

Dr. Henning Jaques, Rechtsanwalt, Hamburg"

Haftung des Verkäufers für arglistiges Verhalten beim Unternehmenskauf - zugleich eine Stellungnahme zu § 444 BGB n. F.

Dieser Aufsatz hat - neben der Diskussion der Reichweite von § 444 im Hinblick auf Garantien - zum Ziel, die extensive Auslegung des Begriffes Arglist/Vorsatz in der Rechtsprechung aufzuzeigen und diese Rechtsprechung kritisch zu durchleuchten (dazu unten III.), um im Anschluss daran (Schutz-)Maßnahmen sowohl für Verkäufer als auch für Käufer aufzuzeigen (dazu unten V.), Zuvor soll ein Überblick über das gesetzliche Haftungssystem unter besonderer Berücksichtigung der Neuregelung des § 444 gegeben werden, wonach der Verkäufer eine Haftung weder für Arglist noch für von ihm abgegebene Garantien ausschließen oder beschränken kann (dazu unten II. 2.).

I. Einleitung

Das gesetzliche Haftungssystem wird auf Grund seiner Unzulänglichkeiten beim Unternehmenskauf im Unternehmenskaufvertrag in aller Regel durch ein vertragliches Haftungssystem ersetzt, bei dem Tatbestand und Rechtsfolgen der Haftung des Verkäufers in Form von selbstständigen Garantien möglichst lückenlos geregelt und alle weiteren Ansprüche ausgeschlossen werden sollen. Nach der Neufassung des § 444' kann sich der Verkäufer jedenfalls dem Wortlaut nach nicht auf einen Ausschluss oder eine Beschränkung seiner Haftung für eine von ihm übernommene Garantie berufen. Wie weit diese Vorschrift tatsächlich reicht, ist noch äußerst zweifelhaft und soll auf Grund der erheblichen praktischen Relevanz vorab behandelt werden (dazu 11.2.), Weiter kann sich der Verkäufer nach § 444 auch nicht auf eine Haftungsbeschränkung berufen, wenn er gegenüber dem Käufer Sachmängel oder Rechtsmängel (§ 444 i. V. m. § 453) arglistig verschwiegen hat. Gleiches gilt nach § 276 Abs. 3² für vorsätzliches Verhalten des Verkäufers. Die (vom Wortsinn her³ überraschend) niedrige Schwelle, die der BGH für ein arglistiges bzw. vorsätzliches Verhalten definiert, kann daher leicht dazu führen, dass auf Verkäuferseite eine bis zu 30-jährige Haftung besteht, und zwar nach der neuen Regelung in § 202 Abs. 1 ohne die nach bisheriger Rechtsprechung⁴ existierende Möglichkeit der Verkürzung der Verjährung gemäß § 225 S. 2 a. F. Auf der anderen Seite kann dies für den Unternehmenskäufer die Möglichkeit eröffnen, einen Unternehmenskaufvertrag auch nach Ablauf der vertraglichen Verjährungsfristen noch anzugreifen. Das Schuldrechtsreform-Gesetz hat weder den Arglistbegriff neu definiert noch die diesbezüglichen Verjährungsregelungen grundlegend geändert. Denn gemäß § 438 Abs. 3 i. V. m. §§ 195, 199 verjähren Schadensersatzansprüche aus arglistiger Täuschung nach drei Jahren ab Fälligkeit des Anspruchs und Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen. Gemäß § 199 Abs. 3 Ziff. 1 verjähren solche An-

Sprüche (erst) nach zehn Jahren von ihrer Entstehung, ohne Rücksicht auf die Fälligkeit und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers und ohne Rücksicht auf die vorstehenden Voraussetzungen auf jeden Fall nach Ablauf von 30 Jahren von der Pflichtverletzung an.

II. Gesetzliches Haftungssystem

1. Kaufobjekt „Unternehmen“

Das gesetzliche Haftungssystem nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung mit seinen Regeln für Rechtsmängel (§§ 434 ff.) sowie der Haftung für Sachmängel (§§ 459 ff.) aus dem Jahr 1900 war nicht auf die komplexen Probleme der Gewährleistung beim Unternehmenskauf und eine etwaige Rückabwicklung zugeschnitten und daher kaum geeignet gewesen, die sich beim Unternehmenskauf ergebenden Fragestellungen befriedigend zu regeln. Das Schuldrechtsreform-Gesetz hat diesbezüglich zu keinen grundlegenden Änderungen geführt. Beim *Beteiligungskauf* sind daher nach wie vor grundsätzlich nur die Vorschriften der Rechtsmängelhaftung im Hinblick auf die erworbenen Beteiligungsrechte anwendbar. Ob darüber hinaus auch auf Rechts- oder Sachmängel des durch die Beteiligung vermittelten unternehmensbezogenen Vermögens die gesetzliche Rechts- und Sachmängelgewährleistung analog angewendet werden kann, hängt davon ab, ob der Beteiligungskauf als bloßer Rechts- oder als Unternehmenskauf zu beurteilen ist. Nach Auffassung des BGH liegt ein *Unternehmenskauf* vor, wenn der Käufer zwar nicht alle Geschäftsanteile erwirbt, die bei dem Verkäufer oder einem Dritten verbleibenden Anteile aber so geringfügig sind, dass sie die Verfügungsbefugnis des Erwerbers über das Unternehmen nicht entscheidend beeinträchtigen, sofern nur der Wille der Vertragspartner auf den Kauf des Unternehmens - als ganzen - gerichtet ist⁵. Eine Beteiligungsquote des Käufers von mehr als 90 % ist regelmäßig ausreichend, eine Quote von weniger als 50 % regelmäßig nicht. Bei Beteiligungsquoten zwischen 50 % und 90 % entscheidet die Rechtsprechung je nach Beherrschungsgrad einzelfallbezogen⁶. Zwar sollen nach § 453 Abs. 1 auf den Kauf von Rechten die Vorschriften über den Kauf von Sachen entsprechende Anwendung finden. Doch auch nach dieser Regelung können Rechts- oder Sachmängel des durch die Beteiligung vermittelten Vermögens nur dann von dem Käufer geltend gemacht werden, wenn ein Unternehmenskauf im Sinne der Rechtsprechung vorliegt.

2. Kein Ausschluss der Haftung für „Garantien“ gemäß § 444? § 444 erfasst von seinem Wortlaut her auch die üblicherweise in Unternehmenskaufverträgen bislang auf Grundlage von § 305 a. F. abgegebenen und seit dem 1.1. 2002 auf Grundlage von § 311 Abs. 1 abzugebenden Garantien. Wäre diese Auslegung zutreffend, wären sämtliche Haftungsbeschränkungen, wie z. B. „bas-

Der Autor ist in der Kanzlei *Latham & Watkim Schön Holte* tätig. Mehr über ihn erfahren Sie auf S. XII.

§§ ohne nähere Angabe sind solche des BGB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. 11. 2001 („Schuldrechtsreform-Gesetz“).

§ 276 Abs. 2 BGB a. F.

Dazu *Härtung*, NZG 1999, 524, 528.

RGZ 135, 174; BGHZ 9, 1.

