

Professor Dr. Holger Fleischer, Dipl.-Kfm., LL.M., und Dr. Torsten Körber, LL.M., Göttingen\*

## Due diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf

US-amerikanisches Rechtsdenken hat unser Unternehmensrecht während der vergangenen Jahrzehnte in einem Maß geprägt, das historisch nahezu ohne Vorbild ist. Wiewohl eine wissenschaftliche Aufarbeitung dieses epochalen Vorgangs noch aussteht<sup>1</sup>, gibt es kaum einen Teilbereich des Handels-, Gesellschafts- oder Kapitalmarktrechts, in dem angelsächsische Argumentationsmuster, Denkfiguren oder Vertragsformen nicht Fuß gefasst hätten. Mit Händen zu greifen ist der transatlantische Einfluss vor allem beim Unternehmenskauf – einem Transaktionsfeld, in dem eine hochgerüstete amerikanische Vertragspraxis auf eine wenig entwickelte deutsche Kautelarjurisprudenz traf<sup>2</sup>. Augenfälligster Ausdruck dieser Amerikanisierungstendenzen ist die Durchführung einer *due diligence* im Vorfeld eines Unternehmenskaufs. Sie war zuletzt Gegenstand zahlreicher Beiträge, die sich mit der gesellschaftsinternen Pflichtenbindung der Geschäftsleiter von Zielgesellschaft<sup>3</sup> oder Käufer<sup>4</sup> gegenüber ihrem eigenen Verband auseinandersetzen. Dogmatisch deutlich unterbelichtet ist dagegen das kaufrechtliche Seitenstück der *due diligence*: Gereicht es einem Erwerber zum Nachteil, wenn er von einer kaufvorbereitenden Durchleuchtung des Zielunternehmens ganz absieht? Verschlechtert sich seine Rechtsstellung dadurch, dass ihm Unternehmensmängel infolge einer unsorgfältig durchgeführten *due diligence* verborgen blieben? Zuverlässige Antworten hierauf lassen sich nur finden, wenn man sich zunächst Gewissheit über die rechtstatsächliche Verbreitung der *due diligence*<sup>5</sup> und über das etwas unübersichtliche Haftungsregime beim Unternehmenskauf<sup>6</sup> verschafft.

### I. Das Thema: *Due diligence* im Unternehmenskaufrecht

#### 1. Begriff und Arten der *due diligence*

Der Begriff „*due diligence*“ entstammt dem US-amerikanischen Recht und beschreibt an sich einen haftungsrechtlichen Verhaltensstandard, der dem Sorgfaltsmaßstab des § 276 BGB nahe kommt<sup>7</sup>. Im Unternehmenskaufrecht versteht man unter *due diligence* dagegen die spezielle kaufvorbereitende Prüfung des Zielunternehmens<sup>8</sup>. Umfang und Gegenstände der *due diligence* sind so vielfältig und facettenreich wie die modernen Unternehmensstrukturen und -interessen<sup>9</sup>: Im Mittelpunkt der *due diligence* steht die Durchleuchtung des Zielunternehmens in wirtschaftlicher, finanzieller, rechtlicher und steuerlicher Hinsicht. Als *commercial due diligence* bezeichnet man die Analyse des wirtschaftlichen Umfelds, der Marktposition und der Organisationsstruktur des Zielunternehmens<sup>10</sup>. Gegenstand der *financial due diligence* ist die finanzielle Unternehmensanalyse, die regelmäßig auf Grund der Jahresabschlussunterlagen der letzten drei bis fünf Jahre er-

folgt, aber auch die Planungsrechnung und die Bankbeziehungen einbezieht<sup>11</sup>. Die *legal due diligence* erforscht die Geschäftsverhältnisse des Zielunternehmens, seine Vermögensgegenstände und vertraglichen Beziehungen zu Dritten, insbesondere mit Blick auf etwaige Risiken oder kartellrechtliche Probleme des Unternehmenserwerbs<sup>12</sup>. Die *tax due diligence* zielt auf Erkennung steuerlicher Risiken, namentlich auf die Aufdeckung offener Steuerverbindlichkeiten und möglicher Steuernachforderungen<sup>13</sup>. Gehen von der Tätigkeit des Erwerbsobjekts besondere Gefahren für die Umwelt aus, so empfiehlt sich zur Aufdeckung verborgener Haftungsrisiken die Durchführung einer *environmental due diligence*.

Der Katalog ist nicht abschließend. Als Spielarten der *due diligence* hinzutreten können etwa die *technical due diligence*, die den Zustand der technischen Ausstattung und den Entwicklungsstand der Produkte des Zielunternehmens untersucht, die *human resources due diligence*, die sich auf Bestand und Qualität des Personalbestands, insbesondere des

\* Die Autoren sind Lehrstuhlinhaber und Assistent an der Universität Göttingen. Mehr über die Verfasser erfahren Sie auf S. XII.

1 Erste Ansätze neuerdings bei *Wiegand*, in: *Liber amicorum Buxbaum* (2000), S. 601 ff.; in allgemeinerem Zusammenhang bereits *Stürner*, FS Rebmann (1989), S. 839 ff.; speziell für das Kartellrecht zuletzt *Fleischer/Körber*, WuW 2001, 6 ff.

2 Konturenscharfe Beobachtung und Beschreibung der „Kulturunterschiede“ letztlich bei *Merk*, FS Sandrock (2000), S. 657; allgemein kritisch zur amerikanischen Rechtskultur der gleichnamige Beitrag von *Honsell*, FS Zäch (1999), S. 39.

3 Ob der Vorstand der Zielgesellschaft befugt ist, bei einer *due diligence* mitzuwirken, ist lebhaft umstritten: Die wohl überwiegende Ansicht spricht sich für eine grundsätzliche Zulässigkeit in den Grenzen der *business judgement rule* aus, vgl. etwa *Mertens*, AG 1997, 541 ff.; *Schroeder*, DB 1997, 2161 ff.; *Roschmann/Frey*, AG 1996, 449 ff.; zum GmbH-Recht *Götze*, ZGR 1999, 202 ff.; *Oppenländer*, GmbHR 2000, 535 ff.; abw. *Lutter*, ZIP 1997, 613 ff.; *Ziemons*, AG 1999, 492 ff.

4 Eingehend zu der Frage, ob und inwieweit der Vorstand des Käufers nach § 93 AktG bzw. § 43 GmbHG verpflichtet ist, eine *due diligence* durchzuführen, *Kiethe*, NZG 1999, 976 ff.; *Werner*, ZIP 2000, 989 ff.

5 Umfassend dazu der Sammelband von *Berens/Brauner* (Hrsg.), *Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen*, 2. Aufl. (1999); für eine erste empirische Erhebung *Marten/Köhler*, Finanz Betrieb (FB) 1999, 337.

6 Prägnanter Überblick bei *Baumbach/Hopt*, HGB, 30. Aufl. 2000, Einl. vor § 1 HGB Rn. 46; ausführlich *K. Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 6 II 3, S. 148 ff.

7 *Black's Law Dictionary*, 7th ed. 1999, S. 468, definiert „due diligence“ als: „1. The diligence reasonably expected from, and ordinarily exercised by, a person who seeks to satisfy a legal requirement or to discharge an obligation“.

8 Zu dieser Zweitbedeutung auch *Black's Law Dictionary* (Fn. 7), S. 468: „due diligence (...) 2. Corporations & securities. A prospective buyer's or broker's investigation and analysis of a target company, a piece of property, or a newly issued security.“; aus dem deutschen Schrifttum *Merk*, WiB 1996, 145; *Ganzert/Lutz*, WPg 1995, 576; *Loges*, DB 1997, 965.

9 Übersichten bei *Krüger/Kalbfleisch*, DStR 1999, 174, 175 ff.; *Schanz*, Börseneinführung, Recht und Praxis des Börsengangs, 2000, S. 239 ff.

10 Eingehend *Schanz* (Fn. 9), S. 240 f.; die Analyse der Organisationsstruktur wird teilweise als „organisatorische *due diligence*“ separat geprüft, vgl. *Wegmann/Koch*, DStR 2000, 1027, 1029.

