Die Formulierungen unterscheiden sich im Einzelnen, doch werden durchweg strenge Anforderungen an das Durchschlagen des Mangels eines Einzelgegenstandes auf das gesamte Unternehmen gestellt, vgl. die Zusammenstellung der in der Literatur diskutierten Ansätze bei *Canaris* (Fn. 22), § 8 II Rn 36.

²⁸ Vgl. z. B. *Weidenkaff* (Fn. 7), § 453 Rn. 7; *D.Schmidt* (Fn. 14), § 453 Rn. 30.

²⁹ Vgl. z.B. *Canaris* (Fn. 22), § 8 II Rn. 35.

³⁰ Beispiele nach OLG-Hamm NJW-RR 1987, 968 (968); BGH NJW 1979, 33; BGH NJW 1969, 184; weitere Beispiele finden sich bei *Ek/von Hoyerberg*, Unternehmenskauf- und verkauf, 2007, S. 72.

³¹ Vgl. *Beckmann* (Fn. 7), § 453 Rn. 6; *Eidenmüller*, NJW 2002, 1625 (1626).

³² Vgl. RGZ 99, 217 (220); *Putzo* (Fn. 7), § 453 Rn. 23.

³³ BGH NJW 1980, 2408 (2409).

³⁴ Vgl. z.B. BGHZ 65, 246 (251); BGHZ 138, 195 (205); *Beckmann* (Fn. 7), § 453 Rn. 33; *Lieb* (Fn. 7), Anh. § 25 Rn. 121 f.; *Ek/von Hoyerberg* (Fn. 30), S. 75; *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411 (416); a.A. *Eidenmüller*, ZGS 2002, 290 (294). Zum Begriff des beherrschenden Anteilserwerbs: *Canaris* (Fn. 22), § 8 II Rn. 48.

³⁵ Zum Meinungsstand: *Barnert*, WM 2003, 416 (416 ff.).

tät anderer Gesellschafter blockiert werden können. In diesem Fall wäre die selbständige Unternehmenslenkung durch den beherrschenden Anteilseigner eben nicht durchsetzbar. Als Schwelle ist mithin an die satzungändernde Mehrheit, die bei AG und GmbH jeweils über 75 % der Aktien bzw. Geschäftsanteile beträgt (vgl. §§ 179 Abs. 2 AktG, 53 Abs. 2 GmbHG), anzuknüpfen.³⁶ Allerdings ist dann für die Prüfung des Durchschlagens eines Mangels des Unternehmens auf den Anteilserwerb ein äußerst strenger Maßstab anzulegen. Dementsprechend wird in der Rechtsprechung ein Durchschlagen grundsätzlich nur bejaht, wenn annähernd 100% der Anteile erworben werden.³⁷ Ab dieser Eingangsschwelle kann ein Mangel des Unternehmens einen Sachmangel der verkauften Anteile begründen.

c) Gefährübergang

Auch beim Unternehmenskauf trägt der Verkäufer die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der Verschlechterung des Unternehmens bis zur Übergabe, § 446 S. 1 BGB. Nach der Übergabe befindet sich das Unternehmen im Machtbereich des Käufers, weshalb er folgerichtig die Sach- und Preisgefahr zu tragen hat. Geht das Unternehmen also in seinem Machtbereich unter, bleibt er entgegen § 326 Abs. 1 BGB zur Kaufpreiszahlung verpflichtet. Der richtigen Bestimmung des Übergabezeitpunkts kommt demnach enorme – auch finanzielle – Bedeutung zu. Beim Asset Deal ist zu beachten, dass eine vollständige Wirtschaftseinheit verkauft wird. Diese ist jedoch solange nicht komplett und damit funktionstüchtig, bis das letzte Wirtschaftsgut übertragen ist.³⁸ Denn erst zu diesem Zeitpunkt hat der Verkäufer die Pflicht aus dem Kaufvertrag erfüllt, das Unternehmen als Ganzes dem Käufer zu übereignen. Für den Share Deal ist § 446 BGB nicht direkt anwendbar, da dieser von der „Übergabe“ spricht. Gesellschaftsanteile werden aber nicht übergeben, sondern abgetreten. Daher ist in analoger Anwendung der Bestimmung auf den Zeitpunkt der Abtretung der Rechte abzustellen.³⁹

d) Die einzelnen Gewährleistungsansprüche

Liegt ein Mangel vor, so stehen dem Käufer die in § 437 BGB aufgeführten Gewährleistungsrechte zu. Der Anspruch auf Nacherfüllung genießt Vorrang, da auch beim Unternehmenskauf dem Verkäufer ein Recht zur zweiten Andienung zusteht. Die Nachlieferung (§ 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB) wird grundsätzlich ausscheiden. Zwar ist eine Ersatzlieferung beim Stückkauf durchaus möglich,⁴⁰ jedoch ist ein Unternehmen als komplexe Wirtschaftseinheit derart einzigartig, dass auf dem Markt kaum ein vergleichbares Objekt auffindbar ist. In Betracht kommt dagegen eine Nachbesserung, etwa im Wege der Mangelbeseitigung. Das ist indes unmöglich gemäß § 275