5 BGHZ 65, 246, 251.

6 Vgl. *Günther*, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 2, 4. Aufl., 11.1 Rn. 86, m. w. N. aus der Rechtsprechung.

jaques | Haftung des Verkäufers für arglistiges Verhalten beim Unternehmenskauf - zugleich eine Stellungnahme zu § 444 BGB n. F.

kets" oder „caps“, unwirksam⁷. Es stellt sich daher die Frage, ob der Gesetzgeber die Garantie im BGB einheitlich regeln wollte und damit die selbstständige Garantie gemäß § 311 Abs. 1 stets gleichbedeutend ist mit der „Garantie“ i. S. d. Kaufrechts. In der spärlichen Begründung zu § 444 findet sich bedauerlicherweise hierzu kein Hinweis und insbesondere nicht zu der Frage, inwieweit diese Vorschrift auch auf Garantien in einem Unternehmenskauf Anwendung findet. Allerdings lässt sich der Gesetzesbegründung zu § 444 der Hinweis entnehmen, dass die Garantie inhaltlich die im bisherigen Recht erwähnte Zusicherung einer Eigenschaft gemeint sei⁸. Die Begründungen zu §§ 276 und 442 enthalten den weiteren Hinweis, dass sich die Bedeutung der *Zusicherungen* an anderer Stelle im Gesetz wiederfinde, nämlich in § 276 Abs. 1. An dieser Stelle habe der Gesetzgeber neben Vorsatz und Fahrlässigkeit nunmehr auch den Fall der Garantie geregelt, die zu einer inhaltlichen Bestimmung dessen führe, was der Schuldner zu vertreten habe. In der Sache stehe dies der Zusicherung einer Eigenschaft gleich, bei der der Verkäufer die Erklärung abgebe, für die Folgen des Fehlens der Eigenschaft verschuldensunabhängig eintreten zu wollen. Daraus folgt, dass § 276 Abs. 1 als Vorschrift des Allgemeinen Teils für alle Arten von Garantien/Zusicherungen gelten muss; Immer dann, wenn ein Schuldner für einen Erfolg eine Garantie übernimmt (diesen Erfolg zusichert), konkretisiert diese Garantie als Inhalt des Schuldverhältnisses den Verschuldensmaßstab. Worauf sich die Garantie/Zusicherung inhaltlich beziehen kann, ist dann eine Frage des speziellen (gesetzlichen oder vertraglichen) Schuldverhältnisses.

Fraglich ist daher, ob der mögliche Gegenstand der Garantie/Zusicherung im Kaufrecht noch Raum für eine selbstständige Garantie nach § 311 Abs. 1 lässt, oder ob diese stets von der spezialgesetzlichen Regelung erfasst wird mit der Folge, dass § 444 zwingend auf jeden Kauf Anwendung findet. Da der in § 434 für die Definition eines Mangels verwendete Begriff „Beschaffenheit“ nach der bisherigen Rechtsprechung nur solche Umstände umfasst, die der Sache (oder dem Recht) unmittelbar anhaften, ist vom Wortlaut unklar (und in der Begründung zu § 434 ausdrücklich offen gelassen worden), ob zukünftig auch solche Umstände Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein können, die außerhalb der Kaufsache selbst liegen und bislang als Eigenschaft definiert wurden. Für eine Subsumtion der Eigenschaften einer Kaufsache unter den Beschaffenheitsbegriff spricht, dass in der Gesetzesbegründung mehrfach ausgeführt wird, dass die Garantie im Kaufrecht gleichbedeutend sei mit der „zugesicherten Eigenschaft“. Dieses gesetzgeberische Ziel tritt aber nur ein, wenn man auch die „Eigenschaft“ als „Beschaffenheit“ versteht. Indessen sind nach Auffassung des BGH Eigenschaften im Sinne des Sachmängelrechts - neben der physischen Beschaffenheit - alle tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, welche die Beziehung der Sache zur Umwelt betreffen und wegen ihrer Art und Dauer die Brauchbarkeit oder den Wert der Sache beeinflussen⁹.

Ob allerdings zukünftig auch solche Umstände als „Beschaffenheit“ angesehen und damit Gegenstand einer kaufrechtlichen Garantie werden können, die bislang nicht unter den Eigenschaftsbegriff fielen, ist zweifelhaft. Da der Unternehmenskäufer seine Kaufentscheidung in aller Regel auf der Grundlage von Umsatz-, Ertrags- und Bilanzangaben trifft, sind die darauf gerichteten Vereinbarungen der Vertragspartner sowie der Fall der (vorsätzlich oder fahrlässig) falschen Angaben hierzu von besonderer praktischer Relevanz¹⁰. Nach der bisherigen Rechtslage haftet der Verkäufer in diesen Fällen nicht nach Sachmängelrecht¹¹, da diese Umstände nicht dem Eigenschaftsbegriff unterfallen. Im Hinblick auf die danach erforderliche „gewisse Dauerhaftigkeit“ hält der BGH lediglich die sich im Regelfall erst nach einer längeren Geschäftsperiode ergebende „Ertragsfähigkeit“ oder die „Ertragskraft“ des Unternehmens für eine zusicherungsfähige Eigenschaft¹². Da

diese Fragen eng verbunden sind mit dem Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 wegen Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften, ist nicht damit zu rechnen, dass die Rechtsprechung diese Differenzierung aufgeben wird. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass - wie nach dem bisherigen Recht - die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes sowie seine Eigenschaften einer Vereinbarung und damit einer kaufrechtlichen Garantie zugänglich sind, nicht jedoch Umstände, die nicht als Eigenschaften der Sache angesehen werden können. Folglich findet außerhalb dieses Bereichs die selbstständige Garantie des § 311 Abs. 1 mit einem vom Kaufrecht abweichenden Inhalt Anwendung, so dass die Vorschrift des § 444 insoweit nicht gilt.

Es bleibt aber die Frage, ob eine selbstständige Garantie unter Ausschluss der kaufrechtlichen Regelungen einschließlich § 444 auch für solche Umstände wirksam vereinbart werden kann, die als Beschaffenheit oder Eigenschaft sonst dem Kaufrecht unterfielen. Eine schlichte Berufung auf die Vertragsfreiheit zur Begründung des Ausschlusses zwingender gesetzlicher Vorschriften würde Tür und Tor öffnen, auch andere zwingende Vorschriften, wie z. B. § 276 Abs. 3, obsolet werden zu lassen. Auf Grund der offenbar vom Gesetzgeber nicht beabsichtigten zu weiten Formulierung in § 444 erscheint es daher sachgerecht, den Anwendungsbereich dieser Vorschrift im Hinblick auf die Garantieübernahme jedenfalls in den Fällen teleologisch zu reduzieren, in denen die Vertragspartner das Schuldverhältnis inhaltlich vollständig selbst ausgestalten und statt der kaufrechtlichen Vorschriften eine selbstständige Garantie vereinbaren wollen. Ob dann die zwingende Haftung für Arglist aus § 444 oder aus § 276 Abs. 3 folgt, ist auf Grund der einheitlichen Verwendung der Begriffe Vorsatz und Arglist in der Rechtsprechung eher dogmatischer Natur. Auf dieser Grundlage könnten die Vertragsparteien beim Unternehmenskauf auch weiterhin ein eigenständiges Regelungssystem schaffen, in dem - soweit gesetzlich zulässig - die Haftung im Übrigen ausgeschlossen wird.