11 Näher dazu *Schanz* (Fn. 9), S. 242 ff.

12 Eingehend *Jaletzke*, FS Döser (1999), S. 199 ff.; *Krüger/Kalbfleisch*, DStR 1999, 174, 176 ff.

13 Ausführlich *Krüger/Kalbfleisch*, DStR 1999, 174, 178 ff.

Managements (*management due diligence*) bezieht<sup>14</sup>, die *psychological due diligence*, die Schwierigkeiten aus der Eingliederung des Zielunternehmens – etwa im Hinblick auf Unternehmensphilosophie oder ethische Grundpositionen – zum Gegenstand hat<sup>15</sup>, und die *insurance due diligence*, die versicherungstechnischen Risiken nachspürt. Einen ersten Eindruck vom Anforderungsprofil der *due diligence* vermitteln sog. „Checklisten“, die allerdings auf Grund ihrer Unterschiedlichkeit allenfalls Anhaltspunkte für den von Fall zu Fall bestimmenden Untersuchungsumfang bieten können<sup>16</sup>. Weil dem Käufer das notwendige Fachwissen für die Prüfung der vielfältigen Aspekte häufig fehlt, werden mit ihrer Durchführung nicht selten externe Experten (Anwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer) beauftragt<sup>17</sup>, in erster Linie jene Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, die das Prüfungsmandat des Käufers innehat<sup>18</sup>. Eine vollständige Verlagerung auf externe Experten ist allerdings nicht der Regelfall. Einer ersten empirischen Studie zufolge wurde die *due diligence* in 59,1 % der untersuchten Fälle unter Beteiligung des Käufers durchgeführt<sup>19</sup>.

## 2. Funktionen der *due diligence*: Gewährleistungs-, Risikoermittlungs-, Wertermittlungs- und Beweissicherungsfunktion

In den USA ist eine eingehende Unternehmensprüfung vor dem Erwerb schon mit Blick auf den im anglo-amerikanischen Kaufrecht geltenden *caveat emptor*-Grundsatz angezeigt und praktisch unverzichtbar<sup>20</sup>: Danach haftet der redliche Verkäufer grundsätzlich nicht für Mängel der Kaufsache. Es ist vielmehr Sache des Käufers, sich durch eingehende Prüfung des Kaufgegenstands über dessen Zustand zu informieren und sich auf dieser Grundlage beim Anteils- wie beim Sachkauf durch vertragliche Gewährleistungsregeln und Garantien abzusichern (*Gewährleistungsfunktion*)<sup>21</sup>. Neben dieser Kernfunktion soll die *due diligence* drei weitere Aufgaben erfüllen: Sie dient der Informationsbeschaffung und -verifizierung mit Blick darauf, ob das Zielunternehmen den Erwartungen des Käufers entspricht und ob aus dem Erwerb besondere Risiken herrühren (*Risikoermittlungsfunktion*); sie ist Grundlage der Wertermittlung und damit der Bestimmung des Kaufpreises (*Wertermittlungsfunktion*), und sie hilft schließlich, den Ist-Zustand des Zielunternehmens<sup>22</sup> und den Informationsfluss zwischen Zielunternehmen/Verkäufer und Käufer zu dokumentieren (*Beweissicherungsfunktion*)<sup>23</sup>.

Alle vier Funktionen spielen auch hierzulande bei Durchführung der *due diligence* eine Rolle. Allerdings ist die interne Gewichtung verschoben: Die Gewährleistungsfunktion tritt im Vergleich zu den USA deutlich zurück, weil das deutsche Kaufrecht in seinen §§ 437 bzw. §§ 459 ff. BGB im Gegensatz zum US-amerikanischen Recht mit Gewährleistungsregeln aufwartet, die das Risiko der Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstands grundsätzlich dem Verkäufer auferlegen. Die neben die gesetzlichen Haftungsregelungen tretende und in der Praxis des Unternehmenskaufs sogar im Vordergrund stehende Haftung des Verkäufers für die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* drängt den schon nach der gesetzlichen Regelung des § 460 BGB auf einen geringen Restbestand zusammengeschrumpften *caveat emptor*-Grundsatz noch weiter zurück<sup>24</sup>.

## II. Gewährleistungsrechtlicher Ausgangsbefund

### 1. Kaufrechtliche Gewährleistungsregeln

Das Unternehmen als Gegenstand des Unternehmenskaufs ist, genau besehen, weder eine Sache noch ein Recht, sondern ein

Inbegriff von Sachen, Rechten und immateriellen Vermögenswerten (Kundenstamm, *Know-how* etc.)<sup>25</sup>. Anders als etwa in Frankreich<sup>26</sup> fehlen im deutschen Kaufrecht allerdings Spezialvorschriften für den Unternehmenskauf<sup>27</sup>, so dass die Rechtsprechung mit den allgemeinen Regeln zum Rechts- und Sachkauf vorlieb nehmen muss. Dabei trägt sie den wirtschaftlichen Realitäten Rechnung, indem sie jedenfalls beim Erwerb aller oder fast aller Anteile ebenso wie im Fall der Einzelübertragung der Vermögensgegenstände des Unternehmens die §§ 459 ff. BGB heranzieht<sup>28</sup>. Der genaue Grenzverlauf zwischen Sach- und Rechtsmängelhaftung könnte zukünftig an Bedeutung verlieren, wenn der Gesetzgeber, wie dies in § 451 DiskE BGB vorgesehen ist, die Unterscheidung der Gewährleistungsrechte nach Sach- und Rechtskauf aufgeben sollte<sup>29</sup>.

Vergleichsweise eng fasst die Rechtsprechung die sachlichen Voraussetzungen der §§ 459 ff. BGB: Nach § 459 BGB haftet der Verkäufer dem Käufer dafür, dass die verkaufte Sache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht mit Fehlern behaftet ist und dass ihr keine zugesicherten Eigenschaften fehlen. Beide Begriffe werden von der Rechtsprechung restriktiv ausgelegt. Fehler einzelner zum Unternehmen gehöriger Gegenstände begründen danach nur dann einen Fehler des Unternehmens, wenn sie so schwerwiegend sind, dass sie auf das Unternehmen im Ganzen durchschlagen und dessen wirtschaftliche Grundlage erschüttern<sup>30</sup>. Zudem stellen falsche Angaben über Umsätze oder Erträge in der Vergangenheit

<sup>14</sup> Zu besonderen Problemen bei Durchführung der „*human resources due diligence*“ mit Blick auf Persönlichkeitsrechte der Mitarbeiter und Datenschutz vgl. BGH, NJW 1991, 1223, 1224; Werner, ZIP 2000, 989, 992 f.

<sup>15</sup> Dazu Wegmann/Koch, DStR 2000, 1027, 1030.

<sup>16</sup> Vgl. z. B. die Listen bei Holzapfel/Pöllath, Recht und Praxis des Unternehmenskaufs, 8. Aufl. 1997, Rn. 403 ff.; Ganzert/Lutz, WPg 1995, 576 ff.; Harter, DStR 1993, 1673; Wegmann/Koch, DStR 2000, 1027, 1028; Überblick über Vertragsmuster/Checklisten bei Merkt, Internationaler Unternehmenskauf, 1997, S. 369 f.

<sup>17</sup> Eingehend zum Ablauf der *due diligence*-Prüfung Wegmann/Koch, DStR 2000, 1027 ff.; zu Besonderheiten der *due diligence* bei der Übernahme von Krisenunternehmen Lubos, DStR 1999, 951 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Marten/Köhler, FB 1999, 337, 346.

<sup>19</sup> Vgl. Marten/Köhler, FB 1999, 337, 345.

<sup>20</sup> Zur *caveat-emptor*-Maxime im geltenden Recht Calamari/Perillo, The Law of Contracts, 4th ed. 1998, § 9.20, S. 338; zu ihrer Genese grundlegend Hamilton, 40 Yale L.J. 1113 (1931); die altherwürdige englische Ausgangsentscheidung ist *Chandelor v. Lopus* (1603) Cro. Jac. 4, 79 E.R.; ausführlich zu allem Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 821 ff., 899 ff.

<sup>21</sup> Wegweisend für das angloamerikanische Recht *Chandelor v. Lopus* (1603) Cro. Jac. 4, 79 E.R. 3: „If there is no warranty, an action on the case does not lie, even though he is deceived: for caveat emptor“; dazu auch Simpson, A History of the Common Law of Contract, 1987, S. 536.

<sup>22</sup> Vgl. Kiethe, NZG 1999, 976, 977 f.

<sup>23</sup> Vgl. Merkt, WiB 1996, 145, 147.

<sup>24</sup> Vgl. etwa BGH, NJW 1980, 2408; BGH, NJW 1995, 1547 (§§ 459 ff. BGB); BGH, DB 1970, 42; BGH, NJW 1991, 1223 (cic); zu Alternativvorschlägen in der Literatur vgl. Übersicht bei Holzapfel/Pöllath (Fn. 16), Rn. 300.

<sup>25</sup> Holzapfel/Pöllath (Fn. 16), Rn. 130 ff.

<sup>26</sup> Näher zu den Sondervorschriften im französischen Recht Fleischer, WM 1998, 849 ff.

<sup>27</sup> Es ist nicht vorgesehen, daran im Zuge der anstehenden Reformen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz etwas zu ändern und spezielle Regelungen einzuführen. Allerdings betreffen einige der geplanten Änderungen auch den Unternehmenskauf. Vgl. eingehend Krebs, BB-Beilage 14/2000.

