

Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf

I. Einführung

Das höchste Zivilgericht in der Heimatstadt des Jubilars, das OLG Köln, hatte jüngst in einem geradezu lehrbuchartigen Fall über die Sachmängelgewährleistung beim Unternehmenskauf im Wege eines sog. share deal zu entscheiden.¹ Dabei werden die schon zum „alten Schuldrecht“ kontrovers diskutierten Fragen zum Mangelbegriff, zur Verjährung und zur Haftung des Verkäufers aus culpa in contrahendo nunmehr im Lichte des seit 1.1.2002 geltenden „neuen Schuldrechts“ gewürdigt. Der grundsätzliche Charakter der behandelten Rechtsfragen zeigt sich nicht zuletzt daran, dass das OLG Köln die Revision zum BGH zugelassen hat.²

Der Jubilar beschäftigt sich in seiner anwaltlichen Praxis seit vielen Jahren mit M&A-Transaktionen und publiziert regelmäßig zu zentralen Fragen des Vertrags- und Gesellschaftsrechts.³ Dies legt es nahe, sich im Rahmen dieser Festschrift anlässlich der Entscheidung des OLG Köln mit dem juristischen „Klassiker“ der Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf auseinander zu setzen. Die folgenden Zeilen seien dem Jubilar mit besten Wünschen zugeeignet.

II. Das undichte Firmendach – ein Lehrbuchfall zum Unternehmenskauf

Der der Entscheidung des OLG Köln zugrunde liegende Sachverhalt könnte plastischer kaum sein⁴: Die Klägerin erwarb sämtliche Geschäftsanteile an einer GmbH, die sich hauptsächlich mit der Herstellung und dem Vertrieb polygraphischer Maschinen befasst. Die Produktion der Maschinen erfolgt in einer Werkshalle, an die noch ein Bürotrakt und weitere Gebäudeteile angegliedert sind. Der gesamte Gebäudekomplex ist mit einem 30 Jahre alten Flachdach versehen. Die Parteien

* Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Licencié en droit, ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Unternehmensrecht und Europäisches Wirtschaftsrecht an der Universität Mannheim sowie Direktor des dortigen Instituts für Unternehmensrecht (IURUM). Herzlich gedankt für die wertvolle Mitwirkung bei der Erstellung des Manuskriptes sei Frau *Kirsten Discher*, Wissenschaftliche Mitarbeiterin sowie Rechtsanwältin in Mannheim.

¹ OLG Köln, Urt. v. 29. 1. 2009 – 12 U 20/08, ZIP 2009, 2063 = DB 2009, 2259.

² Az. des BGH-Verfahrens: VIII ZR 52/09.

³ Vgl. z. B. *Maier-Reimer*, ZHR 165 (2001), 258 ff.; *ders.*, AnwBl. 2010, 13 ff.

⁴ Der Sachverhalt wird im Folgenden vereinfacht und reduziert auf die Kernproblematik dargestellt, ausführlich OLG Köln, aaO, unter I.

vereinbarten im Kaufvertrag über die Geschäftsanteile, dass sich die Gewährleistung des Verkäufers nach den Vorschriften des BGB richten solle.

Kurze Zeit nach Übergabe des Unternehmens an den Käufer kam es zu einem Wassereintrich an einem Teil der Dachfläche des Gebäudekomplexes. Die Klägerin ließ den Schaden beheben, ohne jedoch die Beklagte zuvor zur Schadensbeseitigung aufgefordert zu haben. Die Klägerin verlangte daraufhin von der Beklagten Ersatz der Kosten für die Reparatur des undichten Firmendaches. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass sie die Reparaturkosten nicht zu ersetzen brauche, da sie nicht zur Nachbesserung aufgefordert worden sei. Darüber hinaus hat die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat die Klage mangels Nacherfüllungsverlangens der Klägerin abgewiesen. Demgegenüber hat das OLG Köln die Parteien in der Berufung – zu recht, wie zu zeigen sein wird – darauf hingewiesen, dass es auf das Nacherfüllungsverlangen der Klägerin nicht ankomme, solange die Klägerin die Mangelhaftigkeit nicht in Bezug auf das *Unternehmen als Ganzes* darlegen könne, weil dann ohnehin keine Gewährleistungsrechte bestünden. Da die Klägerin diesem Petitum nicht hinreichend nachkam⁵, hat das OLG Köln die Berufung als unbegründet zurückgewiesen. Insbesondere bestehe kein Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz aus §§ 280, 281, 437 Nr. 3 BGB. Gleichfalls nicht in Betracht komme ein Anspruch aus §§ 280, 311 BGB (*culpa in contrahendo*). Die von der Klägerin eingelegte Revision ist beim achten Zivilsenat des BGH anhängig.⁶ Dabei spielen insbesondere drei grundlegende dogmatische Fragestellungen eine Rolle, die im Folgenden näher gewürdigt werden sollen:

(1.) Führt beim Kauf einer Rechts- und Sachgesamtheit (Unternehmen) der Mangel einzelner zum Unternehmen gehörender Gegenstände (undichtes Firmendach) zu einer Sachmängelhaftung des Verkäufers nach §§ 434 ff. BGB?⁷

(2.) Nach welchen Vorschriften richtet sich die Verjährung von Gewährleistungsrechten beim Unternehmenskauf?⁸

(3.) Sind Ansprüche aus *culpa in contrahendo* (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB) neben dem Sachmängelgewährleistungsrecht der §§ 434 ff. BGB anwendbar?⁹

III. Mangelbegriff beim Unternehmenskauf

1. Prüfungsreihenfolge: Mangelbegriff vor Selbstbeseitigungsproblematik

Das Landgericht Köln hatte die Problematik der sog. „Selbstbeseitigung von Mängeln durch den Käufer“¹⁰ in den Vordergrund gerückt. Bei dieser beseitigt der Käufer den Mangel selbst, ohne dem Verkäufer zuvor eine Frist zur Nacherfüllung

⁵ OLG Köln, aaO, unter II.1.b).

⁶ Az. des BGH-Verfahrens: VIII ZR 52/09.

⁷ Infra unter III.

⁸ Infra unter IV.

⁹ Infra unter V.

¹⁰ Hierzu Weller, Die Vertragstreue, S. 497 f.

gesetzt zu haben. Die Selbstbeseitigung unterläuft das „Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung“.¹¹ Der Verkäufer kann – etwa aus Kostengründen – ein berechtigtes Interesse daran haben, den Mangel selbst zu beheben, um die Entstehung von Sekundärpflichten (Schadensersatz statt der Leistung, Rückgewährpflichten infolge Rücktritts) zu vermeiden (sog. Sekundärpflichtvermeidungsinteresse).¹² Die h. M. sanktioniert das Unterlaufen des Rechts auf zweite Andienung, indem sie dem Käufer seine Gewährleistungsrechte aus §§ 434 ff. BGB abspricht.¹³ Eine Ausnahme macht sie nur, wenn ein Notfall vorliegt, der die sofortige Mangelbeseitigung erforderlich macht und bei dem dementsprechend die Setzung einer Frist zur Nacherfüllung entbehrlich ist, vgl. §§ 323 Abs. 2, 281 Abs. 2 BGB.¹⁴

Allerdings kommt es – wie das OLG Köln zutreffend hervorhebt¹⁵ – auf die Problematik der Selbstbeseitigung von Mängeln gar nicht an, wenn schon kein Sachmangel des Kaufobjektes gegeben ist. In einem ersten Schritt ist daher zu prüfen, wann bei einem Unternehmenskauf ein Mangel vorliegt.