3. Haftung aus culpa in contrahendo (§§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 280)

Besondere Bedeutung für die Haftung beim Unternehmenskauf hat auch die Haftung aus culpa in contrahendo. Soweit sich die falschen oder unvollständigen Angaben des Verkäufers auf eine Beschaffenheit oder eine garantiefähige Eigenschaft der Kaufsache beziehen, bildet das Sachmängelrecht auch weiterhin grundsätzlich eine abschließende Sonderregelung¹³. Soweit aber das vorvertragliche Verschulden vorsätzlich ist oder sich die unrichtigen Auskünfte des Verkäufers nicht auf eine Beschaffenheit oder garantiefähige Eigenschaft beziehen, kommt das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo bzw. nunmehr die diese ersetzenden §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 280 zur Anwendung¹⁴. Durch den verhältnismäßig engen Fehler- bzw. Eigenschaftsbegriff (s.o. 2.) eröffnet die Rechtsprechung somit einen entsprechend weiten Spielraum für die culpa in contrahendo¹⁵.

4. Arglistiges Verhalten

Die Haftung für arglistiges Verhalten geht häufig einher mit der Haftung aus culpa in contrahendo. Hat der Verkäufer den Käufer

7 Zu diesem fragwürdigen Ergebnis kommt *Graf v. Westphalen*, ZIP 2001, 2107.

8 BT-Drucks. 14/6040, 237, 240.

9 Vgl. nur BGH, NJW 1990, 1658, 1659.

10 Vgl. dazu BGH, WM 1988, 1700, 1702.

11 Vgl. BGH, NJW-RR 1989, 306; BGH, WM 1988, 1700, 1701.

12 BGH, NJW 1970, 654, 655; dagegen G, *Müller*, ZIP 2000, 817, 823, der dafür plädiert, die „Ertragsfähigkeit“ und die „Ertragskraft“ nicht zu den zusicherungsfähigen „Eigenschaften“ zu zählen.

13 BGH, WM 1990, 1210, 1212.

14 Vgl. BGH, NJW 1970, 654, 655, zu fahrlässig falschen Umsatzangaben.

15 Vgl. *Canons*, ZGR 1982, 395, 415.

vorsätzlich getäuscht, wäre ein etwaiger Haftungsausschluss im Unternehmenskaufvertrag bereits nach § 276 Abs. 3 unwirksam und der Verkäufer bis maximal 30 Jahre lang der Haftung aus culpa in contrahendo ausgesetzt (vgl. § 199 Abs. 3 Ziff. 2.). Die Ansprüche des Käufers sind in diesem Fall recht unifassend, so dass es nicht immer des Rückgriffs auf eine Haftung wegen arglistiger Täuschung bedürfte. Dennoch kann es sein, dass die Tatbestandsvoraussetzung des Schadens beim Anspruch aus culpa in contrahendo nicht oder nicht in dem gewünschten Umfang nachweisbar ist und somit ein Ausweichen auf § 123 nötig wird. Auch sonst sind unterschiedliche Rechtsfolgen denkbar. Außer im Bereich der deliktischen Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB oder nach § 826 kann sich im Rahmen der vertraglichen Haftung ein etwa arglistiges Verhalten im Wesentlichen in den folgenden Bereichen auswirken: Anfechtung des Kaufvertrages gemäß § 123 Abs. 1 i. V. m. §§ 812 ff., Rücktritt gemäß § 437 Ziff. 2 und Schadensersatz gemäß § 437 Ziff. 3 bei Täuschung über Sach- oder Rechtsmängel. Daneben kann sich auch nach dem Institut der positiven Vertragsverletzung (nunmehr nach § 280) für die Verletzung einer selbstständigen Nebenpflicht zur sachgemäßen und umfassenden Aufklärung über besondere Eigenschaften eine Haftung ergeben¹⁶.

III. Rechtsprechung zum „arglistigen Verhalten“

Entscheidende Bedeutung für die Unwirksamkeit des vertraglichen Haftungsausschlusses gemäß § 444 (vormals § 443 und § 476¹⁷) bzw. § 276 Abs. 3 kommt in allen Fällen der Definition der arglistigen Täuschung zu, für die es ausreicht, dass einer von mehreren Verkäufern arglistig gehandelt hat¹⁸. Zwar können sich im Einzelfall die Rechtsfolgen der (vorsätzlichen) culpa in contrahendo und der Arglist voraussetzenden Tatbestände unterscheiden. Wegen der identischen Verwendung der Begriffe „Vorsatz“ und „Arglist“ in der Rechtsprechung soll jedoch nachfolgend darauf verzichtet werden, jeweils beide Alternativen gesondert zu behandeln.

1. Objektiver Tatbestand der Arglist

Der objektive Tatbestand des arglistigen Verhaltens kann zum einen durch die Entstellung von Tatsachen erfüllt werden, wie z. B. falsche Bilanzangaben oder falsche Ertragsaussichten. Zum anderen kann Arglist auch durch Schweigen erfüllt werden. Grundsätzlich ist es jedoch Sache einer jeden Partei, ihre eigenen Interessen selbst wahrzunehmen¹⁹. Schweigen begründet daher nur dann ein arglistiges Verhalten, wenn eine Aufklärungspflicht angenommen werden kann²⁰. Dies soll namentlich dann der Fall sein, wenn (a) ein entsprechender Sachverhalt auf Fragen hin nicht aufgeklärt wird, (b) bei Umständen, die offensichtlich für den Käufer von ausschlaggebender Bedeutung sind²¹, wie z. B. Schwierigkeiten hinsichtlich der Ertragslage²², oder (c) besonderes Vertrauen in Anspruch genommen worden ist.

In seiner Entscheidung vom 8. 5. 1980 führt der BGH aus, dass die grundsätzliche Verpflichtung bestünde, den anderen Vertragsteil über Umstände aufzuklären, die zur Vereitelung des Vertragszwecks geeignet seien und daher für die Entschließung des anderen Vertragsteils von Bedeutung sein könnten. Eine Aufklärung dürfe der Käufer insbesondere dann nach der Verkehrsauffassung erwarten, wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers entsprechende Zusicherungen über das Nichtvorhandensein eines bestimmten Umstandes abgibt in dem Bewusstsein, dass sie für den Käufer von wesentlicher Bedeutung sind²³. Nach dieser Rechtsprechung dürfte sich der Verkäufer daher bereits vielfach durch die Abgabe des (üblichen) Zusicherungs-/Garantiekataloges im Bereich der Arglist bewegen, wenn sich später herausstellt, dass eine Zusicherung nicht den Tatsachen entspricht und der Käufer hierüber nicht aufgeklärt wurde. Weiter führt der BGH in der zitierten Entschei-

dung aus, dass zwar der gutgläubige Verkäufer nicht wegen Arglist haften, selbst wenn der gute Glaube auf Fahrlässigkeit oder Leichtfertigkeit beruhe. Nicht erforderlich sei aber das Wissen, dass die angegebene Tatsache nicht der Wahrheit entspreche, so dass auch derjenige arglistig handle, der einem anderen versichere, eine bestimmte Kenntnis von Vorgängen oder Umständen zu haben, diese Kenntnis aber in Wirklichkeit nicht habe und somit Angaben ohne jegliche sachliche Grundlage mache²⁴. Danach können auch die „weichen Garantien“, bei denen nicht der objektive Tatbestand, sondern lediglich ein „bestes Wissen“ garantiert wird, schnell zum Arglistvorwurf rühren.