<sup>28</sup> Vgl. etwa RGZ 98, 289, 292; BGHZ 65, 246 = BB 1976, 11, 155 m. Anm. Hommelhoff; BGH, NJW 1980, 2408, 2409; BGH, NJW 1991, 1223; Palandt-Putzo, vor § 459 BGB Rn. 15; Soergel-Huber, § 459 BGB Rn. 258 ff.; Erman-Grunewald, § 459 BGB Rn. 17; Baumbach/Hopt (Fn. 6), Einl. vor § 1 HGB Rn. 46; für eine noch weitergehende Anwendung der §§ 459 ff. BGB unter Zurückdrängung des Anwendungsbereichs der *culpa in contrahendo* MüKo-Westermann, § 459 BGB Rn. 50; Müko-Lieb, Anh. § 25 HGB Rn. 77 ff.; Willemsen, AcP 182 (1982), 515 ff.; a. A. Baur, BB 1979, 381, 384 ff. (Lösung allein durch Anwendung der cic); Canaris, ZGR 1982, 395, 433 (Lösung auf der Grundlage der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage).

<sup>29</sup> Vgl. dazu Krebs, BB-Beilage 14/2000, 16 f.; Zimmer, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 191, 193 f.

<sup>30</sup> Vgl. BGH, WM 1970, 819, 821; Holzapfel/Pöllath (Fn. 16), Rn. 307.

nach ständiger Rechtsprechung des BGH keinen Fehler des Unternehmens dar, weil sie durch dem Unternehmen selbst nicht innewohnende Faktoren (Geschick des Unternehmers, konjunkturelle Entwicklung etc.) beeinflusst sein können und daher unmittelbar weder die künftige Gebrauchstauglichkeit noch den Wert des Unternehmens determinieren<sup>31</sup>; ebenso wenig sind Umsätze oder Erträge einzelner Geschäftsjahre zusicherungsfähige Eigenschaften des Unternehmens<sup>32</sup>. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich die Angaben über einen längeren, mehrjährigen Zeitraum erstrecken und deshalb einen verlässlichen Anhalt für die Bewertung der Ertragsfähigkeit und damit des Wertes des Unternehmens geben oder wenn der Verkäufer die zukünftige Ertragsfähigkeit als solche zugesichert hat<sup>33</sup>. Der Anwendungsbereich der §§ 459 ff. BGB bleibt damit vergleichsweise schmal.

Ob diese Rechtsprechung nach der Schuldrechtsreform Bestand haben wird, erscheint fraglich: Hebt man, wie dies beabsichtigt ist, die Unterscheidung zwischen Fehlern und zugesicherten Eigenschaften, vor allem aber die (für einen Unternehmenskauf unangemessen kurze) Verjährungsfrist des § 477 BGB auf<sup>34</sup>, würde ein wesentlicher Beweggrund dafür entfallen, den Einzugsbereich der §§ 459 ff. BGB eng zu halten und damit einer Haftung aus *culpa in contrahendo* für fahrlässig falsche Angaben über Erträge eine Gasse zu öffnen<sup>35</sup>.

## 2. Haftung aus *culpa in contrahendo* – drei Anwendungsfälle in der Praxis

Werden die vom Käufer in den Ertrag eines Unternehmens gesetzten Erwartungen enttäuscht und greifen die §§ 459 ff. BGB nach den soeben dargestellten Rechtsregeln nicht ein, so kommt eine Haftung des Verkäufers für schuldhaft falsche oder pflichtwidrig unterlassene Angaben nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* in Betracht<sup>36</sup>, die sich in dreierlei Hinsicht weiter auffächern lässt.

### a) 1. Fall: Wahrheitspflicht

Den Verkäufer trifft zunächst eine Wahrheitspflicht, die er verletzt, wenn er gegenüber dem Käufer vorsätzlich oder fahrlässig falsche Angaben macht<sup>37</sup>. Dies gilt unabhängig davon, ob diese Angaben freiwillig oder auf Grund einer Aufklärungspflicht, aus eigenem Antrieb oder auf Nachfrage erfolgen<sup>38</sup>. Ausfluss des vorvertraglichen Wahrheitsgebots ist ferner, dass der Verkäufer Fehlvorstellungen des Käufers nicht durch Halbwahrheiten Vorschub leistet: Gibt der Verkäufer einer Praxis die Einnahmen mit einem jährlichen Gesamtbetrag an, so muss er beispielsweise darauf hinweisen, dass auf einige wenige Patienten ein besonders hoher Honoraranteil entfällt<sup>39</sup>. Verallgemeinernd lassen sich für alle bereitgestellten Informationen die in §§ 239 Abs. 2, 238 Abs. 1 S. 2 HGB gestellten Anforderungen („vollständig, richtig, zeitgerecht und geordnet“) als Orientierungshilfe heranziehen.

### b) 2. Fall: Aufklärungspflicht

Das Verschweigen bestimmter Umstände steht aktiven Falschangaben nur gleich, wenn den Verkäufer eine Aufklärungspflicht trifft<sup>40</sup>. Eine solche Redepflicht nimmt die Rechtsprechung an, wenn das Verschweigen von Tatsachen gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstieße und der Erklärungsgegner die Mitteilung der verschwiegenen Tatsache nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte<sup>41</sup>. Dies ist nach den Umständen des Einzelfalls einschließlich der Geschäftsgewandtheit des Käufers zu ermitteln<sup>42</sup>. Bei einem Unternehmenskauf zeigt sich die Spruchpraxis gegenüber der Annahme von Aufklärungspflichten im Allgemeinen sehr zurückhaltend, weil von einem in geschäftlichen Dingen erfahrenen Käufer

erwartet wird, seine Interessen bei der Informationsbeschaffung über das Zielunternehmen selbst wahrzunehmen. Insbesondere muss der Verkäufer den Käufer nicht auf Umstände hinweisen, von denen er annehmen darf, dass ihn der Käufer danach fragen werde, falls er darauf Wert legt<sup>43</sup>. Dagegen besteht eine Aufklärungspflicht beim Vorliegen solcher Umstände, die den Vertragszweck gefährden und für den anderen Teil von wesentlicher Bedeutung sind<sup>44</sup>. Kann der Käufer den Kaufpreis etwa nur durch Aufnahme eines Darlehens aufbringen und will er sich mit dem Unternehmenskauf eine Existenzgrundlage schaffen, so muss der Verkäufer ihn darauf hinweisen, dass die Umsätze des veräußerten Unternehmens beständig rückläufig und das Unternehmen unrentabel ist und daher nicht als Existenzgrundlage taugt<sup>45</sup>. Gleiches gilt, wenn die Parteien bei den Vertragsverhandlungen übereinstimmend von einer bestimmten Kaufpreisberechnungsmethode ausgegangen sind und der Verkäufer zu Lasten des Käufers davon abweichen will<sup>46</sup>. Eine Aufklärungspflicht kann ferner dann bestehen, wenn sich bereits bei Vertragsschluss abzeichnet, dass der Hauptabnehmer die Vertragsbeziehung voraussichtlich beenden wird oder dass eine Kündigung günstig angemieteter Geschäftsräume droht<sup>47</sup>.

### c) 3. Fall: Berichtigungspflicht

Schließlich trifft den Verkäufer eine Pflicht, den Käufer unverzüglich von einer nachträglichen Veränderung der Vertragsumstände zu unterrichten<sup>48</sup>. So darf der Verkäufer eines Computerunternehmens dem Käufer nicht vorenthalten, dass nach Abschluss der Vertragsverhandlungen, aber noch vor Vertragsschluss 40 % der vorher üblichen Wartungsverträge durch Kündigungen entfallen sind<sup>49</sup>.

31 Vgl. BGH, DB 1970, 42; BGH, DB 1974, 231; BGH, NJW 1977, 1536, 1537; *Beisel/Klump*, Der Unternehmenskauf, 3. Aufl. 1996, Rn. 937; a. A. *Immenga*, AcP 171 (1971), 1, 13 ff.

32 Vgl. BGH, DB 1970, 42 = NJW 1970, 653 (Juwelierladen); BGH, NJW 1977, 1536; BGH, NJW 1977, 1538; BGH, NJW 1979, 33; gegen diese vom BGH in ständiger Rechtsprechung durchgehaltene Auffassung wendet sich – insbesondere mit Blick auf die Bedeutung des Unternehmensertrags für die Wertermittlung nach der Ertragswertmethode – eine starke Literaturliteraturfassung, vgl. etwa *Müko-Lieb* (Fn. 28), Anh. § 25 HGB Rn. 77 ff.; *Müko-Westermann* (Fn. 28), Rn. 50; *Willemsen*, AcP 182 (1982), 515, 560 ff.; *Mössle*, BB 1983, 2146, 2149 ff.

33 Vgl. BGH, NJW 1995, 1547 ff.

34 Vgl. *Krebs*, BB-Beilage 14/2000, 14 ff.; *Zimmer* (Fn. 29), S. 191, 201 f. An die Stelle der sechsmonatigen Verjährungsfrist des § 477 BGB soll die neue Regelverjährung von drei Jahren treten (§ 195 S. 1 des Entwurfs).