2. Anwendbarkeit der §§ 434 ff. BGB auf den share deal?

Ein Unternehmen gilt als „Inbegriff von Sachen, Rechten und sonstigen Vermögenswerten“¹⁶, zu denen etwa der good will und know how zählen. Die das kaufrechtliche Gewährleistungsregime regelnden §§ 434 ff. BGB, die sich auf den Kauf einer Sache beziehen, sind mithin *nicht unmittelbar* einschlägig, wenn es um den Kauf eines Unternehmens geht. Allerdings finden gemäß § 453 BGB auf den Kauf von „Rechten“ und „sonstigen Gegenständen“ die Vorschriften über den Kauf von Sachen *entsprechende* Anwendung. Unter den Begriff der „sonstigen Gegenstände“ ist auch der Kauf eines Unternehmens zu subsumieren, wie schon der Gesetzgeber in der Begründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hervorhebt.¹⁷ Die §§ 434 ff. BGB kommen somit über den Umweg des § 453 BGB auch beim Unternehmenskauf zum Zuge.

Eine weitere Hürde für die Anwendung der §§ 453, 434 ff. BGB ist zu nehmen, wenn nicht das Unternehmen als solches, d. h. als Sach-, Rechts- und Vermögensgesamtheit, den Kaufgegenstand bildet (sog. asset deal), sondern wenn unmittelbares Kaufobjekt die Geschäftsanteile an der unternehmenstragenden GmbH sind (share

¹¹ Zur Rechtsnatur des sog. „Rechts zur zweiten Andienung“ Weller, Die Vertragstreue, S. 498 ff.

¹² Weller, Die Vertragstreue, S. 340 ff., 491 ff.

¹³ BGH NJW 2005, 1348, 1350 – „EG-Neuwagen“; BGH NJW 2005, 3211 – „Terrier-Welpe“; BGH ZIP 2006, 525, 526 f. – „Reitpferd“; BGH NJW 2006, 1195 – „Katalysator-Defekt.“

¹⁴ BGH NJW 2005, 3211, 3212 – „Terrier-Welpe.“

¹⁵ OLG Köln, aaO, unter II.1.d).

¹⁶ BGH NJW 2002, 1042, 1043.

¹⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 242; vgl. ferner Roth/Altmeyden, GmbHG, § 15, Rn. 6.

deal). Das Unternehmen wird beim share deal lediglich *mittelbar* über die gesellschaftsrechtliche Beteiligung erworben.

Allerdings wird der share deal als Unternehmenskauf behandelt und damit dem asset deal gewährleistungsrechtlich gleichgestellt, sofern Geschäftsanteile in einem Umfang erworben werden, der so erheblich ist, dass *wirtschaftlich* betrachtet doch vom Kauf des Unternehmens selbst ausgegangen werden kann.¹⁸ Im Einzelnen ist freilich umstritten, wie hoch die zu erwerbende Beteiligungsquote sein muss, um wirtschaftlich vom Erwerb eines Unternehmens ausgehen zu können. Manche verlangen den Erwerb von 95 % der Anteile¹⁹, andere den Erwerb der satzungändernden Mehrheit.²⁰ Mitunter wird die einfache Mehrheit für ausreichend erachtet, sofern diese dem Käufer einen beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen ermöglicht.²¹ Schließlich lässt es eine Literaturansicht bei Aktiengesellschaften sogar ausreichen, wenn 30 % der Aktien erworben werden.²² Nach der BGH-Rechtsprechung liegt ein zur Anwendbarkeit der §§ 434 ff. BGB führender Unternehmenskauf bei einem share deal nur vor, „wenn der Käufer sämtliche oder nahezu sämtliche Anteile an einem Unternehmen erwirbt.“²³ Letztlich wird man die Frage nach der erforderlichen Höhe der zu erwerbenden Beteiligungsquote nicht schematisch entscheiden können, sondern auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen haben.²⁴

Vorliegend brauchte sich das OLG Köln freilich nicht festzulegen, da der Käufer 100 % der Anteile an der unternehmenstragenden GmbH erworben hat.²⁵ Bei einem 100 %igen Anteilskauf ist man sich einig, dass der share deal dem unmittelbaren Kauf eines Unternehmens i. S. d. § 453 Abs. 1 BGB („sonstiger Gegenstand“) gleichgestellt wird.²⁶

¹⁸ Grundlegend BGHZ 65, 246, 249 = NJW 1976, 236 f.; Grunewald, NZG 2003, 372 f.

¹⁹ MünchKommBGB-Westermann, 5. Auflage 2008, § 453 Rn. 24, hält bei einer AG den Erwerb von 95 % der Anteile für erforderlich, da erst dann ein Squeeze-Out möglich sei.

²⁰ Staudinger/Beckmann, BGB, 2004, § 453 Rn. 33; Hommelhoff, ZHR 140 (1976), 271, 283 ff.; Schröcker, ZGR 2005, 63, 68 f.; Weitnauer, NJW 2002, 2511, 2514.

²¹ So Triebel/Hölzle, BB 2002, 2511, 2515. Nach BGH NJW 1980, 2408, kann ein beherrschender Einfluss bereits bei einer Beteiligung von 50 % vorliegen, wenn ein Rahmenvertrag den schrittweisen Erwerb weiterer Geschäftsanteile vorsieht. Zu berücksichtigen ist ferner, ob dem Erwerber unternehmensleitende Befugnisse durch die Satzung eingeräumt werden, die eine beherrschende Stellung vermitteln oder ob die Gesellschafterstellung lediglich wie die eines Anlagengesellschafters ausgestaltet ist, vgl. Schröcker, ZGR 2005, 63, 66 ff.

²² Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, Rn. 58.

²³ BGH NJW 2001, 2163, 2164; grundlegend BGHZ 65, 246, 251 f. = NJW 1976, 236 f.

²⁴ Ebenso Grunewald, NZG 2003, 372 f.; vgl. auch BGH NJW 2002, 1042, 1043: keine „abstrakt-formelhafte“ Beurteilung, sondern „wirtschaftliche Gesamtbetrachtung“.

²⁵ OLG Köln, aaO, unter II.1.a).

²⁶ BGHZ 65, 246 = NJW 1976, 236 f.; BGH NJW 2001, 2163; Fischer, DSrR 2004, 276, 280; Lorenz, FS Heldrich, 2005, 305, 308; Schmitz, RNotZ 2006, 561, 585; G. Müller, ZIP 2000, 822; Weitnauer, NJW 2002, 2511, 2513; Bamberger/Roth/Faust, Beck'scher OK, BGB, 2007, § 453 Rn. 32; MünchKommBGB-Westermann, 5. Auflage 2008, § 453 Rn. 21.