In diesem Zusammenhang ist auch auf eine neuere Entscheidung des BGH vom 4. 4. 2001²⁵ hinzuweisen, nach der den Verkäufer von GmbH-Anteilen eine gesteigerte Aufklärungspflicht wegen erschwerter Bewertung des Kaufobjekts durch den Käufer trifft. Beim Kauf eines Unternehmens oder von GmbH-Geschäftsanteilen sei im Hinblick auf den für den Kaufpreis im Regelfall erheblichen Ertragswert insbesondere zu berücksichtigen, dass der Kaufinteressent - für den Verkäufer erkennbar - sich ein einigermaßen zutreffendes Bild von den wertbildenden Faktoren in erster Linie nur anhand der Bilanzen, der laufenden betriebswirtschaftlichen Auswertungen, sonstiger Buchführungsunterlagen und ergänzender Auskünfte des Inhabers oder Geschäftsführers machen könne. Diese Erschwerung der Bewertung des Kaufobjekts durch einen außenstehenden Interessenten, die auch durch dessen möglicherweise vorhandene Sachkunde nicht ausgeglichen werde, und seine besondere Abhängigkeit von der Vollständigkeit und Richtigkeit der ihm erteilten Informationen - vor allem zur Umsatz- und Ertragslage des Unternehmens - sowie die regelmäßig weitreichenden wirtschaftlichen Folgen der Kaufentscheidung rechtfertigten es, dem Verkäufer eine gesteigerte Aufklärungspflicht aufzuerlegen und an die hierbei anzuwendende Sorgfalt einen strengen Maßstab anzulegen²⁶.

Im Ergebnis ist deshalb davon auszugehen, dass bei einer Vielzahl von Unternehmenskäufen entweder auf Grund zielgerichteter Fragen im Rahmen der Due Diligence/bei Vertragsverhandlungen oder bei offenbar wesentlichen Umständen, wie z. B. bei Kontaminationen von mit erworbenen Grundstücken, der objektive Tatbestand eines arglistigen Verhaltens erfüllt ist, wenn der Verkäufer den Käufer hierüber nicht aufgeklärt hat. Auch kann insbesondere die Abgabe von sowohl „harten“ wie „weichen“ Garantien dazu rühren, dass die Rechtsprechung ein arglistiges Verhalten annimmt. Hat der Käufer hingegen Anlass, eine Zusicherung zu verlangen, auf eine solche allerdings keinen Wert gelegt oder sie nicht durchsetzen können, ist zweifelhaft, ob er dasselbe oder doch ein ähnliches Ergebnis auf dem Umweg über die Arglisthaftung erreichen können darf²⁷.

2. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit eines arglistigen Verhaltens ist ipso facto gegeben, wenn sich der Verkäufer nicht auf eine Rechtfertigungsnorm stützen kann.

16 Vgl. BGHZ 88, 130, 135.

17 Im Regierungsentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts zusammengerasst in § 444 I. V. m. § 453.

18 BGH, WM 1987, 1285, 1286.

19 Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 2. Aufl. 1998, Teil I Rn. 90.

20 A. A. Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl. 1991, § 463 Rn. 24, der für §§ 463 S. 2, 476, 443 ein bloßes Verschweigen unter Hinweis auf den Wortlaut genügen lässt.

21 Vgl. dazu BGH, WM 1988, 1700.

22 S. zur gesteigerten Aufklärungspflicht BGH, ZIP 2001, 918,

23 BGH, WM 1980, 984, 985.

24 BGH, WM 1980, 984, 985.

25 BGH, BB 2001, 1167 ff. »ZIP 2001, 918.

26 BGH, BB 2001, 1167 ff. = ZIP 2001, 918, 920.

27 Staudinger/Honsell, BGB, 13. Aufl. 1995, vor §§ 459 ff.

jaques | Haftung des Verkäufers für arglistiges Verhalten beim Unternehmenskauf - zugleich eine Stellungnahme zu § 444 BGB n. F.

3. Der subjektive Tatbestand

Für den subjektiven Tatbestand der arglistigen Täuschung ist vorsätzliches Verhalten erforderlich, wobei die Rechtsprechung bereits bedingten Vorsatz genügen lässt²⁸. Zwar ist danach keine Schädigungsabsicht des Verkäufers erforderlich, doch ist für Vorsatz das Wissen und Wollen der Täuschung Voraussetzung²⁹. Ausreichend für den Vorsatzvorwurf sind auch „Angaben ins Blaue hinein“, denn wer verschweigt, dass ihm die zur sachgemäßen Beurteilung des Erklärungsgegenstandes erforderliche Kenntnis fehlt, rechnet mit der Möglichkeit, dass seine Angaben nicht der Wahrheit entsprechen. In einer Entscheidung vom 31. 1. 1996³⁰ hat der BGH hingegen entschieden, dass ein Vergessen relevanter Tatsachen lediglich einen Fahrlässigkeitsvorwurf begründe, nicht aber den Kenntnis voraussetzenden Arglistvorwurf.

4. Zurechnungstatbestände

Beim Unternehmenskauf stellt sich wegen der arbeitsteiligen Organisation - sowohl beim Verkäufer als auch bei der Zielgesellschaft - die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Zurechnung von arglistigen bzw. vorsätzlichen Verhaltensweisen auf Verkäuferseite erfolgen kann. Außer einer Zurechnung über § 31 (Organhaftung³¹) und § 831 (deliktische Haftung für Verrichtungsgehilfen) sind hier namentlich die Vorschriften der §§ 166 und 278 von Interesse.

a) § 278 BGB

Zum einen erfolgt eine Zurechnung des Verschuldens nach § 278 immer dann, wenn der Verkäufer Dritte als Erfüllungsgehilfen einsetzt. Hilfe bei der Erfüllung vorvertraglicher Pflichten kann neben den Arbeitnehmern der Verkäufer-Gesellschaft auch eine mit der Führung von Vertragsverhandlungen betraute Person sein. Allerdings hat der Schuldner (der Verkäufer) ein Verschulden seines Erfüllungs- bzw. Verhandlungsgehilfen nach § 278 nur zu vertreten, wenn die gegen den Gehilfen erhobenen Vorwürfe aus der Sicht eines Außenstehenden ein Verhalten betreffen, welches im inneren sachlichen Zusammenhang mit dem Wirkungskreis steht, der dem Gehilfen zugewiesen worden ist³². Die Rechtsprechung rechnet dem Verkäufer dabei auch ein vorsätzliches/arglistiges Verhalten der beim Unternehmenskauf hinzugezogenen Rechtsanwälte, Investmentbanker, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer usw. zu³³. Fraglich ist hingegen, inwieweit dem Verkäufer das Wissen etwaiger anderer Hilfspersonen beim Unternehmenskauf, namentlich der Mitarbeiter der Target-Gesellschaft, zugerechnet werden kann. Teilweise wird ohne weiteres davon ausgegangen³⁴, teilweise wird der Geschäftsführer der Zielgesellschaft jedenfalls nicht als Vertreter der Muttergesellschaft eingeordnet³⁵ bzw. nicht als Erfüllungsgehilfe der Muttergesellschaft angesehen³⁶. Die Rechtsprechung hat diese Frage - soweit ersichtlich - noch nicht entschieden. Da § 278 auf sämtliche Verhaltenspflichten, einschließlich der Aufklärungspflicht des Schuldners, anwendbar ist³⁷, ist davon auszugehen, dass neben dem Geschäftsführer der Ziel-Gesellschaft deren sonstige Mitarbeiter, die den Verkäufer bei dem Verkauf des Unternehmens unterstützen, als Erfüllungsgehilfen des Verkäufers gelten³⁸. Denn mit Blick auf das für § 278 erforderliche Rechtsverhältnis sind allein die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend³⁹.