35 Für eine Haftung aus *cic* ist bei fahrlässig falschen Verkäuferangaben nach allgemeinen Grundsätzen nur Raum, soweit sich diese nicht auf Fehler oder zusicherungsfähige Eigenschaften beziehen, anderes gilt nur bei vorsätzlichen Falschangaben, vgl. BGH, NJW-RR 1988, 10.

36 Dazu eingehend *Aderhold*, DStR 1991, 844 ff.

37 Vgl. BGH, BB 1974, 152; BGH, NJW-RR 1988, 744; *Soergel-Huber*, § 459 BGB Rn. 265; *Aderhold*, DStR 1991, 844, 845 f.; einschränkend Hans. OLG Hamburg, WM 1994, 1378, 1387, für einen Fall, in dem auf der Käuferseite ein „bedeutsames und versiertes Konzernunternehmen“ beteiligt war, das von einem „bekannten und anerkannten Wirtschaftsprüfungsunternehmen“ beraten wurde, und wenn der Kaufpreis für den Käufer ersichtlich nicht an den (falschen) Bilanzen, sondern am Börsenwert ausgerichtet war.

38 Vgl. *Semler*, in: *Hölter* (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungsgeschäfts, 4. Aufl. 1996, S. 488 Rn. 14; BGH, WM 1989, 26 (Autokauf).

39 Vgl. BGH, WM 1988, 1566.

40 Vgl. etwa BGH, NJW 1991, 1223, 1224; ausführlich *Fleischer* (Fn. 20), S. 245 ff. und passim.

41 Vgl. BGH, NJW 1991, 1223, 1224; BGH, NJW 1983, 2493, 2494; *Soergel-Wiedemann*, BGB, Vorb. § 275 Rdnr. 153.

42 Vgl. BGH, NJW 1986, 918, 919.

43 Vgl. BGH, DB 1970, 42; BGH, NJW 1989, 763, 764.

44 Vgl. *Semler* (Fn. 38), S. 487 Rn. 14.

45 Vgl. BGH, DB 1970, 42, 43.

46 Vgl. BGH, NJW 1981, 2050.

47 Vgl. Hans. OLG Hamburg, WM 1994, 1378, 1389.

48 Zur rechtsdogmatischen Einordnung näher *Fleischer* (Fn. 20), S. 308 ff.

49 Vgl. BGH, NJW-RR 1996, 429, s. auch BGH, NJW 1983, 2493; zu beiden Entscheidungen ausführlich *Fleischer* (Fn. 20), S. 310 ff.

### III. Einfluss einer unterlassenen *due diligence* auf die Käuferrechte

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen der vorgestellten Rechtsbehelfe erfüllt, schließt sich die Folgefrage an, ob es dem Käufer zum Nachteil gereicht, dass er keine *due diligence* durchgeführt hat. In Betracht kommt ein Rechtsverlust in zweierlei Richtung.

#### 1. Rechtsverlust nach § 460 S. 2 BGB bei Unterlassung der *due diligence*?

##### a) Grundsatz: Keine Nachforschungspflicht

Nach § 460 S. 2 BGB muss der Verkäufer nicht für Mängel der Kaufsache haften, die dem Käufer infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sind, es sei denn, der Verkäufer hat ihre Abwesenheit zugesichert oder sie arglistig verschwiegen<sup>50</sup>. Die Beschränkung des § 460 S. 2 BGB auf Fälle grober Fahrlässigkeit steht der Annahme einer allgemeinen vorvertraglichen Nachforschungspflicht des Käufers entgegen<sup>51</sup>. Gleiches lässt sich rechtssystematisch aus § 377 HGB ableiten, der eine Obliegenheit zur Untersuchung der Kaufsache auf mögliche Mängel beim beidseitigen Handelskauf<sup>52</sup> erst für die Zeit *nach Ablieferung* der Kaufsache vorsieht<sup>53</sup>. Daraus folgt zugleich, dass auch von geschäftsgewandten Partnern keine vorvertraglichen Nachforschungen verlangt werden<sup>54</sup>. Anderes kommt, wie ein reiches rechtsvergleichendes Panorama eindrucksvoll bestätigt<sup>55</sup>, nur ausnahmsweise beim Vorliegen besonderer Umstände in Betracht. Wann solche Umstände gegeben sind, hängt einmal von der Funktion des § 460 S. 2 BGB im System der Sachmängelhaftung und zum anderen von einem wertenden Abgleich mit den bislang anerkannten Fallgruppen ab.

##### b) Funktion des § 460 S. 2 BGB im System der Sachmängelgewährleistung – unterschiedliche Sichtweisen in der Literatur

Zur Funktion des § 460 S. 2 BGB werden verschiedene Auffassungen vertreten<sup>56</sup>: Die hergebrachte Ansicht sieht darin einen Restbestand des *caveat emptor*-Grundsatzes im deutschen Sachmängelgewährleistungsrecht: Der Käufer soll jedenfalls evidenten Mängeln gegenüber nicht die Augen verschließen und dann Gewährleistungsrechte geltend machen dürfen<sup>57</sup>. Darüber hinaus wird der Vorschrift verbreitet eine doppelte Beweiserleichterung entnommen: Zum einen trage sie den Schwierigkeiten des Verkäufers Rechnung, dem Käufer die nach § 460 S. 1 BGB zum Haftungsausschluss führende Mangelkenntnis nachzuweisen. Zum anderen bewirke sie eine Beweiserleichterung hinsichtlich des Haftungsausschlusses beim Kauf gebrauchter Sachen: Der Verkäufer, der eine Sache mit offensichtlichen Mangel verkaufe, soll zu der Annahme berechtigt sein, dass der Käufer sie in diesem Zustand kaufen will<sup>58</sup>. Andere sehen in § 460 S. 2 BGB eine Ausprägung des Verbots des *venire contra factum proprium*<sup>59</sup> oder eine Sanktion für verkehrswidriges Käuferverhalten<sup>60</sup>.

Eine moderne Literaturmeinung rückt die ökonomischen Begründungszusammenhänge in den Vordergrund: Danach zielt der Gewährleistungsausschluss darauf ab, unnötige Kosten und Risiken zu vermeiden und Anreize für eine möglichst effiziente Gestaltung der Austauschbeziehung zu setzen. Kenne der Käufer bei Vertragsschluss den Mangel oder könne er ihn leicht erkennen, so sei es ihm möglich und zumutbar, seine Interessen bei den Vertragsverhandlungen wahrzunehmen<sup>61</sup>. Darauf aufbauend erschließt sich eine transaktionskostensenkende Funktion des § 460 S. 2 BGB: Dass dem Käufer lediglich Kenntnis oder grobe Fahrlässigkeit schadet, fördert die Rei-

bungslosigkeit des Rechtsverkehrs, indem sie den Käufer von der Notwendigkeit entlastet, den Kaufgegenstand zu untersuchen oder eine entsprechende Zusicherung auszuhandeln. Liegt der Mangel dagegen offen zutage, so fallen die Informationskosten des Käufers kaum ins Gewicht. Möglicherweise ist sogar der kostengünstigere Informationssammler<sup>62</sup>. Darüber hinaus verhindert die Regelung opportunistisches Käuferverhalten: Dem Käufer soll die Möglichkeit genommen werden, den bereits beim Kaufpreis durch einen Preisabschlag berücksichtigten Mangel über ein Minderungsbegehren abermals in Ansatz zu bringen<sup>63</sup> und die anderenfalls drohenden Beweisschwierigkeiten des Verkäufers auszunutzen<sup>64</sup>.

##### c) Die vier maßgeblichen Fallgruppen im Rahmen des § 460 S. 2 BGB

Vier nicht immer klar voneinander zu trennende Aspekte können allein oder in Kombination miteinander die Annahme eines Gewährleistungsausschlusses nach § 460 S. 2 BGB besonders nahe legen: augenfällige Mängel, besondere Verdachtsmomente, besondere Sachkunde des Käufers oder die Etablierung einer Verkehrssitte zur Untersuchung durch den Käufer.

##### aa) Augenfällige Mängel

Grob fahrlässige Unkenntnis vom Vorliegen eines Fehlers ist zum *Ersten* jedenfalls dann anzunehmen, wenn ein Fehler der Kaufsache offen zutage liegt und vom Käufer ohne weiteres als solcher wahrgenommen und erkannt werden kann. Dies ist etwa bei offensichtlichen Schäden an der Sachsubstanz<sup>65</sup> oder bei evidenter Funktionsuntüchtigkeit des Kaufgegenstands der Fall<sup>66</sup>.