3. Der Unternehmensmangel

a) Problemfall: Mangel an einem Einzelgegenstand

In casu begründet der Käufer sein Schadensersatzverlangen mit dem undichten Dach des Firmengebäudes, also mit einem Mangel an einem *einzelnen* Gegenstand aus der Rechts- und Sachgesamtheit „Unternehmen“. Welche gewährleistungsrechtlichen Konsequenzen die Mangelhaftigkeit eines einzelnen zum Unternehmen gehörenden Gegenstandes nach sich zieht, wird unterschiedlich beantwortet.²⁷ Die zu diesem Problemkomplex diskutierten Lösungsvorschläge sind maßgeblich durch die *Rechtsfolgen* motiviert, die mit der Bejahung eines Mangels und der damit einhergehenden Eröffnung des Anwendungsbereichs des Gewährleistungsrechts verbunden sind. Gerade im Hinblick auf die Rechtsfolgen hat die Schuldrechtsmodernisierung für den Unternehmenskauf gegenüber dem „alten Schuldrecht“ bedeutende Änderungen gebracht²⁸, die im Folgenden skizziert werden sollen.

b) Restriktiver Fehlerbegriff vor der Schuldrechtsmodernisierung

Vor der Schuldrechtsmodernisierung wurde die zurückhaltende Anwendung des Sachmängelgewährleistungsrechts auf den Unternehmenskauf durch eine restriktive Interpretation des Fehlerbegriffs in § 459 BGB a. F. erreicht.²⁹ Die Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit einzelner Gegenstände des verkauften Unternehmens begründete nur dann einen Fehler, wenn sie negativ auf den Wert oder die Funktionstauglichkeit des Unternehmens insgesamt durchschlug.³⁰

Der restriktive Fehlerbegriff war dem seinerzeit geltenden Rechtsfolgensystem der Sachmängelgewährleistung geschuldet, das für den Unternehmenskauf unpassend war und das man daher vermeiden wollte. Dem Käufer stand bei einem Mangel unmittelbar der Rechtsbehelf der Wandelung der Kaufsache zu, § 462 a. F. BGB. Deren Ausübung hätte die Rückabwicklung des kompletten Unternehmenskaufs bedeutet, §§ 346 ff. BGB a. F. Dass die Rückabwicklung des Kaufvertrages nicht interessengerecht und praktisch kaum handhabbar ist, wenn das Kaufobjekt ein Unternehmen ist, liegt auf der Hand.³¹ Die Unternehmenspraxis zeigt, dass der Käufer eines Unternehmens dieses regelmäßig nach dem Closing in seinen Konzern eingliedert und dabei umstrukturiert (Post-Merger-Integration). Dabei werden typischerweise Führungskräfte ausgewechselt, Abteilungen zur Erzielung von Synergieeffekten zusammengelegt und neue Unternehmensziele ausgegeben.³² Selbst wenn keine Restrukturierungsmaßnahmen vorgenommen werden, ist ein Unternehmen doch ständigen Veränderungen und Fortentwicklungen unter-

²⁷ Überblick bei Picot, DB 2009, 2587, 2590.

²⁸ Vgl. hierzu auch Schmitz, RNotZ 2006, 561.

²⁹ Picot, DB 2009, 2587 f.

³⁰ BGH NJW 1995, 1547, 1549.

³¹ Picot, DB 2009, 2587, 2587; Schröcker, ZGR 2005, 63, 70.

³² Gronstedt/Jörgens, ZIP 2002, 52, 61.

worfen, so dass ein infolge der Rückabwicklung eintretender erneuter Inhaberwechsel mit Effizienzverlusten einherginge.³³

c) Die Rechtslage nach der Schuldrechtsmodernisierung

Seit der Schuldrechtsmodernisierung ist der Rechtsbehelf der Nacherfüllung der primäre Rechtsbehelf unter den Gewährleistungsrechten, §§ 437 Nr. 1, 439 BGB. Eine Rückabwicklung des Vertrages aufgrund eines Rücktritts kommt dagegen erst in Frage, wenn dem Verkäufer zuvor via Nachfristsetzung (§§ 437 Nr. 2 1. Alt., 323 Abs. 1 BGB) eine Chance zur zweiten Andienung eingeräumt wurde. Hinzu kommt, dass *unerhebliche* Mängel überhaupt nicht mehr zum Rücktritt, sondern nur noch zur Minderung berechtigen, §§ 323 Abs. 5 S. 2, 441 Abs. 1 S. 2 BGB.³⁴ Beide Neuerungen zielen auf die Aufrechterhaltung des Vertrages und auf dessen Erfüllung *in natura*; sie stärken damit die Vertragstreue.³⁵

Einzelne mangelbehaftete Gegenstände aus dem Gesamtkomplex Unternehmen, wie etwa ein defekter Computer, könnten hiernach anders als im früheren Schuldrecht ohne weiteres im Wege der Nacherfüllung ersetzt werden, wenn man den Mangel eines Einzelgegenstandes ausreichen ließe, um Gewährleistungsrechte aus dem Unternehmenskaufvertrag auszulösen.

aa) Einzelgegenstandsbetrachtung

Man könnte vor dem Hintergrund dieses neuen, *verkäuferfreundlicheren* und die *Vertragsdurchführung* fördernden Rechtsfolgenregimes unter Praktikabilitätsgesichtspunkten Gewährleistungsrechte aus dem Unternehmenskaufvertrag in der Tat schon dann bejahen, wenn lediglich ein zum Unternehmen gehörender Einzelgegenstand mangelbehaftet wäre, ohne Gefahr zu laufen, dass damit der für den Unternehmenskauf praxisferne Rechtsbehelf der Vertragstornierung (durch Wandlung bzw. Rücktritt) ausgelöst würde. Zahlreiche Stimmen in der Literatur befürworten denn nun auch die Anwendung der Gewährleistungsvorschriften auf einen mangelbehafteten Einzelgegenstand, und zwar auch dann, wenn der Mangel des Einzelgegenstandes nicht zugleich einen Mangel des Unternehmen als Ganzes darstellt (hier sog. Einzelgegenstandsbetrachtung).³⁶

bb) Gesamterheblichkeitstheorie

Die Einzelgegenstandsbetrachtung führt nach neuem Schuldrecht zwar nicht mehr zu unpraktikablen Rechtsfolgen, weil nunmehr jedem Rücktritt über das Fristsetzungserfordernis ein Recht zur zweiten Andienung vorgeschaltet ist (§ 323 Abs. 1 BGB) und er ungeachtet dessen ohnehin ausgeschlossen ist, sofern der Mangel unwesentlich ist (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Dogmatisch überzeugt die Einzelgegen-

³³ Weigl, DNotZ 2005, 246, 247.

³⁴ Näher zur Konkretisierung der Erheblichkeitsschwelle Weller, Die Vertragstreue, S. 500 ff.

³⁵ Weller, Die Vertragstreue, S. 493 ff.