Fraglich ist allerdings, ob § 278 BGB nur im Hinblick auf das tatsächliche Wissen des einzelnen Mitarbeiters der Zielgesellschaft begrenzt ist, oder ob darüber hinaus auch eine Zurechnung des „verfügbaren Aktenwissens“ in der Zielgesellschaft erfolgt⁴⁰.

b) § 166 BGB

Als weitere Zurechnungsnorm greift die Rechtsprechung insbesondere auf § 166 zurück. Bereits in seiner Entscheidung vom 8. 12.

1989⁴¹ hat der BGH ausgeführt, dass die Frage der Wissenszurechnung von Organvertretern sich nicht mit logisch-begrifflicher Stringenz, sondern nur in wertender Beurteilung entscheiden lasse. Der Vertragspartner einer juristischen Person dürfe nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt sein als derjenige einer natürlichen Person⁴². Bei dem Arglistvorwurf gehe es auch nicht um eine Sanktion für moralisch verwertbares Verhalten, sondern um eine angemessene Risikoverteilung zwischen den Vertragspartnern. Im Übrigen sei ein moralisch vorwerfbares Verhalten bei dem - auf bedingten Vorsatz reduzierten - Tatbestandsmerkmal der „Arglist“ im Sinne des § 463 S. 2 BGB schon allgemein nicht erforderlich⁴³. Auf dieser Grundlage hat der BGH durch Urteil vom 2. 2. 1996⁴⁴ festgestellt, dass eine Zurechnung des Wissens nach § 166 nicht nur für den rechtsgeschäftlichen Vertreter oder einen ausdrücklich zum „Wissensvertreter“ bestellten Mitarbeiter erfolge, sondern von allgemeiner Natur sei. Eine Wissenszurechnung müsse immer dann erfolgen, wenn diejenigen Informationen, die typischerweise aktenmäßig festgehalten werden, verfügbar seien⁴⁵, denn die Wissenszurechnung gründe nicht in der Organstellung oder einer vergleichbaren Position des Wissensvermittlers, sondern im Gedanken des Verkehrsschutzes und der daran anknüpfenden Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation der gesellschaftsinternen Kommunikation⁴⁶. Bei juristischen Personen, aber auch bei sonstigen Organisationsformen, bei denen es zu einer arbeitsteiligen „Wissensaufspaltung“ komme, wie z. B. bei Gesamthandsgesellschaften, wird das Wissen aller Organwalter zugerechnet⁴⁷. Eine Zurechnung erfolgt auch dann, wenn ein Organwalter bereits ausgeschieden ist⁴⁸, nicht jedoch für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die Kommanditgesellschaft oder die offene Handelsgesellschaft, da diese in ihrem Bestand nicht in dem Maße von den jeweils handelnden Gesellschaftern unabhängig sind wie juristische Personen von ihren Organvertretern⁴⁹. Allerdings nimmt die Rechtsprechung im Rahmen einer solchen Wissenszurechnung auch persönliche und zeitliche Grenzen an, die im Wesentlichen von dem Prinzip der Zumutbarkeit bestimmt werden⁵⁰. Durch Urteil vom 13. 10. 2000⁵¹ hat der BGH die Rechtsprechung weiter verfeinert und klargestellt, dass die Zurechnung nur zulasten der juristischen Person oder Personengesellschaft stattfindet, nicht jedoch zulasten ihrer Organe oder vertretungsberechtigten Mitglieder. Eine Zurechnung von Wissen sei grundsätzlich nicht geeignet, „Wissen“ eines personenidentischen Organs einer anderen juristischen Person oder eines personenidentischen Mitglieds einer Gesamthandsgesellschaft außerhalb derjenigen Struktureinheit zu begründen, deren Aufgaben wahrzunehmen seien. Etwas anderes gelte nur, wenn die Wahrnehmung der Aufgaben der juristischen

28 Vgl. nur BGH, WM 1987, 1285, 1286 m. w. N.

29 Vgl. nur *Erman/Palm*, BGB, 10. Aufl., § 123 Rn. 29.

30 BGH, NJW 1996, 1205.

31 Gilt für alle juristischen Personen sowie nach der Rechtsprechung entsprechend für oHG und KG.

32 BGH, NJW 1991, 25, 56, 25, 57 m. w. N.

33 Vgl. z. B. zu falschen Bilanzangaben BGH, NJW 1980, Z408, 2409.

34 *Härtung*, NZG 1999, 524, 527.

35 *Sieger/Hasselbach*, GmbHR 1998, 957, 958.

36 G. Müller, ZIP 2000, 817, 823.

37 Vgl. nur *Palandt/Hannchs*, BGB, 61. Aufl. 2002, § 278 Rn. 16 f.

38 A. A. G. Müller, ZIP 2000, 817, 823.

39 Vgl. *Erman/Battes*, BGB, 10. Aufl., § 278 Rn. 16.

40 Dazu sogleich unter b).

41 BGHZ 109, 327.

42 BGHZ 109, 327, 332; BGHZ 132, 30, 36.

43 BGHZ 109, 327, 333.

44 BGHZ 132, 30 - BB 1996, 924 ff.

45 BGHZ 132, 30, 35, unter Verweis auf BGHZ 109, 327, 332.

46 BGHZ 132, 30, 37 = BB 1996, 924 ff.

47 BGHZ 132, 30, 37 = BB 1996, 924 ff.

48 BGHZ 109, 327, 330.

49 Vgl. BGH, WM 1995, 1145, 1147.

50 BGHZ 132, 30, 38 = BB 1996, 924 ff.

51 BGH, ZIP 2001, 26.

Haftung des Verkäufers für arglistiges Verhalten beim Unternehmenskauf - zugleich eine Stellungnahme zu § 444 BGB n. F. | Jaques

Person oder Gesamthandsgesellschaft so organisiert sei, dass ein Teil ihres Aufgabenbereichs auf eine natürliche Person oder eine selbstständige juristische Einheit ausgegliedert sei⁵².

Beim Unternehmenskauf ist im Bereich der Zurechnung insbesondere auch das in der Ziel-Gesellschaft vorhandene „verfügbare Aktenwissen“ relevant. Da die Rechtsprechung den Aspekt des Verkehrsschutzes auf der Grundlage einer wertenden Betrachtung in den Vordergrund stellt, ist nicht auszuschließen, dass sie Verkäufer und Target als Einheit betrachtet und insbesondere dann, wenn Geschäftsführer und andere Mitarbeiter des Targets von dem Verkäufer im Rahmen der Due Diligence etc. zur Aufklärung des Käufers eingesetzt werden, diesem auch das „verfügbare Aktenwissen“ zurechnet,

5. Kritik an der Rechtsprechung

Die Gleichstellung von natürlichen Personen und juristischen Personen/Personengesellschaften ist sicherlich ein probates Mittel, den Interessen des Käufers gerecht zu werden. Vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit, der Interessenlage beim Unternehmenskauf sowie der erheblichen Tragweite eines „arglistigen Verhaltens“ - insbesondere aus Sicht des Verkäufers - ist jedoch der Abschied der Rechtsprechung von einer dogmatischen Begründung und der Rückzug auf eine wertende Betrachtungsweise bedenklich.

a) Dogmatische Bedenken - Wollenzurechnung und Abgrenzung von bewusster Fahrlässigkeit