Abs. 1 BGB, wenn unrichtige Ertragsangaben in Streit stehen, da derartige Fehler in der Bilanz nicht rückwirkend beseitigt werden können.⁴¹

Ist die Nacherfüllung unmöglich, fehlgeschlagen oder verweigert worden, kann der Käufer vom Vertrag gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 440 BGB zurücktreten. In der Praxis wird das Rücktrittsrecht regelmäßig beschränkt oder ausgeschlossen, um die enormen Schwierigkeiten, welche die Rückabwicklung des Unternehmenskaufs mit sich bringt, zu umgehen.⁴² Diese resultieren daraus, dass der Käufer das Unternehmen weiter betreibt und es sich hierdurch rechtlich und wirtschaftlich verändert. In seiner ursprünglichen Form kann es daher nicht zurückgewährt werden (§ 346 Abs. 1 BGB). Folglich wäre nach § 346 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten. Der objektive Verkehrswert eines Unternehmens ist jedoch nur äußerst schwer bestimmbar.⁴³

Weiterhin kann der Käufer den Kaufpreis gem. §§ 437 Nr. 2, 441 BGB mindern. Dabei wird gemäß § 441 Abs. 3 BGB der Kaufpreis in dem Verhältnis herabgesetzt, in dem der Wert des Unternehmens in mangelfreiem Zustand im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zum wirklichen Wert gestanden hätte.⁴⁴ Die Erheblichkeit des Mangels spielt insoweit keine Rolle, da § 441 Abs. 1 S. 2 die Anwendung des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausschließt. Wie auch der Rücktritt wird die Minderung durch einseitige Gestaltungserklärung ausgeübt.

Außerdem bleibt dem Käufer das Recht zum Schadensersatz bzw. Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281, 283, 311a BGB. Dieser Anspruch besteht nach § 325 BGB neben dem Recht auf Rücktritt bzw. Minderung. Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz neben der Leistung und Schadensersatz statt der Leistung erfolgt nach wohl überwiegender Ansicht anhand der Frage, ob die Nacherfüllung im spätest möglichen Zeitpunkt den Schaden abgewendet hätte.⁴⁵ Ist das zu bejahen, ist der Schadensersatz statt der Leistung einschlägig, womit neben § 280 Abs. 1 BGB die weiteren Voraussetzungen aus §§ 281, 283 oder 311a Abs. 2 BGB vorliegen müssen. Der Schaden liegt im Minderwert des Unternehmens sowie in den daran anknüpfenden Einbußen.⁴⁶ Als problematisch erweist sich der Schadensersatz statt der ganzen Leistung („großer Schadensersatz“), da mit ihm die Rückgabe des Unternehmens verbunden ist. Das schafft ähnliche Probleme wie beim Rücktritt.

Zuletzt ist die Regelung des § 442 Abs. 1 BGB zu beachten, nach welcher die Gewährleistungsrechte des Käufers

⁴¹ *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411 (418).

⁴² *Westermann* (Fn. 19), § 437 Rn. 48; *Holzapfel/Pöllath* (Fn. 1), Rn. 450.

⁴³ Vgl. zur Unternehmensbewertung *K.Schmidt* (Fn. 7), § 131 Rn. 140-145.

⁴⁴ Anschaulich hierzu: *D.Schmidt* (Fn. 14), § 453 Rn. 14.

⁴⁵ So z.B. *S. Lorenz*, NJW 2002, 2497 (2500); *Tiedtke/Schmitt*, BB 2005, 615 (616 f.).

⁴⁶ Vgl. *Lieb* (Fn. 7), Anh. § 25 Rn. 106, wonach der Schadensersatzanspruch nach allgemeinen Regeln auch weitere Schäden (wie etwa anfallende Vertragsabschlusskosten) umfasst.

³⁶ *Ek/von Hoyenberg* (Fn. 30), S. 74 f.

³⁷ BGHZ 65, 246 (251); BGH WM 1969, 67 (68); NJW 1980, 2408 (2409); 2001, 2163 (2164).

³⁸ Vgl. *Bergjan*, Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform 2002 auf den Unternehmenskauf, 2003, S. 178.