³⁶ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 19. Auflage 2010, § 15 Rn. 7; Erman/Grünwald, BGB, 12. Auflage 2008, § 434 Rn. 42; Knott, NZG 2002, 249, 251; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, 2004, § 434 Rn. 144 f.; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, Rn. 161; Wolf/Kaiser, DB 2002, 411, 417.

standsbetrachtung jedoch nicht. Vielmehr ist mit dem OLG Köln für die Frage der Sachmängelhaftung richtigerweise darauf abzustellen, ob dem Unternehmen als Ganzes ein Mangel anhaftet. Dies ist bei einem defekten Einzelgegenstand nur dann der Fall, wenn der Einzeldefekt so erheblich ist, dass er auf das Unternehmen insgesamt durchschlägt (sog. Gesamterheblichkeitstheorie).³⁷ Eine Gesamterheblichkeit kann beispielsweise angenommen werden, wenn durch den fehlerhaften Einzelgegenstand „der Betriebsablauf gestört und die weitere Verfolgung der wirtschaftlichen Zielsetzung des Unternehmens beeinträchtigt wird“.³⁸

Der Senat folgt damit einer in der Literatur verbreiteten Auffassung, die streng auf den Kaufgegenstand abstellt.³⁹ Kaufgegenstand ist das Unternehmen als Ganzes und eben nicht jede einzelne Sache. Die vom Verkäufer geschuldete Leistung ist eine Sach- und Rechtsgesamtheit. Einzelne Gegenstände im Unternehmen, wie Computer, Büromöbel, Maschinen oder Gebäude, sind als untrennbarer Bestandteil der Sach- und Rechtsgesamtheit „Unternehmen“ mitverkauft und dürfen aus dieser Verknüpfung nicht einzeln herausgelöst werden. Dementsprechend setzt sich auch der Kaufpreis für die Rechts- und Sachgesamtheit „Unternehmen“ nicht – wie wenn man Lebensmittel im Supermarkt einkaufte – aus aufaddierten Einzelpreisen zusammen.⁴⁰ Der Kaufpreis wird vielmehr als Zukunftserfolgswert – losgelöst von den Einzelgegenständen des Unternehmens – im Wege einer der verschiedenen Ertragswertmethoden bezogen auf das Unternehmensganze ermittelt.⁴¹

Diese „Paketbetrachtung“ bei der Vereinbarung von Leistung und Gegenleistung muss sich bei der späteren Vertragsdurchführung und dementsprechend auch bei Art und Umfang der Gewährleistung fortsetzen. Andernfalls würde die privatautonome Entscheidung der Parteien missachtet. Würde man nämlich die Gewährleistung auf einzelne fehlerhafte Gegenstände beziehen, lüde man dem Verkäufer ex post eine Verantwortlichkeit auf, die nicht mehr von seiner autonomen Vertragserklärung gedeckt ist. Er müsste für jeden mangelbehafteten Bürostuhl und jede einredebehaftete Forderung haften.⁴² Er sähe sich bei einer Vielzahl kleinerer Mängel schnell höheren Forderungen ausgesetzt als ursprünglich bei den Vertragsverhandlungen einkalkuliert.⁴³ Eine solche Sichtweise liefe der das deutsche Vertragsrecht beherrschenden Privatautonomie⁴⁴ zuwider und ist daher abzulehnen.

Ein undichtes Firmendach, wie es Gegenstand der Entscheidung des OLG Köln ist, kann je nach Art und Ausmaß der undichten Fläche durchaus zugleich einen

³⁷ So auch schon zum alten Schuldrecht BGH NJW 1995, 1547, 1549.

³⁸ OLG Köln, aaO, unter II.1.b)aa).

³⁹ Rödder/Hötzel/Mueller-Thums, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, § 9 Rn. 33, 70; Bamberger/Roth/Faust, Beck'scher OK, BGB, 2007, § 453 Rn. 27; Baumbach/Hopt, HGB, Einl. vor § 1 Rn. 46.

⁴⁰ Weller, EWiR 2010, 15 f.

⁴¹ Vgl. BGH NJW 2001, 2163, 2164: „Beim Kauf eines Unternehmens oder von GmbH-Geschäftsanteilen ist im Hinblick auf den für den Kaufpreis im Regelfall erheblichen Ertragswert (...)“ (Hervorhebung durch Verf.); näher zu den verschiedenen Methoden der Unternehmensbewertung Reichert/Weller, Der GmbH-Geschäftsanteil, § 14 Rn. 21 – 34.

⁴² Bamberger/Roth/Faust, Beck'scher OK, BGB, 2007, § 453 Rn. 27.

⁴³ Fischer, DStR 2004, 276.

⁴⁴ Näher zur Privatautonomie und ihrer Anerkennung im deutschen Recht Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 1 ff.; Weller, Die Vertragstreue, S. 65 ff., 154 ff., 165 ff.

Mangel des Unternehmens insgesamt darstellen. Hierzu hätte die Klägerin in casu jedoch substantiiert vortragen müssen, was nicht geschehen ist.⁴⁵

d) Vereinbarung über die Gesamterheblichkeit?

Aus Sicht des Käufers mag die Gesamterheblichkeitstheorie unbefriedigend erscheinen, weil ihm bei fehlerhaften Einzelgegenständen, die nicht zugleich einen Mangel des Unternehmens darstellen, regelmäßig keine Gewährleistungsrechte zustehen.⁴⁶ Vor diesem Hintergrund wird erwogen, den vom Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes weit ausgestalteten *subjektiven* Beschaffenheitsbegriff in § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB zugunsten des Käufers fruchtbar zu machen.⁴⁷ Insbesondere sollen die Vertragsparteien eines Unternehmenskaufs die Freiheit haben, einen einzelnen Vermögensgegenstand aus der Sach- und Rechtsgesamtheit „Unternehmen“ im Kaufvertrag als so wesentlich zu deklarieren, dass seine Mangelhaftigkeit auch dann Gewährleistungsansprüche nach sich zieht, wenn er das Gesamtunternehmen *objektiv* nicht beeinträchtigt.⁴⁸

Dieser Überlegung kann gefolgt werden. Sie findet ihre Legitimation in der Vertragsinhaltsfreiheit⁴⁹, einem der zentralen Elemente der Privatautonomie. Hiernach sind die gesetzlichen Bestimmungen zu den verschiedenen Vertragstypen grundsätzlich dispositiv ausgestaltet, wenn der Gesetzgeber nicht ausnahmsweise den zwingenden Charakter einer Vorschrift anordnet – etwa aus Gründen des Verbraucherschutzes (vgl. z. B. zur Beschränkung der Vertragsinhaltsfreiheit durch § 475 Abs. 1 BGB beim Verbrauchsgüterkauf). Beim Unternehmenskauf können die Parteien mithin autonom über die inhaltliche Ausgestaltung eines Vertrages entscheiden und dabei auch vom Regime der §§ 434 ff. BGB abweichen.⁵⁰

Bei der Formulierung der entsprechenden Vertragsklausel ist freilich die Unterscheidung zwischen einer Beschaffenheitsvereinbarung und einer Garantie zu beachten.⁵¹ Bei einer Beschaffenheitsvereinbarung haftet der Verkäufer nur dann auf Schadensersatz, wenn er den Mangel zu vertreten hat (§ 437 Nr. 3 i.V.m. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB), während ihn bei der Garantie eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht trifft (vgl. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB).