Die Begründung des BGH zur Haftung für Vertreter über den Weg des § 166 unterliegt zunächst dogmatischen Bedenken. Wortlaut und systematische Stellung dieser Vorschrift belegen klar, dass es lediglich um eine Zurechnung von Wissen geht. Arglist im Sinne von §§ 123, 444 (bzw. §§ 443, 463 S. 2, 476 alte Fassung des BGB) setzt jedoch Vorsatz, also Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung, voraus. Die richtige Zurechnungsnorm wäre folglich § 278 S. 1. Nicht unproblematisch im Hinblick auf die Definition arglistigen Verhaltens und die Zurechnung von Wissen/Verschulden ist auch die Abgrenzung von Arglist und (bewusst) fahrlässigem Verhalten. Während ein arglistiges Verhalten (auch in Form des *dolus eventualis*) als Vorsatzform auf Seiten des Verkäufers voraussetzt, dass er den Erfolg der Täuschung für möglich hält und den Eintritt der Täuschung in Kauf nimmt, geht der Inhalt des Fahrlässigkeitsvorwurfs dahin, dass der Handelnde die Tatbestandsverwirklichung kennen und vermeiden konnte, d. h. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachten konnte. Ob das bloß „verfügbare Aktenwissen“ als Grundlage für die Begründung arglistigen Verhaltens ausreicht, begegnet einigen Bedenken. Denn das sich insbesondere im Wollenselement des Vorsatzes verkörpernde Handlungsunrecht des Verkäufers lässt sich nur schwerlich auf eine Verletzung der Organisationspflichten stützen. Dies wird auch im Fall desjenigen Unternehmensverkäufers deutlich, der im Rahmen der Due Diligence und der Vertragsverhandlungen seine Mitarbeiter instruiert hat, aus ihren jeweiligen Bereichen etwaige Risiken weiterzumelden. Leitet dennoch ein gedankenloser Mitarbeiter entsprechende Kenntnisse über Kontaminationen von Grundstücken etc. nicht weiter oder erhält dieser selbst nicht einmal Kenntnis von den Risiken, so kann zwar dem Verkäufer unter dem Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes und eines Organisationsverschuldens eine Art „Soll-Kennntnis“ zugerechnet werden. Die Annahme eines Wollenselementes in Form eines billigenden In-Kauf-Nehmens der Täuschung des Käufers schießt jedoch über das Ziel hinaus⁵³. Anderes mag im Fall der „gespaltenen Arglist“ gelten, bei der ein Mitarbeiter, der nicht an den Verhandlungen teilnimmt und nicht selbst gegenüber dem Käufer in Erscheinung tritt, arglistig Mängel verschweigt, der Verhandlende hiervon jedoch keine Kenntnis hat. Hier mag dem Verkäufer die Arglist über

§ 278 zugerechnet werden. Auf welchem schmalen Grat sich der BGH bewegt, zeigt auch das Urteil vom 14. 10. 1993, bei dem es um die Frage eines arglistigen Verschweigens der möglichen Schadstoffbelastung eines Industriegrundstücks ging⁵⁴. Anders als im Fall eines zu veräußernden Geländes, das als ehemalige Mülldeponie bereits für sich allein genommen einen offenbarungspflichtigen Mangel der Kaufsache darstelle, könne im Fall eines ehemaligen Industriegebietes die bloße Erkennbarkeit der Schadstoffbelastung lediglich einen Fahriässigkeitvorwurf begründen, ohne dass die Schwelle zum bedingten Vorsatz und damit zur Arglist überschritten würde⁵⁵.

b) Das „Gleichstellungsargument“ des BGH

Das zum Schutze des Rechtsverkehrs herangezogene Gleichstellungsargument der Rechtsprechung, also die Gleichstellung der juristischen Personen und Personengesellschaften mit einer natürlichen Person, berücksichtigt nur unzureichend die *ratio legis* des § 444 (vormals §§ 443 und 476), nach der sich - ebenfalls zur Sicherung des Rechtsverkehrs - (nur) der arglistige Verkäufer nicht auf einen Haftungsausschluss berufen können soll mit der Folge, dass ihm eine arglistige Täuschung für die Dauer von bis zu 30 Jahren entgegengehalten werden könnte⁵⁶. Dieses Ergebnis scheint im Hinblick auf den dem Verkäufer vorzuwerfenden Verstoß mangelnder Organisation unbillig. Aus diesem Grund ist auch der Verzicht des BGH auf das (moralische) Unwerturteil der Arglist nur schwer darstellbar. Der von § 444 bewirkte Einschnitt in die grundgesetzlich verbürgte Vertragsfreiheit ist nur dann gerechtfertigt, wenn auch den Verkäufer der Vorwurf eines auf Irrtumserregung zielenden Täuschungswillens trifft⁵⁷. Aus der fingierten Kenntnis allein lässt sich indessen noch nicht auf ein Motivierungsbewusstsein schließen⁵⁸.

Soweit es um die Zurechnung des bei der Ziel-Gesellschaft „verfügbaren Aktenwissens“ zum Nachteil des Verkäufers geht, würde das Gleichstellungsargument auch nicht passen, da der Erwerber beim Erwerb von einer juristischen Person ja nicht schlechter steht wie bei einem Erwerb von einer natürlichen Person: In beiden Fällen befindet sich das Wissen über etwaige Mängel nicht in der Sphäre des Verkäufers, sondern in der Sphäre des Verkaufsobjekts. Unberührt bliebe freilich die Zurechnung der Arglist von Erfüllungshelfern im Sinne des § 278 auf Seiten der Zielgesellschaft.

c) Vertragsfreiheit und Interessenlage beim Unternehmenskauf

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit beinhaltet auch - vorbehaltlich der Einschränkungen in den §§ 276 Abs. 3, 444 - die grundsätzliche Möglichkeit, sämtliche Gewährleistungspflichten des Verkäufers auszuschließen. Die Einschränkung, die die Vertragsfreiheit durch die ausufernde Definition des Begriffs Arglist erfährt, ist auch mit der Interessenlage beim Unternehmenskauf nur schwer vereinbar. Als „lebender Organismus“ verändert sich der Kaufgegenstand überaus schnell (insbesondere bei nachfolgenden Restrukturierungen oder Weiterveräußerungen), so dass eine Rückabwicklung bereits nach relativ kurzer Zeit selten den wirtschaftlichen Interessen der Vertragsparteien gerecht wird. Um sowohl auf Verkäufer- als auch auf Käuferseite möglichst schnell Rechtsklarheit zu haben,

52 BGH, ZIP 2001, 26.

53 Ebenso *Altmeppen*, BB 1999, 749, 752; zweifelnd zur Reichweite der „Arglist“ auch *Statilittiger/Honsell* (Fn. 27), § 463 Rn. 25.

54 BGH, WM 1994, 70.

55 BGH, WM 1994, 70, 72.

56 Vgl. zur Unzuiässigkeit auch einer Verjährungsverkürzung *Altmeppen*, BB 1999, 749.

57 Vgl. auch *Emman/Palm* (Fn. 29), § 123 Rn. 29.

58 *Soergel/Hefemehl*, BGB, 13. Aufl. 1999, § 123 Rn. 29.