##### bb) Besondere Verdachtsmomente

Nichts anderes wird man *zweitens* annehmen können, wenn sich eine nähere Prüfung nach den Umständen auf Grund be-

50 Diese Regelung wird auch nach der Schuldrechtsreform weitgehend erhalten bleiben, § 441 Abs. 1 S. 1 DiskE BGB schließt die Rechte des Käufers aus, „wenn er den Mangel kennt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt“; abweichend noch § 442 BGB-KE, in: BMJ (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (1992), S. 226 f. Allerdings entfällt nach dem bisherigen Stand des Entwurfs die Arglistklausel (dazu zu Recht kritisch Krebs, BB-Beilage 14/2000, S. 18).

51 Vgl. RGZ 131, 343, 353; Staudinger-Honsell, § 459 BGB Rn. 181; § 460 BGB Rn. 7.

52 Der Unternehmenskauf ist zwar kein Handelskauf i. S. des § 377 HGB, jedoch wie dieser ein zweiseitiges Unternehmensgeschäft, vgl. Berens/Brauner (Fn. 5), S. 108.

53 Ebenso für den kaufmännischen wie nichtkaufmännischen Verkehr Art. 38, 39 CISG.

54 Grundlegend RGZ 131, 343, 355; ferner OLG Celle, BB 1957, 910 f.; Erman-Grunewald, § 460 BGB Rn. 11; Soergel-Huber, § 460 BGB Rn. 19.

55 Vgl. die Parallelvorschriften in Art. 200 des schweizerischen Obligationenrechts, § 928 des österreichischen ABGB, Art. 1642 des französischen Code civil, Art. 1491 des italienischen Codice civile und § 2-316 (3)(b) des US-amerikanischen Uniform Commercial Code; ausführlich zu alledem Fleischer (Fn. 20), mit umfassenden Belegen.

56 Dazu eingehend Fleischer (Fn. 20), S. 470 ff.

57 Vgl. Protokolle, Mugdan II, S. 925 Rn. 2223.

58 Vgl. Soergel-Huber (Fn. 54), Rn. 4; Erman-Grunewald (Fn. 54), Rn. 2.

59 Vgl. Richardi, AcP 169 (1969), 385, 390; Staudinger-Honsell, § 460 BGB Rn. 1.

60 Vgl. Jauernig-Vollkommer, § 460 Rn. 1; Lorenz, Schuldrecht, Bd. II, § 41 I, S. 43.

61 Vgl. Köhler, JZ 1989, 761, 763; Palandt-Putzo, § 460 BGB Rn. 1.

62 Vgl. Fleischer (Fn. 20), S. 476.

63 Vgl. Fleischer (Fn. 20), S. 477 f.; Trebilcock, The Limits of Freedom of Contract, 1993, S. 111; ähnlich Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, S. 62.

64 Gleichsinnig insoweit Soergel-Huber (Fn. 54), Rn. 4.

65 Etwa: durchgerostete Karosserie eines Gebrauchtwagens, Fehlen wesentlicher Bestandteile der Kaufsache. Mit Blick auf den Zweck der Kennzeichnungspflicht nicht ausreichend ist dagegen, dass der Käufer den Ablauf eines Mindesthaltbarkeitsdatums übersehen hat, vgl. Fleischer (Fn. 20), S. 480; a. A. Köhler, DB 1985, 215, 216.

66 Etwa: Fahruntüchtigkeit eines Gebrauchtwagens und Funktionsuntüchtigkeit einer Maschine.

sonderer Verdachtsmomente geradezu aufdrängt und der Käufer gleichwohl von der Einholung weiterer Informationen abieht<sup>67</sup>. Solche besonderen Umstände können etwa angenommen werden, wenn der Verkäufer oder ein Dritter vor dem Vorliegen bestimmter Mängel warnt, wenn der äußere Zustand der Kaufsache ihre Mangelhaftigkeit besonders nahe legt oder wenn der Kaufvertrag die Klausel „Kauf wie besichtigt“ enthält<sup>68</sup>. Dies wurde etwa beim Kauf eines Kunstwerks durch ein Auktionshaus nach Prüfung durch einen Kunsthistoriker für den Fall angenommen, dass Qualität und Maltechnik besondere Verdachtsmomente gegen dessen Echtheit nahe legten<sup>69</sup>.

### cc) Besondere Sachkunde des Käufers

Auch wenn die Mangelhaftigkeit der Kaufsache nicht durch besondere Verdachtsmomente indiziert ist, kommt *drittens* eine Erkundigungs- und Untersuchungspflicht in jenen Fällen in Betracht, in denen der Käufer besondere Sachkunde besitzt, die dem Verkäufer fehlt<sup>70</sup>. So verlangt die Rechtsprechung von einem Kfz-Händler, der einen Gebrauchtwagen erwirbt, eine sorgfältige Untersuchung, nicht dagegen von einem privaten Käufer. Verzichtet der gewerbliche Händler auf diese Kontrolle und lässt er die ihm dafür zur Verfügung stehenden technischen Mittel bewusst ungenutzt, so handelt er grob fahrlässig<sup>71</sup>. Erhöhte Anforderungen werden auch beim Erwerb eines Gemäldes durch ein Auktionshaus gestellt<sup>72</sup>. In dieser Fallgruppe tritt der Gedanke des kostengünstigeren Informationsbeschaffers besonders deutlich hervor<sup>73</sup>.

### dd) Ausbildung einer Verkehrssitte

Schließlich kann sich *viertens* für den Erwerb bestimmter Sachen eine Verkehrssitte herausbilden, die dem Käufer eine mehr oder minder intensive Untersuchungspflicht auferlegt. Eine solche Verkehrssitte wird teilweise aus der Natur der Kaufsache abgeleitet und etwa für den Erwerb von Häusern, Autos, Kunstwerken und besonderen Kostbarkeiten angenommen<sup>74</sup>. So wird auch einem privaten Käufer abverlangt, vor dem Kauf eines Gebrauchtwagens eine Probefahrt zu unternehmen<sup>75</sup>. Genügt er dieser Pflicht, so handelt er allerdings nicht grob fahrlässig, wenn er dabei Mängel übersieht, die einem Fachmann aufgefallen wären<sup>76</sup>.

Desgleichen haben einige Obergerichte den Kauf eines Hauses ohne vorherige Besichtigung als grob fahrlässig angesehen<sup>77</sup>. Der BGH hielt das Vorliegen grober Fahrlässigkeit in einem Fall für möglich, in dem der Käufer eines Ferienhauses wusste, dass dieses in einem Landschaftsschutzgebiet lag und sich trotzdem nicht nach dem Vorliegen einer Baugenehmigung erkundigte<sup>78</sup>. Wesentlich zurückhaltender hatte zuvor das Reichsgericht judiziert und das Unterlassen einer Erkundigung nach dem Vorliegen öffentlich-rechtlicher Baubeschränkungen infolge einer Fluchtlinienänderung nur deshalb für grob fahrlässig erachtet, weil es in der betreffenden Stadt zuvor häufig zu Fluchtlinienänderungen gekommen war (also ein besonderes Verdachtsmoment vorlag) und weil der Käufer (die Stadt selbst) insoweit über eine besondere Sachkunde verfügte<sup>79</sup>. Auch der BGH hat in einer späteren Entscheidung vorsichtiger geurteilt und es nicht für grob fahrlässig erachtet, dass sich der Käufer eines entgegen behördlicher Verfügung teilweise zu Wohnzwecken genutzten Gebäudes nicht vor dem Erwerb darüber informiert hatte, ob diese Nutzung der Baugenehmigung entsprach. Vor allem hat er in derselben Entscheidung klargestellt, dass der hohe Wert des Kaufgegenstands allein nicht ausreicht, um eine Nachforschungsobliegenheit zu begründen. Im Leitsatz heißt es dazu: „Es besteht kein allgemeiner Grundsatz des Inhalts, dass beim Kauf eines Grundstücks zum Preis von über 3 Millionen DM der Käufer

grob fahrlässig handle, wenn er nicht in Grundakten und Bauakten Einsicht nimmt.“<sup>80</sup>

Entscheidend für die Annahme einer Untersuchungsobliegenheit ist mithin nicht der besondere Wert des Kaufgegenstands, sondern der Umstand, dass sich eine Mangelhaftigkeit auf Grund der Umstände des Einzelfalls zwar nicht unbedingt aufdrängt, aber nach der Lebenserfahrung doch typischerweise nahe liegt (gebrauchter Zustand des Pkw, Lage des Hauses außerhalb üblicher Baugebiete), und dass der Käufer gleichwohl selbst geringfügige Informationsanstrengungen (Probefahrt, Inaugenscheinnahme) unterlässt.

### d) Folgerungen für den Unternehmenskauf

Trägt man Funktion und Fallgruppen des § 460 S. 2 BGB an den Unternehmenskauf heran, so bleibt für einen Verlust der Käuferrechte beim ersten Zugriff nur ein schmaler Anwendungsbereich.