Wenn die Parteien im Vertrag die Beschaffenheit eines Einzelgegenstandes zugleich zur Beschaffenheit des Unternehmens erklären mit der Folge, dass deren Nicht-Vorliegen einen Mangel des Unternehmens nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB begründet, ist indes zu beachten, dass die Gewährleistungsrechte Rücktritt und Schadensersatz statt der ganzen Leistung einer *Erheblichkeitsschwelle* (§§ 323 Abs. 5

⁴⁵ OLG Köln, aaO, unter II.1.b).

⁴⁶ Picot, DB 2009, 2587, 2591.

⁴⁷ Triebel/Hölzle, BB 2002, 521, 525; vgl. auch Schröcker, ZGR 2005, 63, 77 ff., mit der Einschränkung, dass zukunftsbezogene Ertragsangaben nicht Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein können.

⁴⁸ Picot, DB 2009, 2587, 2591.

⁴⁹ Weller, Die Vertragstreue, S. 65 ff., 155 f.

⁵⁰ Im Fall des OLG Köln haben die Parteien keine solche Beschaffenheitsvereinbarung getroffen.

⁵¹ Kott, NZG 2002, 249, 254 f.

und 281 Abs. 1 S. 3 BGB) unterliegen und diese sich am Kaufgegenstand – hier am Unternehmensganzen – orientiert.

Wenn die Parteien einen Mangel an einem Einzelgegenstand für gesamterheblich erklären, haben sie damit *nicht* zugleich die Unerheblichkeitsschwelle nach §§ 325 Abs. 5, 281 Abs. 1 S. 3 BGB für unbeachtlich erklärt. Wenn diese ebenfalls abbedungen werden soll, muss dies im Kaufvertrag zusätzlich klargestellt werden. Andernfalls kommen als Gewährleistungsrechte lediglich die Nacherfüllung (§ 439 BGB), die Minderung (§ 441 BGB) und der Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 S. 3 BGB (sog. kleiner Schadensersatz) in Betracht. Zu empfehlen ist die Abbedingung der Unerheblichkeitsschwelle angesichts der gravierenden Folgen einer Rückabwicklung des Unternehmenskaufes freilich nicht.

IV. Verjährung der Gewährleistungsansprüche beim Unternehmenskauf

Das OLG Köln hatte sich weiter mit der Frage zu beschäftigen, welche Verjährungsfrist für die Gewährleistungsansprüche beim Unternehmenskauf gilt. Angesichts dessen, dass § 453 Abs. 1 BGB für den Unternehmenskauf die §§ 434 ff. BGB nur für „entsprechend“ anwendbar erklärt, sehen manche Autoren Raum, von der speziellen Verjährungsbestimmung des § 438 BGB abzurücken und die allgemeinen Verjährungsvorschriften der §§ 195, 199 BGB heranzuziehen. Im Einzelnen:

1. Meinungsstand

a) Zweijährige Verjährung, § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB

Die wohl überwiegende Meinung⁵², der sich das OLG Köln anschließt, plädiert für die Anwendung der zweijährigen Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB auch auf den Unternehmenskauf. Die Zweijahresfrist beginnt *objektiv* im Zeitpunkt der Übergabe des Unternehmens an den Käufer zu laufen, § 438 Abs. 2 BGB. Beides, die relativ kurze Fristdauer und der objektive Fristbeginn, kommen den Interessen des Verkäufers entgegen. Als Argument für die Heranziehung des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB wird u. a. angeführt, dass die Gewährleistungshaftung dem Verkäufer angesichts der Risiken unverzüglicher und sich mit fortschreitender Zeit verfestigender Umgestaltung eines übertragenen Unternehmens nicht allzu lange zugemutet werden solle.⁵³ Zudem erscheine die Frist auch nicht so unangemessen kurz, dass sie für den Erwerber geradezu notwendig das Übersehen solcher Nachteile

⁵² Baumbach/Hopt, HGB, Einl. vor § 1 Rn. 46b; Rödder/Hötzel/Müller-Thuns, Unternehmenskauf/Unternehmensverkauf, § 9 Rn. 120; Roth/Altmeyden, GmbHG, § 15, Rn. 15; Prütting/Wegen/Weinreich/D.Schmidt, BGB, 4. Auflage 2009, § 453 Rn. 35; MünchKommBGB-Westermann, 5. Auflage 2008, § 453 Rn. 56.

⁵³ Schmitz, RNotZ 2006, 561, 571.

bedeuten würde, die typischerweise erst nach Ablauf einer gewissen Zeit nach Unternehmensübernahme auftreten.⁵⁴

b) Fünffährige Verjährung, § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB

Einige Autoren plädieren für die Anwendung der Fünfjahresfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Dabei ist zu unterscheiden:

(1.) Nach einer Variante dieser Ansicht soll die Fünfjahresfrist nur dann zur Anwendung gelangen, wenn ein zum Unternehmen gehörendes Gebäude mangelhaft ist.⁵⁵ Diese Ansicht ist konsequent, wenn man zum Mangelbegriff der Einzelgegenstandsbetrachtung folgt. Dagegen ist für diese Ansicht kein Raum, wenn man mit der supra vertretenen Gesamterheblichkeitstheorie die Gewährleistung des Verkäufers für einzelne Gegenstände aus dem Gesamtkomplex Unternehmen, deren Mangelhaftigkeit nicht das Unternehmen als Ganzes durchschlägt, ablehnt.

(2.) Andere wollen die fünfjährige Verjährungsfrist in entsprechender Anwendung des § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB dagegen generell auf den Unternehmenskauf anwenden, mithin auch dann, wenn kein Gebäudemangel in Rede steht.⁵⁶ Dies wird mit der Vielzahl von Einzelgegenständen, die für den Unternehmenskauf charakteristisch ist, begründet. So könne der Käufer einer größeren Sachgesamtheit erst nach einer längeren Zeit die Mangelfreiheit des ganzen Unternehmens bewerten.

c) Regelmäßige Verjährung, §§ 195, 199 BGB

Zur Vereinheitlichung aller Verjährungsregelungen beim Unternehmenskauf schlagen einige Stimmen schließlich die Anwendung der regelmäßigen Verjährungsbestimmungen nach §§ 195, 199 BGB vor.⁵⁷ Durch Anwendung der regelmäßigen Verjährungsfrist werde ein Gleichlauf mit der Verjährung von Ansprüchen aus culpa in contrahendo hergestellt.

2. Stellungnahme

Eine einheitliche Verjährungsregelung in Gestalt der §§ 195, 199 BGB für Ansprüche aus Kaufgewährleistung und aus culpa in contrahendo mag sinnvolle Aspekte haben. Allerdings belastet sie den Verkäufer erheblich.⁵⁸ Während nämlich bei § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB die Zweijahres-Frist mit der Ablieferung des Unterneh-

⁵⁴ Schmitz, RNotZ 2006, 561, 580.