Jaques | Haftung des Verkäufers für arglistiges Verhalten beim Unternehmenskauf - zugleich eine Stellungnahme zu § 444 BGB n. F.

vereinbaren die Vertragsparteien daher Verjährungsfristen von regelmäßig zwei bis fünf Jahren. Eine Rückabwicklung nach sogar 30 Jahren im Fall der arglistigen Täuschung wäre aus praktischer Sicht nahezu unmöglich und muss daher restriktiv gehandhabt werden⁵⁹. Vor diesem Hintergrund der Interessenlage beim Unternehmenskauf rechtfertigt es der Verkehrsschutz auch nicht, dem Verkäufer das „verfügbare Aktenwissen“ (als Fahrlässigkeitsvorwurf) auf Seiten des Verkäufers und erst recht bei der Zielgesellschaft zuzurechnen, wenn nicht auch gleichzeitig dem Verkäufer ein doloses Verhalten in Form eines Täuschungswillens eines seiner Mitarbeiter oder Erfüllungsgehilfen zugerechnet werden kann. In der Zielgesellschaft muss die Zurechnung in jedem Fall auf das tatsächliche Wissen derjenigen Personen beschränkt bleiben, die vom Verkäufer als Erfüllungsgehilfen hinzugezogen wurden. Andernfalls würde der Käufer, der von einer juristischen Person erwirbt, besser gestellt als derjenige, der von einer natürlichen Person erwirbt.

d) Keine Zurechnung von Verhaltensweisen außerhalb der Transaktion

Bei Beratungsleistungen, die nicht unmittelbar im Zusammenhang mit dem Unternehmenskauf im Auftrag des Verkäufers erfolgen, z. B. die von dem Steuerberater erstellten Bilanzen für das letzte Geschäftsjahr des Targets, ist dem Verkäufer ein Verschulden/arglistiges Verhalten des Beraters bezüglich einer unrichtigen Bilanz nicht zuzurechnen⁶⁰. Allerdings macht sich der Verkäufer im Rahmen der Vertragsverhandlungen und Due Diligence die Bilanzangaben des Targets häufig zu Eigen, indem er sie dem Erwerber - beispielsweise für Zwecke der Kaufpreisermittlung - überlässt. Dies vermag jedoch nicht ohne weiteres einen Arglistvorwurf zu begründen.

6. Gesellschaftsrechtliche Anknüpfungspunkte zur Zurechnung

Außer den in Punkt 4. beschriebenen Zurechnungstatbeständen könnte auch die gesellschaftsrechtliche Konstellation zwischen Verkäufer und zu verkaufender Gesellschaft Anhaltspunkte für eine Zurechnung bieten. Bei einer GmbH spricht im Fall der Veräußerung einer Mehrheitsbeteiligung das Weisungsrecht des veräußernden Mehrheitsgesellschafters ebenso für eine Zurechnung wie im Fall eines Beherrschungsvertrages im Sinne des § 291 AktG, weil der Verkäufer in diesen Fällen die Organisationshoheit der Ziel-GmbH oder der beherrschten Gesellschaft durchbricht und gleichsam in die eigene Organisation integriert. Bei einer AG als Targetgesellschaft, bei der kein Beherrschungsvertrag besteht, liegt es hingegen anders: Wegen der Verpflichtung des Vorstands zur Verschwiegenheit nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, der stark eingeschränkten Informationsrechte des Aktionärs sowie in Ermangelung eines Weisungsrechts des Gesellschafters gegenüber dem Vorstand wird die Zurechnung des Verhaltens des Vorstands oder von Mitarbeitern des Targets nicht begründet. Aber auch hier könnte eine Zurechnung auf Grundlage von § 278 BGB erfolgen, sofern sich der Verkäufer bei der Erfüllung seiner (Aufklärungs-)Pflichten der Mitarbeiter der Target-Gesellschaft tatsächlich bedient.

7. Zwischenergebnis

Im Ergebnis muss auf Grundlage der BGH-Rechtsprechung davon ausgegangen werden, dass auf Verkäuferseite für die Dauer von bis zu 30 Jahren eine Haftung für arglistiges Verhalten auf der Grundlage eines bloß verfügbaren Aktenwissens bei der verkaufenden Gesellschaft angenommen wird. Dass diese an Verkehrsschutzgesichtspunkten orientierte Rechtsprechung auch auf verfügbares Aktenwissen bei der Zielgesellschaft ausgedehnt würde, ist nicht auszuschließen. Auch nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Verjährungsfristen dürfte damit häufig das Risiko/die Möglichkeit bestehen, den Unternehmenskaufvertrag noch anzufechten bzw. davon zurückzutreten oder Schadensersatz zu verlangen.

IV. Weitere Auswirkungen arglistigen Verhaltens beim Unternehmenskauf

Ausgehend von der oben beschriebenen Rechtsprechung zur Arglist können auch die folgenden Fragen beim Unternehmenskauf relevant werden:

1. Gleiche Behandlung von Vorsatz und Arglist?

Gemäß § 278 S. 2 kann die Haftung für Vorsatz des Erfüllungsgehilfen (Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und sonstige Berater) auch im Voraus ausgeschlossen werden⁶¹. Da die Rechtsprechung die Begriffe „Vorsatz“ und „Arglist“ identisch verwendet, ist davon auszugehen, dass § 278 S. 2 auch für Arglist des Erfüllungsgehilfen gilt.

2. Einschränkung der Haftung gemäß §§ 439 und 460

Ist die Anwendbarkeit von § 442 (vormals §§ 439 und 460) nicht ausgeschlossen, so schadet dem Käufer im Fall des arglistigen Verhaltens des Verkäufers lediglich positive Kenntnis. Aus Sicht des Verkäufers ist es daher von entscheidender Bedeutung, sich im Rahmen der vorbereitenden Vertragsverhandlungen die Offenlegung von Informationen und die Aufklärung des Käufers über bestimmte Rechts- und Sachmängel schriftlich bestätigen zu lassen⁶².

3. Zeitpunkt der Arglist

In vielen Unternehmenskaufverträgen fallen schuldrechtlicher Vertragsschluss (Signing) und Erfüllung (Closing/Completion) auseinander. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Täuschung und eine etwaige Kenntnis des Käufers nach § 442 ist dabei der Abschluss des Kaufvertrags⁶³. § 464 (BGB alte Fassung) wurde indessen ersatzlos gestrichen. Allerdings wird in der Begründung zur Aufhebung von § 464 ausgeführt, dass im Einzelfall ohnehin mit der rückgelassenen Entgegennahme einer als mangelhaft erkannten Sache eine den ursprünglichen Vertrag ändernde Vereinbarung über die Beschaffenheit der Sache verbunden sein könne. Dies würde dann wohl analog auch bei Vereinbarung selbstständiger Garantien gelten. Im Falle des Erwerbs von GmbH-Anteilen oder Anteilen an einer GmbH & Co. KG wäre ein solcher Nachtrag zur schuldrechtlichen Verpflichtung vor wirksamer Abtretung nur wirksam, wenn dieser beurkundet würde. Auf der Grundlage des Gesamtbeurkundungsgrundsatzes könnte sich dann sogar u. U. die Unwirksamkeit der gesamten Vereinbarung ergeben. Beim Closing sollte daher trotz Wegfalls von § 464 ggf. rein vorsorglich ein entsprechender Vorbehalt aller Rechte erklärt werden. Ein Vorbehalt sollte im Übrigen immer dann erklärt werden, wenn der Käufer zwischen Abschluss des Kaufvertrags und Closing von einzelnen Mängeln bzw. der Unrichtigkeit von Garantien Kenntnis erlangt. Der Vorbehalt kann - da keine Änderung der schuldrechtlichen Verpflichtung ~ formlos erfolgen und hat die einzelnen Mängel zu bezeichnen. Beim Erwerb von Aktien oder KG-Anteilen wären zwar für eine Änderung des Verpflichtungsgeschäftes (in der Regel) keine Formvorschriften zu beachten, doch empfiehlt sich auch hier beim Closing ein entsprechender Vorbehalt.