#### aa) Einzelansätze für einen Verlust der Käuferrechte

Zu denken ist vor allem an eine Käuferobliegenheit, bei augenfälligen Mängeln oder besonderen Verdachtsmomenten nähere Nachforschungen anzustellen. Anlass dazu können etwa eine offensichtliche Verunreinigung des Betriebsgeländes mit umweltgefährdenden Stoffen, notorische Zahlungsschwierigkeiten des Zielunternehmens oder Berichte seriöser Presseorgane über solche Tatsachen bieten. Dies dürfte indes eher die Ausnahme sein. Auch wird der Käufer regelmäßig nicht über eine dem Verkäufer weit überlegene Sachkunde hinsichtlich des Aufspürens von Unternehmensmängeln verfügen<sup>81</sup>. Dies belegt schon der Umstand, dass die *due diligence* in der Praxis häufig unter Beiziehung externer Experten durchgeführt wird. Eine Verpflichtung des Käufers zur Hinzuziehung solcher Experten besteht aber regelmäßig selbst dann nicht, wenn damit keine besonders hohen Kosten verbunden sind<sup>82</sup>.

#### bb) Weiterungen durch eine Verkehrssitte zur *due diligence*?

Durchschlagende Wirkung könnte § 460 S. 2 BGB beim Unternehmenskauf nach alledem nur entfalten, wenn sich eine Verkehrssitte zur Durchführung einer *due diligence* im Verkäuferinteresse feststellen ließe.

67 Vgl. Palandt-Putzo (Fn. 61), Rn. 12.

68 Vgl. OLG Köln, NJW-RR 1992, 49.

69 Vgl. LG Bielefeld, NJW 1990, 1999; dazu kritisch Soergel-Huber (Fn. 54) Rn. 20, der darin lediglich einen Fall einfacher Fahrlässigkeit sieht.

70 Vgl. RGZ 131, 343, 354; MüKo-Westermann, § 460 BGB Rn. 8; Staudinger-Honsell (Fn. 59), Rn. 8.

71 Vgl. OLG Köln, JMBl NRW 1970, 154, 155; OLG Celle, Nds.RfI 1974, 83.

72 Vgl. LG Bielefeld, NJW 1990, 1999.

73 Eingehend und rechtsvergleichend Fleischer (Fn. 20), S. 480 ff.

74 Vgl. OLG Jena, OLGE 40, 295, 296 f.; Palandt-Putzo (Fn. 61), Rn. 12; Soergel-Huber (Fn. 54), Rn. 20.

75 Vgl. OLG Celle, Nds.RfI 1974, 83; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 6. Aufl. 1996, Rn. 1933 ff.; vgl. auch OLG Köln, NJW-RR 1992, 49 (Besichtigungs-pflicht, aber keine Pflicht zur gründlichen Untersuchung, bei Kauf eines 10 Jahre alten Wohnwagens „wie besichtigt“).

76 Vgl. OLG Köln, NJW 1973, 903.

77 Vgl. OLG Dresden, OLGE 4, 32 (mit der Begründung, es handle sich um eine für den Käufer wichtige Angelegenheit, und die Besichtigung sei ihm leicht möglich).

78 Vgl. BGH, WM 1985, 230.

79 Vgl. RGZ 131, 343, 345.

80 Vgl. BGH, NJW-RR 1988, 1290; insoweit abweichend Köhler, JZ 1989, 761, 767 f., der den Mindestinformationsaufwand des Käufers an den voraus-sichtlichen Kosten und Risiken von Vertragsdurchführung und Gewährleistung orientieren will.

81 Abweichend für einen Fall, in dem auf der Käuferseite ein „bedeutsames und versiertes Konzernunternehmen“ beteiligt war, das von einem „be-kannten und anerkannten Wirtschaftsprüfungsunternehmen“ beraten wurde, Hans. OLG Hamburg, WM 1994, 1378, 1387.

82 Vgl. OLG Köln, NJW 1973, 903; anders für einen besonderen Fall, in dem der Käufer außergewöhnlich unerfahren war LG Karlsruhe, DAR 1981, 152 = VersR 1981, 844 (nur Leitsatz).

### (1) Rechtstatsächlicher Befund: Vieles ist unklar

Allgemeiner Auffassung zufolge setzt eine Verkehrssitte eine ständige und hinreichend verfestigte Übung voraus<sup>83</sup>. Ob die *due diligence* beim Unternehmenskauf diesen Anforderungen genügt, ist bisher nicht abschließend geklärt. Ihre Üblichkeit wird jedenfalls beim Erwerb mittlerer oder größerer Unternehmen vielfach betont<sup>84</sup>. Eine erste empirische Studie, die nach Art<sup>85</sup> und Größe der Transaktion sowie nach der Art der *due diligence* unterscheidet, kommt für den Unternehmenskauf auf durchschnittliche Verbreitungsgrade zwischen 47,47 % und 93,53 %. Die vergleichsweise geringe Verbreitung der *environmental due diligence* (47,47 %) und *insurance due diligence* (48,65 %) wird auf die spezifischen, nicht in jedem Zielunternehmen anzutreffende Risiken zurückgeführt, die diese Spielarten der *due diligence* aufdecken sollen. Die für den hier untersuchten Bereich besonders wichtigen Formen der *financial due diligence* und der *legal due diligence* weisen mit 93,53 bzw. 81,50 % besonders hohe Verbreitungsgrade auf<sup>86</sup>. Nach der zukünftigen Entwicklung der *due diligence* befragt, schätzte jeweils die Hälfte der befragten Unternehmen deren Bedeutung als gleichbleibend oder sogar steigend ein<sup>87</sup>. Vor diesem Hintergrund wird im neueren Schrifttum verschiedentlich eine hinreichende Verfestigung der geschäftlichen Gepflogenheiten und damit eine Verkehrssitte zur *due diligence* angenommen<sup>88</sup>.

### (2) Die Ansicht der Autoren: Wider eine Verkehrssitte im Verkäuferinteresse

Nach unserer Auffassung verdienen jene Stimmen, die sich für einen Verlust der Käuferrechte bei unterlassener *due diligence* aussprechen, energischen Widerspruch. Im Hinblick auf die tatsächlichen Voraussetzungen einer Verkehrssitte liegt der Einwand nahe, dass sich die bislang zusammengetragenen Ergebnisse auf eine vergleichsweise schmale Datenbasis stützen<sup>89</sup>. Dies ist vor allem deshalb misslich, weil eine überwiegend befolgte Praxis noch keine Verkehrssitte darstellt, wenn auf sie auch noch häufig verzichtet wird<sup>90</sup>. Selbst wenn man aber unterstellt, die *due diligence* beim Unternehmenskauf sei auch in Deutschland der statistische Regelfall, so führt dies nicht zwangsläufig zur Anwendung des § 460 S. 2 BGB. Die Gegenauffassung übersieht die multiple Motivationslage, die der Durchleuchtung des Zielunternehmens zu Grunde liegt<sup>91</sup>: Ein Vorstandsmitglied, das einen Unternehmenskauf vorbereitet, kommt mit Veranlassung einer *due diligence* zuvörderst seinen Geschäftsleiterpflichten gegenüber der eigenen Gesellschaft nach<sup>92</sup>. Ein nach außen wirkendes, rechtlich schützenswertes Vertrauen des Verkäufers lässt sich darauf schwerlich stützen, weil die Vorschriften der §§ 93 AktG, 43 GmbHG anerkanntermaßen nicht dem Schutz außenstehender Dritter zu dienen bestimmt sind<sup>93</sup>. Es greift mithin zu kurz, aus der rechtstatsächlichen Verbreitung der *due diligence* auf eine Verkehrssitte im Verkäuferinteresse zu schließen.

### (3) Weitere Bedenken: Rechtsprechung stützt die Annahme des Verlusts der Käuferrechte bei unterbliebener *due diligence* nicht

Auch in anderer Hinsicht sind die Argumente der Gegenansicht an zu dünnen Seilen aufgehängt. Zunächst finden sie in der bisherigen Spruchpraxis keinen hinreichenden Rückhalt: Die einschlägigen Fälle, in denen Rechtsprechung und Rechtslehre einen Verlust der Käuferrechte nach § 460 S. 2 BGB bejaht haben, zeichnen sich dadurch aus, dass die Fehlerhaftigkeit der Kaufsache nach der Lebenserfahrung nahe lag und für den Käufer zugleich bei geringsten Informationsanstrengungen erkennbar war. An einem solchen Erfahrungssatz

fehlt es vorliegend: Unternehmen sind zwar komplexe, aber nicht typischerweise mangelhafte Kaufgegenstände. In die gleiche Richtung weisen rechtsökonomische Begründungsmuster: Weder kann der Käufer die erforderlichen Daten einfacher beschaffen als der Verkäufer, noch reichen für die Informationsbeschaffung geringe Käuferanstrengungen aus<sup>94</sup>. Vielmehr führt die *due diligence* zu einer wohlfahrtsmindernden Duplizierung vorvertraglicher Informationsanstrengungen, die ihrerseits auf eine restriktive Lesart des § 460 S. 2 BGB drängt – eine rechtsökonomische Richtschnur, die sich mit der methodologischen Maßgabe trifft, Ausnahmevorschriften eng auszulegen<sup>95</sup>.