³⁹ Vgl. z.B. *Holzapfel/Pöllath* (Fn. 1), Rn. 420 a.E.

⁴⁰ Vgl. BGHZ 168, 64; *D.Schmidt* (Fn. 14), § 439 Rn. 25.

ausgeschlossen sind, wenn dieser den Mangel bei Abschluss des Vertrags kannte oder wenn er sie grob fahrlässig verkannete und der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Beschaffenheitsgarantie übernommen hatte.⁴⁷ Fraglich ist, ob eine unterlassene oder nicht sorgfältig durchgeführte „Due Diligence“-Prüfung zum Nachteil des Käufers ausgelegt werden kann.⁴⁸ Auf Grund des Folgeproblems der Wissenszurechnung gemäß § 166 Abs. 1 BGB ist der Konflikt schwer lösbar. Deshalb ist dem Käufer zu raten, auf eine vertragliche Garantiezusage des Verkäufers zu drängen, wenn bestimmte Beschaffenheitsmerkmale bei der „Due Diligence“ nicht eindeutig aufklärbar sind.⁴⁹

3. Vorvertragliche Haftung

Der Aspekt der vorvertraglichen Haftung nimmt beim Unternehmenskauf eine gesonderte Rolle ein. Wie oben festgestellt, unterfällt der Unternehmenskauf grundsätzlich dem Gewährleistungsrecht.⁵⁰ Daher besteht für den Auffangtatbestand der culpa in contrahendo nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB nur noch ein geringes Bedürfnis.⁵¹

a) Verletzung von Aufklärungspflichten und Abbruch von Vertragsverhandlungen

Denkbar ist jedoch stets eine Haftung des Verkäufers aus § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten, soweit diese sich nicht dem Anwendungsbeereich der §§ 434 ff. BGB zuordnen lässt. Abgrenzungskriterium hierfür bildet die Frage, ob sich unrichtige Angaben des Käufers auf die Beschaffenheit beziehen, etwa auf die Ertragslage des Unternehmens.⁵² Ist das nicht der Fall, kommt ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB in Betracht. Bestand und Umfang der Aufklärungspflichten bestimmen sich nach Treu und Glauben und hängen maßgeblich von der Schutzbedürftigkeit des Käufers im Einzelfall ab.⁵³ So muss der Käufer beispielsweise ungefragt sämtliche Verbindlichkeiten des Unternehmens offenba-

ren, wenn diese die Liquidität des Unternehmens in der Zukunft ernsthaft gefährden.⁵⁴ Eine klassische Frage lautet, inwieweit der Umfang der Aufklärungspflichten des Verkäufers durch eine Due Diligence-Prüfung des Käufers reduziert wird. Es lässt sich durchaus vertreten, dass der Käufer dann nur noch eingeschränkt schutzwürdig ist, da der Verkäufer je nach Umfang und Vollständigkeit der im Datenraum zur Verfügung gestellten Informationen seiner vorvertraglichen Aufklärungspflicht weitgehend nachkommen kann.⁵⁵

Immer wieder diskutiert wird auch die rechtliche Behandlung des Abbruchs der Vertragsverhandlungen beim Unternehmenskauf durch den Verkäufer. Nach den allgemeinen Regeln wird dadurch zunächst noch keine Schadensersatzpflicht begründet, da es nach den Grundsätzen der Privatautonomie jedermann frei steht, von Vertragsverhandlungen Abstand zu nehmen.⁵⁶ Nur bei Hinzutreten besonderer Umstände, wie etwa wenn der Verkäufer den Vertragsschluss als sicher hinstellt oder Vorleistungen veranlasst und somit ein berechtigtes Vertrauen erweckt und dann im Folgenden die Verhandlungen ohne triftigen Grund abbricht, kann eine Pflicht zum Schadensersatz bestehen. Auch ein „Letter of Intent“ kann bei entsprechendem Inhalt ein Vertrauen auf den Abschluss begründen.⁵⁷

b) Rechtsfolgen

Rechtsfolge einer Verletzung aus §§ 311 Abs. 2 Nr. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB ist meist Schadensersatzanspruch. Ersetzt wird grundsätzlich nicht das positive Interesse, sondern das Vertrauensinteresse, welches ausnahmsweise auch den entgangenen Gewinn umfassen kann⁵⁸. Der Käufer ist beim Abbruch von Vertragsverhandlungen durch den Verkäufer folglich so zu stellen, wie er nach einer ordnungsgemäßen Aufklärung durch den Verkäufer stehen würde. Deshalb hat er beim Abbruch von Vertragsverhandlungen in der Regel keinen Anspruch auf den Abschluss des Vertrages, es sei denn wenn bei pflichtgemäßem Verhandlungsverhalten der Vertrag sicher zustande gekommen wäre⁵⁹. Eine entsprechende Verletzung von Aufklärungspflichten durch die Erfüllungsgehilfen des Verkäufers, insbesondere seiner Berater, wird diesem über § 278 BGB zugerechnet.