59 Zum Problem der 30-jährigen Verjährung beim Unternehmenskauf vgl. auch (. Müller, ZHR 147 (1983), 501, 527.

60 Vgl. G. Müller, 21P 2000, 817, 822.

(1 § 278 S. 2 ist nach dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts inhaltlich unverändert geblieben.

62 Vgl. noch ausführlich zu § 460 BGB im Zusammenhang mit der Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf: *Fleischer*, BB 2001, 841.

63 BGH, NJW 1992, 1500.

V. Mögliche Maßnahmen vor dem Hintergrund der Rechtsprechung zur Arglisthaftung/der Änderung von § 444

1. Konsequenzen für den Kaufvertrag/Due Oiligence aus Käufersicht

a) Im Grundsatz sollten umfangreich zielgerichtete Fragen schriftlich an den Verkäufer gerichtet werden, da hierdurch eine Aufklärungspflicht ausgelöst wird. Um allerdings andererseits nicht eine positive Kenntnis des Käufers zu dokumentieren, sollte im Einzelfall bei der Erstellung eines Fragenkatalogs abgewogen werden, ob es nicht Umstände gibt, die nicht aufzunehmen sind, da sie ohnehin wegen ihrer offensichtlich ausschlaggebenden Bedeutung für den Käufer eine Aufklärungspflicht auslösen. Auch scheint es zweckmäßig, dass der Käufer gegenüber dem Verkäufer verschiedene Punkte schriftlich als - aus Sicht des Käufers - „entscheidungs-erheblich“ bezeichnet (z. B. im Hinblick auf Umsätze etc.).

b) Die Anwendbarkeit von § 442 n. F. sollte im Kaufvertrag ausgeschlossen werden. Sämtliche Berater der Transaktion sowie die Mitarbeiter des Käufers sollten (mehrmals) instruiert werden, etwaige bei ihnen eingehende Informationen des Verkäufers unverzüglich an das Verhandlungsteam weiterzuleiten.

c) Sofern der Verkäufer die Garantien/Gewährleistungen durch „Wissensklauseln“ abschwächt, sollte darauf geachtet werden, dass hinsichtlich der Kenntnis für etwaige Sach- oder Rechtsmängel oder der Verletzung von Garantien nicht nur das Wissen der Organmitglieder des Verkäufers maßgeblich ist, sondern nach Möglichkeit auch das Wissen der Mitarbeiter/der Geschäftsrührung des Targets.

d) Auf der Rechtsfolgenreihe sollte im Hinblick auf den mitunter schwierigen Schadensnachweis eine Vorschrift aufgenommen werden, die Geldersatz „im Umfang des großen Schadensersatzes“ vorsieht oder den Umfang sonst beziffert.

2. Konsequenzen für den Kaufvertrag/Due Oiligence aus Verkäufersicht

a) Aufklärungspflichten sind sorgfältig zu prüfen. Ein vom Käufer zugeschickter Fragenkatalog ist ebenfalls sorgfältig abzuarbeiten

und an alle entsprechenden Fachabteilungen weiterzuleiten, sowohl beim Verkäufer als auch ggf. beim Target. Dieses Vorgehen ist jedoch mit einem etwaigen Geheimhaltungsinteresse abzuwägen.

b) Die positive Kenntnis des Käufers ist möglichst präzise zu Beweiszwecken zu dokumentieren. Zu diesem Zweck sollte im Datenraum eine spezifizierete Liste der Dokumente vom Käufer bzw. dessen Beratern abgezeichnet werden mit dem Vermerk, dass diese Unterlagen gesehen wurden. Ebenso ist bei sonstigen zur Verfügung gestellten Dokumenten eine Dokumentation mit Faxsendeberichten etc. zu erstellen.

c) Damit etwaige Einschränkungen der Garantien nicht von § 444 erfasst werden, sollte zum einen - wie bisher - der Garantiekatalog im Unternehmenskaufvertrag in Form selbstständiger Garantien i. S. v. § 311 Abs. 1 unter Ausschluss der kaufrechtlichen Gewährleistung ausgestaltet werden, wobei klarzustellen ist, dass dies auch für Umstände gilt, die die Beschaffenheit oder Eigenschaften des Kaufgegenstandes betreffen. Zum anderen sollte zur Klarstellung § 444 im Hinblick auf die Garantiehaftung für nicht anwendbar erklärt werden.

d) Allerdings sollte eine Regelung aufgenommen werden, nach der bei der Verletzung von Garantien i. S. d. § 311 Abs. 1 der § 442 BGB entsprechend gilt.

e) Der Mandant sollte mit Blick auf die noch unklare Rechtslage bei § 444 darauf hingewiesen werden, dass der Haftungsausschluss ggf. nach §§ 276 Abs. 3, 444 unwirksam ist.

f) Es sollte versucht werden, die Vorsatzhaftung/Arglisthaftung für Erfüllungsgehilfen auszuschließen (§ 278 S. 2).

g) Es sollte versucht werden, lediglich „weiche Garantien“ abzugeben, bei denen auf das „beste Wissen des Verkäufers“ ankommt. Dieses beste Wissen sollte dann als das Wissen der Organmitglieder oder namentlich aufzurührender Personen des Verkäufers definiert werden.

h) Auch sollte zum Schutz der Mitarbeiter der Verkäuferin sowie der Zielgesellschaft deren persönliche Haftung ausgeschlossen werden.

GESELLSCHAFTSRECHT

Wichtiger Grund für die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters

BCH, Urteil vom 10. 12. 2001 - II ZR 139/00

LEITSÄTZE:

1. Bei der vollständigen und der teilweisen Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters handelt es sich um verschiedene Streitgegenstände. Deshalb ist eine Teilentziehung durch das Gericht nur auf einen entsprechenden Antrag des Klägers zulässig.

2. Zur Frage des wichtigen Grundes für die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis.

§ 308 Abs. 1 ZPO; § 127 HOB

SACHVERHAIT: Die Parteien streiten darüber, ob dem Beklagten zu 1 die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der KG wirksam entzogen worden ist. Der Beklagte zu 1 ist der Bruder, die Beklagte zu 2 die Mutter der Klägerin. Die Klägerin und der Beklagte zu 1 sind persönlich haftende Gesellschafter der KG mit einem Anteil von jeweils 36 500 DM, die Beklagte zu 2 ist die einzige Kommanditistin mit einem Anteil von 27 000 DM. Gesellschaftszweck der KG ist der Betrieb einer Tennisanlage, welcher zunächst von K. G-, dem geschiedenen Ehemann der Beklagten zu 2 und Vater der Klägerin und des Beklagten zu 1, aufgebaut und als Einzelfirma betrieben wurde. Nach dem Tod von K. G. am 12. 2. 1996 traten die Klägerin und der Beklagte zu 1 als seine Erben in seine Komplementärstellung je zur Hälfte ein. Die Beklagte zu 2 übernahm die Stellung einer Kommanditistin. Die Klägerin und der Beklagte zu 1 leiteten die Kommanditgesellschaft anfangs ohne erhebliche Schwierigkeiten. Im Laufe der Zeit kam es jedoch zunehmend zu Auseinandersetzungen.

Die Klägerin hat nunmehr beantragt, dem Beklagten zu 1 die Befugnis zu entziehen, die Geschäfte der KG zu rühren und diese zu vertreten;