Zu alledem treten schließlich kaum überwindbare Praktikabilitätsbedenken: Wollte man eine Verkehrssitte zur Durchführung einer *due diligence* im Verkäuferinteresse annehmen, so müsste für den Käufer klar erkennbar sein, welche konkreten Informationsanstrengungen ihm diese Verkehrssitte abverlangt. Dies würde zumindest einen generalisierbaren Kernbestand an Prüfpflichten voraussetzen. Ein solcher lässt sich aber für die *due diligence* beim Unternehmenskauf nicht mit hinreichender Genauigkeit feststellen<sup>96</sup>. Dies belegt die obige Aufzählung ihrer – von Einzelfall zu Einzelfall unterschiedlich bedeutsamen – Facetten ebenso wie die Existenz zahlreicher, in Inhalt und Umfang unterschiedlicher *due diligence*-Checklisten<sup>97</sup>. Die Situation bei einem Unternehmenskauf unterscheidet sich auch insoweit grundlegend von jenen Fällen, in denen die Rechtsprechung eine Verkehrssitte zur Inaugenscheinnahme eines zu erwerbenden Hauses oder zur Durchführung einer Probefahrt beim Gebrauchtwagenkauf angenommen hat und in denen es stets um klar umrissene und einfach zu erfüllende Prüfhandlungen (Probefahrt, Inaugenscheinnahme) ging.

### e) Zwischenergebnis: Der Käufer ist in einer guten Rechtsposition

Ein Anlass zu genaueren Nachforschungen des Käufers im Rahmen eines Unternehmenskaufs besteht nur bei augenfälligen Mängeln des Zielunternehmens und bei besonderen Ver-

83 Vgl. Palandt-Heinrichs, § 133 BGB Rn. 21.

84 Vgl. Merkt, WiB 1996, 145, 148; Vischer, SJZ 2000, 229, 235 (Schweiz).

85 Vgl. Marten/Köhler, FB 1999, 337, 342, die nach Unternehmenskauf (Akquisition), Gemeinschaftsunternehmen (Joint Venture) und Zusammenschluss (Merger) unterscheiden.

86 Vgl. Marten/Köhler, FB 1999, 337, 342.

87 Vgl. Marten/Köhler, FB 1999, 337, 346.

88 Vgl. Berens/Schmitting/Strauch, in: Berens/Brauner (Fn. 5), S. 69, 109; Vischer, SJZ 2000, 229, 235; offen lassend Merkt (Fn. 2), S. 657.

89 Die Erhebung von Marten/Köhler bezog sich auf den Zeitraum 1. 8. 1996 bis 31. 7. 1999. Von 1995 zugestellten Fragebogen wurden 377 zurückgesandt und davon 231 in die Studie einbezogen, von denen wiederum 214 von kleineren und 13 von größeren Unternehmen stammten; vgl. FB 1999, 337, 342.

90 Vgl. Palandt-Heinrichs (Fn. 83), Rn. 21.

91 Vgl. dazu oben I.2.

92 Dazu Kiethe, NZG 1999, 976 ff.; Werner, ZIP 2000, 989 ff.

93 Vgl. BGHZ 125, 366, 375 = BB 1994, 1095; Hopt, in: Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1999, § 93 Rn. 492; Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 93 Rn. 20.

94 Vgl. allgemein zum Kriterium des kostengünstigsten Informationssammlers Posner, Economic Analysis of Law, 5th ed. 1998, § 4.6, S. 111.

95 Singularia non sunt extendenda, dazu die Belege zu den römischen Quellen bei Kaser, Römisches Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl. 1971, § 52 II 2, S. 211 f.; aus dem modernen Schrifttum zur Methodenlehre (teils kritisch) Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 180 ff.; Lorenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 390 f.; Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 2. Aufl. 1991, S. 217 f.

96 Vgl. Merkt, WiB 1996, 145, 148; Werner, ZIP 2000, 989, 990; a. A. Vischer, SJZ 2000, 229, 235, der (für die Schweiz) eine solche Verkehrssitte jedenfalls für den „Kernbereich“ der Prüfung auf „elementare Mängel“ (Eigentum des Verkäufers an den Aktien, Existenz des Unternehmens, erhebliche Mängel bezüglich der Ordnungsgemäßheit der Bilanzen, der Betriebsführung, der Rechtseinhaltung und des Betriebs) annehmen will, was aber kaum hinreichend abgrenzbar erscheint und somit letztlich auf eine umfassende Prüfungsobliegenheit hinausläuft.

97 S. oben I.1.

dachtsmomenten. Ob derartige Umstände ausnahmsweise vorliegen und ob den Käufer beim Verzicht auf weitere Nachforschungen der Vorwurf grober Fahrlässigkeit i. S. des § 460 S. 2 BGB ereilt, ist eine Frage des Einzelfalls. Eine etwaige Nachforschungsobliegenheit beschränkt sich allerdings stets auf die konkret zweifelhaften Umstände. Keinesfalls ist eine Obliegenheit des Käufers zur Durchführung einer umfassenden *due diligence* vor dem Unternehmenskauf anzuerkennen, deren Nichtbeachtung zu einem Rechtsverlust nach § 460 S. 2 BGB führt<sup>98</sup>.

## 2. Einfluss auf die Aufklärungspflichten des Verkäufers

### a) Aufklärungsverzicht?

Da der Käufer grundsätzlich nicht zur Durchführung einer *due diligence* verpflichtet ist, kann in ihrer Unterlassung im Regelfall auch kein Aufklärungsverzicht gesehen werden<sup>99</sup>. Dies gilt umso mehr, als eine Aufklärungspflicht des Verkäufers nach dem oben Gesagten nur beim Vorliegen besonderer Umstände besteht und dem Zweck dient, den Käufer auf Risiken aufmerksam zu machen, mit denen er nach Treu und Glauben nicht rechnen muss<sup>100</sup>. Aus diesem schmalen Zuschnitt der vorvertraglichen Aufklärungspflichten in Verbindung mit dem engen Fehlerbegriff der Rechtsprechung folgt allerdings zugleich, dass der Käufer, der eine *due diligence* unterlässt, sich erheblichen Risiken hinsichtlich der Erfüllung seiner Ertragsersparungen aussetzt.

### b) Mitverschulden?

Verstößt der Verkäufer gegen seine Aufklärungspflicht, indem er dem Käufer nicht alle geschuldeten Informationen zur Verfügung stellt, so ist für ein Mitverschulden des Käufers grundsätzlich kein Raum<sup>101</sup>. Dies gilt nach der Rechtsprechung sogar dann, wenn der Käufer zunächst in allgemeiner Weise Informationen verlangt, später aber nicht mehr darauf beharrt, etwa auf die Vorlage der Bilanzen vergangener Jahre, aus denen er auf einen aufklärungsbedürftigen Mangel hätte schließen können<sup>102</sup>. Besteht eine Aufklärungspflicht, so muss der Verkäufer diese Angaben von sich aus machen.

Verstößt der Verkäufer gegen seine Wahrheitspflicht, indem er dem Käufer falsche oder unvollständige Informationen zur Verfügung stellt, ist für ein Mitverschulden des Käufers erst recht kein Raum. Der Käufer darf auf die Richtigkeit<sup>103</sup> und Vollständigkeit der Verkäufersauskünfte vertrauen<sup>104</sup>. Macht der Verkäufer Angaben zum Unternehmensertrag, so trifft den Käufer keine Pflicht, deren Richtigkeit anhand der übergebenen Bilanzen zu überprüfen oder die Bilanzen selbst von der eigenen Revisionsabteilung oder gar von externen Experten auf ihre Richtigkeit überprüfen zu lassen<sup>105</sup>.