⁵⁵ Diese Variante unterscheidet danach, an welchem Gegenstand der Gesamtheit Unternehmen der Mangel anhaftet. Bei einem Gebäude greift hiernach die 5-jährige Verjährungsfrist aus § 438 Abs. 1 Nr. 2a BGB, so Erman/*Grunewald*, BGB, 12. Auflage 2008, § 453 Rn. 24; *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf, Rn. 818.

⁵⁶ Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendland, Das neue Schuldrecht, Kap. 5 Rn. 554.

⁵⁷ *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. XXIX, in Analogie zu § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB; vgl. auch *Knott*, NZG 2002, 249, 254; *Kindl*, WM 2003, 409, 413, der sowohl die 2-Jahres als auch die 3-Jahresfrist im Vergleich zur früheren Rechtslage für angemessen hält.

⁵⁸ Vgl. auch Erman/*Grunewald*, BGB, 12. Auflage 2008, § 453 Rn. 24.

mens, also in dem Moment in dem der Käufer den maßgeblichen Einfluss auf das Unternehmen erhält, beginnt, kommt es gemäß § 199 Abs. 1 BGB auf die Kenntnisnahme bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers vom Mangel, an. Die Verjährung beginnt sodann mit dem Ende des Jahres, in dem die Kenntnisnahme erfolgt ist. Im längsten Fall kann diese Frist bis zu 10 Jahren betragen, vgl. die Höchstfrist nach § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB.⁵⁹

Letztlich sprechen die besseren Gründe für die Anwendung des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB auf die Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf. So verweist der Wortlaut des § 453 Abs. 1 BGB auf die „Vorschriften über den Kauf von Sachen“, zu denen § 438 BGB zweifelsohne gehört. Auch die Gesetzssystematik spricht gegen die Heranziehung der §§ 195, 199 BGB. Die kaufrechtliche Gewährleistung ist ein die Interessen von Käufer und Verkäufer ausbalancierender, in sich stimmiger Regelungskomplex, der sowohl Vorschriften zugunsten des Käufers enthält (etwa die verschuldensunabhängige Minderung, § 441 BGB), als auch solche zugunsten des Verkäufers. Zu letzteren gehört die Verjährungsregelung in § 438 BGB.⁶⁰ Umgekehrt ist diese Bestimmung für den Käufer auch nicht ungerecht. Denn der Verjährungsbeginn hängt von der Übergabe des Unternehmens ab, § 438 Abs. 2 BGB. Ab diesem Moment erlangt der Käufer maßgeblichen Einfluss⁶¹ und hat dadurch die Möglichkeit, das Unternehmen auf etwaige Mängel hin zu untersuchen. Hiervon Gebrauch zu machen, entspräche den Charakteristika im Handelsverkehr, insbesondere den Aspekten der Professionalität und der Beschleunigung⁶², die sich im Gedanken der Rügeobliegenheit niederschlagen (auch wenn der eine Ware voraussetzende § 377 HGB auf den Unternehmenskauf nicht unmittelbar anwendbar ist). Nach alledem ist mithin dem OLG Köln darin zu folgen, dass die zweijährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB auch für die Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf gilt.

V. culpa in contrahendo neben Gewährleistungsrecht?

1. Tendenz zur culpa in contrahendo vor der Schuldrechtsrechtsmodernisierung

Vor der Schuldrechtsmodernisierung wurde auf Mängel beim Unternehmenskauf üblicherweise die culpa in contrahendo angewendet, die interessengerechtere Ergebnisse versprach als das damalige Sachmängelgewährleistungsrecht.⁶³ Das Sachmängelgewährleistungsrecht sah nämlich eine Verjährungsfrist von nur 6 Monaten vor (§ 477 BGB a. F.); für fahrlässig verursachte Mängel gab es keinen Anspruch auf

⁵⁹ Zwar hat durch die Schuldrechtsreform eine Annäherung der regelmäßigen Verjährung und derjenigen in § 438 BGB stattgefunden, vgl. Knott, NZG 2002, 249, 254. Ein erheblicher Unterschied machen jedoch der einerseits objektive und der andererseits subjektive Ansatz beim Verjährungsbeginn aus.

⁶⁰ Ähnlich Schmitz, RNotZ 2006, 561, 580.

⁶¹ Vgl. BT-Drucks. 14/6040, 227; Erman/Grünwald, BGB, 12. Auflage 2008, § 453 Rn. 24.

⁶² Roth/Weller, Handels- und Gesellschaftsrecht, § 1, Rn. 10 ff. (im Erscheinen).

⁶³ Beispielfhaft seien genannt BGH NJW 1970, 653, 655; NJW-RR 1989, 306, 307; BGH NJW 1999, 1404, 1405.

Ersatz des Mangelschadens (Umkehrschluss aus § 463 BGB a. F.); schließlich konnte der Käufer bei einem Fehler des Unternehmens sofort die Wandelung verlangen (§ 462 BGB a. F.). Um den Anwendungsbereich des Sachmängelgewährleistungsrechts sachgerecht zu begrenzen (und um sich dadurch den Zugang zur culpa in contrahendo zu eröffnen), legte die Rechtsprechung den Begriff des Fehlers in § 459 BGB a. F. sehr restriktiv aus.⁶⁴ Falsche Angaben über Umsätze, Verbindlichkeiten und die Ertragskraft des Unternehmens sowie charakterliche Mängel von Mitarbeitern stellten nach der Rechtsprechung des BGH keine Fehler des Unternehmens dar.⁶⁵ Die vom BGH anstelle der Sachmängelhaftung herangezogene Haftung aus culpa in contrahendo verhalf den Käufern bei Aufklärungspflichtverletzungen und fehlerhaften Angaben zu Schadensersatzansprüchen gegen den Verkäufer.⁶⁶

In der Kautelarpraxis entging man den Unwägbarkeiten dieses mehrspurigen und damit unübersichtlichen gesetzlichen Haftungsregimes, indem man im Unternehmenskaufvertrag das gesetzliche Haftungssystem ausschloss und stattdessen umfangreiche Garantienkataloge nebst detaillierten Rechtsfolgen für den Garantiefall vereinbarte.⁶⁷

2. Tendenz zum Kaufgewährleistungsrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung

Mit der Schuldrechtsmodernisierung wollte der Gesetzgeber die Problematik des „unpassenden“ Gewährleistungsrechts einerseits und der Diskrepanz zwischen der Haftung aus culpa in contrahendo und aus Kaufgewährleistungsrecht (§§ 459 ff. BGB a. F.) andererseits gerade auch für Unternehmenskaufverträge entschärfen.⁶⁸ Dies ist in der Tat in wesentlichen Punkten gelungen: So wurden die Verjährungsfristen der beiden Institute einander angenähert: Die Verjährungsfrist für die Sachmängelhaftung an beweglichen Sachen wurde auf 2 Jahre verlängert, während die für Ansprüche aus culpa in contrahendo geltende regelmäßige Verjährungsfrist von 30 auf 3 Jahre reduziert wurde. Die gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzansprüche greifen nunmehr wie auch die culpa in contrahendo bei fahrlässigem Handeln (vgl. §§ 437 Nr. 3, 280 ff. BGB). Darüber hinaus wurde das Damoklesschwert der Vertragsstornierung (durch Wandlung) durch das vorrangige Nachfristsetzungs-

⁶⁴ BGH BB 1970, 819, 820; BGH NJW 1970, 653, 655; BGH NJW 1977, 1536, 1537.