⁴⁷ Die Frage, ob die Rügeobliegenheit des § 377 HGB auf den Unternehmenskauf Anwendung findet, ist im Einzelnen ungeklärt, vgl. *Bergjan* (Fn. 38), S. 120.

⁴⁸ Bejahend etwa *Picot*, Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung, 2003, S. 111; verneinend *Zietsch*, Der Unternehmenskauf nach der Schuldrechtsreform, S. 6, abrufbar unter:

<http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/13681/unternehmenskauf.pdf>.

⁴⁹ So auch *Gran*, NJW 2008, 1409 (1415); *Zietsch* (Fn. 48), S. 6.

⁵⁰ Siehe III, 2.

⁵¹ Vgl. *Ek/v.Hoyenberg* (Fn. 30), S. 84; hierbei ist das Konkurrenzverhältnis zwischen c.i.c. und Gewährleistungsrecht auch beim Unternehmenskauf im Einzelnen umstritten, vgl. z. B. *Barnert*, WM 2003, 416 (416 ff.). Stets zu bejahen ist eine parallele Anwendung im Falle einer arglistigen Täuschung i.S. von § 123 Abs. 1 BGB.

⁵² Vgl. *Ek/v.Hoyenberg* (Fn. 30), S. 84.

⁵³ Vgl. *Emmerich* (Fn. 19), § 311 Rn. 134.

⁵⁴ Vgl. BGH DStR 2002, 1098 (1099 f.); *Holzapfel/Pöllath* (Fn. 1), S. 343, Rn. 436.

⁵⁵ Vgl. z.B. *Timmerbeil/Stancke*, Bucerius Law Journal 2008, 24 (29). Die Einzelheiten sind umstritten: für eine Reduzierung der Aufklärungspflicht z.B. *Wagner*, DStR 2002, 958 ff., dagegen z.B. *Fleischer/Körber*, BB 2001, 481 ff.

⁵⁶ Vgl. *Medicus* (Fn. 14), § 311, Rn. 48.

⁵⁷ Vgl. *Medicus* (Fn. 14), § 311 Rn. 50; *Bergjan*, ZIP 2004, 395 (395 und 399).

⁵⁸ So bereits BGH NJW 1984, 866 (867); *Medicus* (Fn. 14), § 311 Rn. 53.

⁵⁹ Vgl. *Medicus*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 3. Aufl. 2008, § 311, Rn. 53, der auch zur Berücksichtigung eines etwaigen Mitverschuldens des Verkäufers nach § 254 BGB Stellung nimmt.

4. Garantien

Hinsichtlich des Gewährleistungskataloges ist es den Parteien möglich, durch individualvertragliche Vereinbarungen abweichende Regelungen über die Beschaffenheitsmerkmale des Unternehmens festzulegen. In diesem Zusammenhang steht es nach Grundsätzen der Privatautonomie jedem Verkäufer frei, dem Käufer gegenüber eine vom Verschulden des Verkäufers unabhängige Garantie abzugeben.⁶⁰ Solche Garantien werden in Anlehnung an die angloamerikanische Vertragspraxis meist als „Representations and Warranties“ bezeichnet. Fraglich ist, inwieweit sich die Neuregelungen des Schuldrechts von 2002 auf diese Praxis ausgewirkt haben.

Eine Definition für die Garantie der Beschaffenheit und Haltbarkeit enthält nunmehr zunächst § 443 BGB. Als rechtlicher Rahmen für die Vereinbarung der Beschaffenheitsmerkmale eines Unternehmens durch den Verkäufer mit entsprechenden Rechtsfolgevereinbarungen bietet sich allerdings grundsätzlich die selbstständige Garantie i.S.v. § 311 Abs. 1 BGB an. Derartigen Rechtsfolgevereinbarungen steht auch § 444 BGB nicht entgegen, da das dort geregelte Verbot von Haftungsausschlüssen und -beschränkungen im Fall der Übernahme einer Garantie sich für die Beschaffenheit einer Sache nur auf den konkreten Garantiegehalt im Einzelfall bezieht.⁶¹ Das lange Zeit diskutierte Problem im Zusammenhang mit § 443 BGB, wonach sich der Verkäufer gemäß § 444 Alt. 2 BGB a.F. nicht auf eine Vereinbarung berufen konnte, wodurch die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden sollen, falls der Verkäufer eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hatte, kann mit der Neufassung des § 444 BGB im Jahr 2004 als erledigt angesehen werden. Denn nunmehr schreibt § 444 BGB vor, dass die Rechte des Käufers nicht eingeschränkt werden dürfen, soweit der Verkäufer eine Garantie übernommen hat.⁶²