⁶⁵ BGH NJW 1970, 653, 655; BGH WM 1974, 51; BGH NJW 1977, 1538, 1539; BGH NJW-RR 1989, 306, 307; BGH NJW 1990, 1658, 1659; BGH NJW 1995, 1547, 1548. Dies sollte nur dann nicht gelten, wenn sich die Angaben auf einen längeren Zeitraum (mind. 3 Jahre) erstreckten und unmittelbar die Ertragsfähigkeit des verkauften Unternehmens betrafen, BGH NJW 1995, 1547, 1548. Denn bei der Ertragsfähigkeit des Unternehmens als Grundlage für zukünftige Umsätze und Erträge könne der Verkäufer klarstellen, unter welchen Voraussetzungen die von ihm zugesicherten Erträge und Umsätze zu erzielen sein sollen.

⁶⁶ So z. B. bei der Unterlassung gebotener Rückstellungen, der unvollständigen Passivierung von Unternehmensschulden und falschen Umsatz- und Ertragsangaben.

⁶⁷ Baumbach/Hopt, HGB, Einl. vor § 1 Rn. 46b; Knott, NZG 2002, 249, 250; Weigl, DNotZ 2005, 246, 248.

⁶⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 209, linke Spalte.

erfordernis (§ 323 Abs. 1 BGB) und die Unerheblichkeitsschwelle (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB) „abgestumpft“. Das Gewährleistungsrecht ist somit besser „gerüstet“, um auch den Unternehmenskauf interessengerecht abzuwickeln.⁶⁹ Vor diesem Hintergrund besteht für die Anwendung der culpa in contrahendo (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB) neben dem Kaufgewährleistungsrecht nicht mehr dieselbe dringende Notwendigkeit wie vor der Schuldrechtsmodernisierung.⁷⁰

Die §§ 434 ff. BGB stellen nunmehr ein sachgerechtes Haftungsregime für Käufer und Verkäufer dar. In methodischer Hinsicht verdrängen die §§ 434 ff. BGB eine speziellere Regelung die allgemeinen schuldrechtlichen Haftungsbestimmungen, §§ 280 ff. BGB (*lex specialis derogat legi generali*). Die Balance zwischen Verkäufer- und Käuferinteressen, die das kaufrechtliche Gewährleistungsregime herstellt, würde einseitig zu Lasten des Verkäufers verschoben, wenn man die culpa in contrahendo neben den §§ 434 ff. BGB anwendete.⁷¹

Die *lex specialis*-Wirkung entfalten die §§ 434 ff. BGB freilich nur, soweit ihr durch den Mangelbegriff in § 434 BGB abgesteckter Anwendungsbereich reicht. Dabei besteht anders als früher kein Bedürfnis mehr für eine bewusst restriktive Handhabung des Mangelbegriffs, um den Anwendungsbereich der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften einzuschränken. Die culpa in contrahendo kann folglich nur bei Pflichtverletzungen zur Anwendung kommen, die keinen Bezug zur Sachmängelhaftung haben.⁷² Zu denken ist an vorvertragliche Pflichtverletzungen, die nicht zugleich von Relevanz für die Beschaffenheit des Unternehmens sind⁷³, beispielsweise beim Abbruch von Vertragsverhandlungen oder der Verletzung von Geheimhaltungspflichten.⁷⁴

VI. Schlussbetrachtung: Vertragspraxis versus gesetzliches Kaufgewährleistungsrecht

Das OLG Köln hat die aufgeworfenen dogmatischen Fragen zum Unternehmenskauf m. E. zutreffend entschieden. Allerdings spielt das gesetzliche Kaufgewährleistungsrecht in der Praxis der Unternehmenskäufe häufig nur eine untergeordnete Rolle. Dies ist nicht nur anglo-amerikanischen M&A-Standards, sondern auch der Tatsache geschuldet, dass vor der Schuldrechtsreform die Anwendung des Gewährleistungsrechts auf Unternehmenskäufe zu völlig unbefriedigenden Ergebnissen führte und auch das neue Schuldrecht nicht allen Besonderheiten des Unternehmenskaufs hinreichend gerecht wird.⁷⁵ Die Praxis behilft sich mit ausführlichen

⁶⁹ Weigl, DNotZ 2005, 246, 253; skeptisch dagegen Kindl, WM 2003, 409, 412; Huber, AcP 202 (2002), 179, 223; Roth/Altmeppen, GmbHG, § 15, Rn. 6 f.

⁷⁰ Ähnlich Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, Rn. 86.

⁷¹ Schröcker, ZGR 2005, 63, 89.

⁷² Roth, JZ 2009, 1174.

⁷³ Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf, Rn. 778; Roth/Altmeppen, GmbHG, § 15, Rn. 14; MünchKomm/BGB/Westermann, 5. Auflage 2008, § 453 Rn. 25, 26.

⁷⁴ Schröcker, ZGR 2005, 63, 99.

⁷⁵ Vgl. auch Roth/Altmeppen, GmbHG, § 15, Rn. 6 f.

Due Diligence-Prozessen und der Vereinbarung darauf basierender Garantienkataloge bei gleichzeitigem Ausschluss des gesetzlichen Gewährleistungsrechts im Unternehmenskaufvertrag.⁷⁶ Ein aktueller Trend geht dahin, die vereinbarten Garantien über eine sog. W & I-Insurance (Warranty & Indemnity) zugunsten des Käufers zu versichern.⁷⁷

Gleichwohl gibt es zahlreiche Fälle, in denen das gesetzliche Gewährleistungsrecht entscheidend ist. Zu denken ist an kleinere und mittlere Unternehmen, die ohne Einschaltung von M & A-Spezialisten veräußert werden (und bei denen dementsprechend keine Garantien vereinbart wurden) oder in denen die Berater – wie im Fall des OLG Köln – die gesetzlichen Bestimmungen für adäquat halten; ferner an Konstellationen, in denen sich vereinbarte Garantien als unwirksam oder nicht umfassend erweisen.⁷⁸ Schließlich hat das dispositive Gewährleistungsrecht der §§ 434 ff. BGB eine Leitbildfunktion⁷⁹, wenn es um die ergänzende Vertragsauslegung und um die – auch bei Verträgen zwischen zwei Unternehmern relevante – Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln geht.⁸⁰

VII. Zusammenfassung in Thesen

(1) Auf den share deal finden die §§ 434 ff. BGB über § 453 Abs. 1 BGB entsprechende Anwendung, wenn die zu erwerbende Beteiligungsquote so hoch ist, dass sie wirtschaftlich betrachtet dem Kauf des Unternehmens als solchem entspricht. Entscheidend ist dabei eine Würdigung im Einzelfall.

(2) Vor der am 1. 1. 2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsmodernisierung war das Sachmängelgewährleistungsrecht von seinen Rechtsfolgen her (Wandlung) im Hinblick auf Unternehmenskaufverträge ungeeignet. Sein Anwendungsbereich musste restriktiv interpretiert werden, um den Rückgriff auf die adäquateren Grundsätze der culpa in contrahendo zu ermöglichen.

(3) Nach neuem Schuldrecht besteht das Bedürfnis, die Sachmängelgewährleistung zugunsten der culpa in contrahendo zurückzudrängen, nicht mehr in demselben Maße. Denn die scharfe Rechtsfolge der Wandlung, welche an das bloße Vorliegen eines Fehlers geknüpft war, wurde eingedämmt. Der Rücktritt hängt nunmehr von einer erfolglosen Fristsetzung (§ 323 Abs. 1 BGB) und einer Erheblichkeitsschwelle ab (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB), die eine Rückabwicklung von Unternehmenskaufverträgen unwahrscheinlich macht. Darüber hinaus wurden die Verjährungsfristen der Gewährleistungsrechte (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB) und der culpa in contrahendo (§§ 195, 199 BGB) einander angenähert. Schließlich eröffnen beide Haftungsregime Schadensersatz bei bloßer Fahrlässigkeit.

⁷⁶ Vgl. Roth/Altmeyden, GmbHG, § 15, Rn. 6 f.

⁷⁷ Vgl. Metz, NJW 2010, 813 ff.

⁷⁸ Vgl. auch LG Berlin, Urt. v. 1. 2. 2005, 5 O 176/04; Kindl, WM 2003, 409, 411; Schmitz, RNotZ 2006, 561, 562 Wunderlich, WM 2002, 981.

⁷⁹ Näher zu den damit einhergehenden Konsequenzen Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, Rn. 22 ff.

⁸⁰ Vgl. § 307 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 310 Abs. 1 S. 2 BGB.

(4) Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Kaufgewährleistungsrechts ist das Vorliegen eines Mangels i. S. d. § 434 BGB. Nicht ausreichend ist es, wenn lediglich ein einzelner zum Unternehmen gehörender Gegenstand mangelhaft ist, wie es die Anhänger der Einzelgegenstandsbetrachtung befürworten. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Mangel des Einzelgegenstandes so erheblich ist, dass er auf das gesamte Unternehmen durchschlägt und damit zugleich zu einem Mangel des Unternehmens als solchem führt (Gesamterheblichkeitstheorie).

(5) Die Parteien eines Unternehmenskaufvertrages können allerdings einen einzelnen zum Unternehmen gehörenden Gegenstand im Rahmen einer privatautonom vereinbarten Vereinbarung über die „Beschaffenheit“ i. S. d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB als so wesentlich deklarieren, dass seine Mangelhaftigkeit auch dann Gewährleistungsansprüche nach sich zieht, wenn er das Gesamtunternehmen objektiv nicht beeinträchtigt. Eine solche Beschaffenheitsvereinbarung ist in ihren Rechtsfolgen von einer Garantie zu unterscheiden.

(6) Wenn die Parteien einen Mangel an einem Einzelgegenstand für gesamt-erheblich erklären (These 5), haben sie damit *nicht* zugleich die Unerheblichkeitsschwelle nach §§ 325 Abs. 5, 281 Abs. 1 S. 3 BGB für unbeachtlich erklärt. Wenn diese ebenfalls abbedungen werden soll (was nicht zu empfehlen ist), muss dies im Kaufvertrag zusätzlich klargestellt werden.

(7) Für die Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf gilt die zweijährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Diese gilt unabhängig davon, welcher Gegenstand (z. B. ein Gebäude) aus dem Unternehmen mangelbehaftet ist. Die Gegenansichten, die eine Fünfjahresfrist (§ 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB analog) oder die regelmäßige dreijährige Verjährung (§§ 195, 199 BGB) befürworten, überzeugen nicht.

(8) Das Kaufgewährleistungsrecht (§§ 434 ff. BGB) verdrängt als speziellere Regelung die Haftung aus culpa in contrahendo (*lex specialis derogat legi generali*), soweit sein durch den Mangelbegriff in § 434 BGB abgesteckter Anwendungsbe- reich reicht. Dabei besteht anders als früher kein dringendes Bedürfnis mehr, den Anwendungsbereich der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften durch eine bewusst restriktive Handhabung des Mangelbegriffs einzuschränken. Die culpa in contrahendo kann nur bei Pflichtverletzungen zur Anwendung kommen, die keinen Bezug zur Sachmängelhaftung haben.

Literatur

Baumbach/Hopt, HGB, 34. Auflage 2010; Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, 2002; Dauner-Lieb (Hrsg.), Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung, 2002; Fischer, Die Haftung des Unternehmensverkäufers nach neuem Schuldrecht, DStR 2004, 276; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage 1992; Gronstedt/Jörgens, Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht, ZIP 2002, 52; Grunewald, Rechts- und Sachmängelhaftung beim Kauf von Unternehmensanteilen, NZG 2007, 372; Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendland, Das neue Schuldrecht, 2002; Holz- apfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 13. Auflage 2008; Hommelhoff, Die Sach- mängelhaftung beim Unternehmenskauf durch Anteilsverkauf, ZHR 140 (1976), 271; Huber, Die

Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts, AcP 202 (1992), 179; Kindl, Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung, WM 2003, 409; Knott, Unternehmenskauf nach der Schuldrechtsreform, NZG 2002, 249; Lorenz, Der Unternehmenskauf nach der Schuldrechtsreform, FS Heldrich 2006, S. 305; Maier-Reimer, Verhaltenspflichten des Vorstands der Zielgesellschaft bei feindlichen Übernahmen, ZHR 165 (2001), 258; ders., Englische Vertragssprache bei Geltung deutschen Rechts, AnwBl. 2010, 13; Metz, Grundzüge der W & I-Insurance beim Unternehmenskauf, NJW 2010, 813; Müller, Zur Haftung des Verkäufers von GmbH-Anteilen für falsche Auskünfte über den Wert des Unternehmens, ZIP 2000, 822; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2007; Picot, Unternehmenskauf und Sachmängelhaftung, DB 2009, 2587; Reichert/Weller, Der GmbH-Geschäftsanteil, 2006; Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, 2003; Roth/Altmeyen, GmbHG-Kommentar, 6. Aufl. 2009; Roth/Weller, Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Auflage 2010; Schmitz, Mängelhaftung beim Unternehmenskauf nach der Schuldrechtsreform, RNotZ 2006, 561; Schröcker, Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform, ZGR 2005, 63; Triebel/Hölzle, Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge, BB 2002, 521; Weigl, Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den Unternehmenskauf, DNotZ 2005, 246; Weitnauer, Der Unternehmenskauf nach neuem Kaufrecht, NJW 2002, 2511; Weller, Die Vertragstreue – Vertragsbindung, Naturalerfüllungsgrundsatz, Leistungstreue, 2009; Wölf/Kaiser, Die Mängelhaftung beim Unternehmenskauf nach neuem Recht, DB 2002, 411; Wunderlich, Die kaufrechtliche Haftung beim asset deal nach neuem Schuldrecht, WM 2002, 981.