Nach neuem Kaufrecht ist aber weiterhin zu klären, unter welchen Voraussetzungen der Unternehmensverkäufer einen Mangel arglistig i.S.d. § 444 Alt. 1 BGB verschweigt. Zunächst ergeben sich bei der Auslegung keine Besonderheiten. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Verkäufer eines Unternehmens im Falle einer unerheblichen Beschaffenheitsabweichung sich auch dann auf einen vertraglichen Haftungsausschluss berufen kann, wenn er von der Kenntnis des Käufers dieser unerheblichen Beschaffenheitsvereinbarung ausging. Dagegen spricht freilich die offensichtlich fehlende Schutzbedürftigkeit des Verkäufers. Weiterhin kann ebenso die Systematik des Gesetzes keine Berufung des Verkäufers auf einen vertraglichen Haftungsausschluss in diesen Fällen begründen. Denn der Gesetzgeber hat durch die Schuldrechtsreform die Unerheblichkeit eines Mangels aus dem Mangelbegriff des Kaufrechts herausgenommen und ausschließlich in

§ 323 Abs. 5 S. 2 und § 281 Abs. 1 S. 3 BGB aufgenommen.⁶³

5. Formerfordernisse

Im Allgemeinen unterliegt der Unternehmenskaufvertrag, wie jeder Kaufvertrag, keinen speziellen Formerfordernissen. Es gelten somit für jede Konstellation die individuell relevanten Vorschriften, wobei die Formerfordernisse grundsätzlich den gesamten Vertrag samt Nebenvereinbarungen erfassen.⁶⁴ So bedarf eine Grundstücksübertragung beim Asset Deal gemäß § 311 b Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung, da dieses Geschäft als das konkret zu Grunde liegende Rechtsgeschäft den Tatbestand einer Formvorschrift erfüllt. Eine notarielle Beurkundung kann beim Asset Deal ausnahmsweise auch dann erforderlich sein, wenn es sich bei der Übertragung des Vermögens um die Gesamtheit der Aktiva und Passiva des Unternehmens i.S.d. § 311 b Abs. 3 BGB handelt (sog. Asset-Leerkauf).⁶⁵ Anders als der Erwerb von Aktien oder die Übertragung von Personengesellschaftsanteilen ist bei der Übertragung von Geschäftsanteilen einer GmbH ebenfalls die notarielle Beurkundungspflicht zu beachten (vgl. § 15 Abs. 3, 4 GmbHG). Bei einer GmbH & Co KG sind die Anteile der Kommanditgesellschaft isoliert betrachtet zwar formfrei übertragbar. Ein Vertrag zur Veräußerung der gesamten GmbH & Co KG ist jedoch insgesamt beurkundungspflichtig.⁶⁶

III. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich viele Rechtsprobleme des Unternehmenskaufs mit der Kenntnis der allgemeinen zivilrechtlichen und insbesondere kaufrechtlichen Grundlagen für die Studierenden gut bewältigen lassen. In der Praxis stellen sich einige der hier aufgeworfenen Fragen erst gar nicht, wenn die im Unternehmenskaufvertrag umfassend getroffenen Regelungen einen Rückgriff auf das BGB überwiegend entbehrlich machen. Die Vertragsgestaltung beim Erwerb eines Unternehmens folgt dabei weitgehend eigenen Regeln.

⁶⁰ Vgl. z.B. Bergjan (Fn. 38), S. 313.

⁶¹ Zum Ganzen Holzapfel/Pöllath (Fn. 1), Rn. 838.

⁶² Ausführlich zu diesem Problem der alten Fassung des § 444 BGB Zietsch (Fn. 48), S. 4 ff.

⁶³ Bergjan (Fn. 38), S. 328.

⁶⁴ Holzapfel/Pöllath (Fn. 1), Rn. 1300; dies. auch zu den Spezialproblemen der Abtretung von Anteilen an ausländische Gesellschaften und der Beurkundung im Ausland, Rn. 1313 ff.

⁶⁵ Ausführlich zur Beurkundungspflicht bei Asset-Leerkäufen Müller, NZG 2007, 2001 ff.

⁶⁶ BGH NJW 2002, 142; Ek/v.Hoyenberg (Fn. 30), S. 36.