## IV. Einfluss einer durchgeführten *due diligence* auf die Käuferrechte

### 1. Gesetzliche Gewährleistungsrechte

#### a) Rechtsverlust nach § 460 S. 1 BGB

##### aa) Kenntniserlangung im Rahmen einer *due diligence*: Auf das Erkennen der konkreten Wert- und Brauchbarkeitsminderung kommt es an

Die Kenntnis des Käufers von einem Mangel des Zielunternehmens führt nach § 460 S. 1 BGB zum Verlust der gesetzlichen Sachmängelgewährleistungsrechte. Wie der Käufer diese Kenntnis erlangt (etwa durch Information seitens des Käufers oder eines Dritten oder im Rahmen einer *due diligence*) ist ohne Belang. Insoweit trifft es zu, dass die Durchführung der *due*

*diligence* in Deutschland – anders als in den Vereinigten Staaten – auch rechtliche Nachteile für den Käufer mit sich bringen kann<sup>106</sup>. Allerdings relativiert sich die Bedeutung dieses Befunds erheblich, wenn man einen genaueren Blick auf die Voraussetzungen und die praktischen Zusammenhänge eines derartigen Rechtsverlusts wirft: Einerseits reicht für die Annahme einer Mangelkenntnis i. S. von § 460 S. 1 BGB nicht bereits eine Kenntnis der den Mangel begründenden Umstände aus. Vielmehr muss der Käufer *erkannt* haben, dass sich aus diesen Umständen eine Wert- oder Brauchbarkeitsminderung und damit ein Mangel ergibt<sup>107</sup>. Die Beweislast für diese Kenntnis trägt zudem der Verkäufer<sup>108</sup>, dem ein Nachweis nur in den seltensten Fällen gelingen dürfte. Bleibt dem Käufer – und sei es infolge grober Fahrlässigkeit – die Mangelhaftigkeit des Zielunternehmens verborgen, so scheidet ein Rechtsverlust nach § 460 S. 1 BGB aus. Auf der anderen Seite eröffnet die Mangelkenntnis dem Käufer die Möglichkeit, einen vertraglichen Ausgleich in Form eines Preisabschlags oder durch Ausbedingung vertraglicher Garantien zu suchen. Darüber hinaus kann er als *Ultima Ratio* von dem Unternehmenskauf Abstand nehmen.

#### bb) Wissenszurechnung entsprechend § 166 BGB – die Ausgestaltung des Beratungsverhältnisses ist im Einzelfall entscheidend

Die *due diligence* wird häufig nicht durch den Käufer und seine Angestellten selbst, sondern auch oder sogar vollständig durch von ihm beauftragte externe Experten durchgeführt. Insoweit stellt sich die Frage, ob eine Mangelkenntnis dieser regelmäßig nicht vertretungsberechtigten oder als Vertreter des Käufers auftretenden Experten dem Käufer entsprechend § 166 BGB zugerechnet werden kann<sup>109</sup>. Eine derartige Wissenszurechnung wird regelmäßig abzulehnen sein, sofern eine solche Hilfsperson den Käufer lediglich intern beraten hat<sup>110</sup>. Eine andere Beurteilung liegt aber nahe, wenn der Berater mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung betraut ist und die dabei angefallenen Informationen zur Kenntnis nehmen und an den Geschäftsherrn weiterleiten muss<sup>111</sup>. Dies liegt bei Durchführung einer *due dili-*

98 So auch Loges, DB 1997, 965, 968; Holzapfel/Pöllath (Fn. 16), Rn. 15, 334 ff.; Werner, ZIP 2000, 989, 900; a. A. für einen Kernbereich (vgl. oben Fn. 96) Vischer, SJZ 2000, 229, 235.

99 Vgl. Loges, DB 1997, 965, 968.

100 S. oben II. 2. b)

101 Abweichend Holzapfel/Pöllath (Fn. 16), Rn. 334, die ein Mitverschulden grundsätzlich für möglich halten, aus der aktuellen Rechtsprechung aber nur Belege gegen eine solche Annahme anführen.

102 BGH DB 1970, 42, 43; abweichend MüKo-Westermann (Fn. 70), Rn. 3, der ein Mitverschulden für möglich hält, wenn der Käufer bei deren sorgfältiger Prüfung Beobachtungen zu Ertragsfähigkeit und bilanziellen Verhältnissen hätte machen können.

103 Vgl. BGH, NJW 1977, 1536; teilweise a. A. RW JW 1915, 505 (Bierbücher).

104 Vgl. Buchwaldt, NJW 1994, 153, 155.

105 Vgl. BGH, NJW 1977, 1538; BGH, DB 1974, 230, 231.

106 Vgl. Holzapfel/Pöllath (Fn. 16), Rn. 15; Merkt, WiB 1996, 145, 148; Loges, DB 1997, 965, 968.

107 Vgl. MüKo-Westermann (Fn. 70), Rn. 4; vgl. BGH, NJW 1961, 1860.

108 Vgl. Palandt-Putzo (Fn. 61), Rn. 5.

109 Eingehend zur Wissenszurechnung nach § 166 BGB und zu alternativen, auf den Rechtsgedanken der §§ 164 III bzw. 278 BGB basierenden Ansätzen Baum, Die Wissenszurechnung, 1999, S. 39 ff.; Koller, JZ 1998, 75 ff.; vgl. auch Schilken, Wissenszurechnung im Zivilrecht, 1983, sowie rechtsvergleichend Ertel, Die Wissenszurechnung im deutschen und anglo-amerikanischen Zivilrecht, 1998; zur Wissenszurechnung auf Seiten des Unternehmensverkäufers Altmeyden, BB 1999, 749 ff.; Hartung, NZG 1999, 524 ff.

110 Vgl. BGH, WM 1974, 312; BGH, NJW-RR 1997, 270; OLG Hamm, NJW-RR 95, 941, 942; Baum (Fn. 109), S. 40, 90; Palandt-Heinrichs, § 166 BGB Rn. 7.

111 Vgl. BGHZ 83, 293, 296 = BB 1982, 1262; BGH, NJW 1989, 1792, 1793; BGH, NJW 1992, 899; MüKo-Schramm, § 166 BGB Rn. 23a; Beisel/Klumpp (Fn. 31), Rn. 1010; kritisch Baum (Fn. 109), S. 85 ff. mit dem Vorschlag einer Wissenszurechnung über die aus dem Rechtsgedanken des § 164 Abs. 3 BGB abgeleitete Figur des Wissensempfangsvertreters (S. 140 ff.).

gence durch externe Experten insbesondere dann nahe, wenn der Käufer sie vollständig externen Beratern übertragen hat.

## b) Rechtsverlust nach § 460 S. 2 BGB?

Im Rahmen des § 460 S. 2 BGB stellt sich die Frage, ob der Vorwurf grober Fahrlässigkeit auch gerechtfertigt ist, wenn der Käufer „freiwillig“ eine *due diligence* vornimmt und dabei Mängel nicht erkennt, die er an sich hätte erkennen können. In der Literatur wird dies verschiedentlich angenommen: Teils hält man einen Gewährleistungsverlust durch eine grob fahrlässig unvollständige oder unsorgfältige Durchführung der *due diligence* ohne weiteres für möglich<sup>112</sup>, teils unterscheidet man danach, ob der Mangel auf Grund der zur Verfügung gestellten Unterlagen für den Käufer selbst<sup>113</sup> oder erst mit Hilfe eines Sachverständigen erkennbar war<sup>114</sup>. Keiner dieser Auffassungen ist zu folgen, leiden sie doch beide an einem Wertungswiderspruch: Sie belassen einem Käufer, der überhaupt keine *due diligence* durchführt, die Ansprüche aus §§ 459 ff. BGB, schlagen sie aber jenem Käufer aus der Hand, der überobligationsmäßige Anstrengungen unternimmt und dabei lediglich unsorgfältig verfährt. Will man diese willkürliche Ungleichbehandlung vermeiden, so wird man einen Verlust der Gewährleistungsrechte bei durchgeführter *due diligence* nur annehmen dürfen, wenn der Käufer die übersehenen Mängel auch ohne nähere Durchleuchtung des Zielunternehmens hätte erkennen müssen. Für die Prüfung eines Mitverschuldens des Käufers nach Maßgabe des § 254 BGB ist im Rahmen der „Alles-oder-Nichts-Regel“ des § 460 S. 2 BGB kein Raum<sup>115</sup>.

## 2. Einfluss auf die Aufklärungspflichten des Verkäufers

### a) Reduzierung der Aufklärungspflichten bei Durchführung der *due diligence*?

In der Literatur findet sich die Auffassung, die Durchführung einer *due diligence* könne zu einer Reduzierung der Aufklärungspflichten führen: Der Käufer, der ein Zielunternehmen unter bestimmten Aspekten prüfe, mache nicht nur deutlich, dass er ein Interesse an diesen Umständen habe. Er gebe auch zu erkennen, dass er die für ihn wichtigen Umstände selbst beurteilen könne und wolle. Daraus folge, dass der Verkäufer sich „eher“ darauf verlassen dürfe, dass der Käufer die für ihn relevanten Umstände erkenne und beurteilen könne und gegebenenfalls Fragen stelle<sup>116</sup>. Der Käufer sei im Sinne der Rechtsprechung in besonderem Maße „geschäftsgewandt“. Zudem werde die *due diligence* regelmäßig von Experten durchgeführt, die der Käufer auf Regress in Anspruch nehmen könne, wenn ihnen wichtige Aspekte entgingen, und die sich ihrerseits gegen dieses Haftungsrisiko versichern könnten<sup>117</sup>.

Dem wird man zögernd zustimmen: Zunächst ist zu bedenken, dass sich Aufklärungspflichten ohnehin nur auf solche Umstände erstrecken, die der Käufer nicht selbst ohne weiteres erkennen kann. Bei derartigen „tiefen Geheimnissen“<sup>118</sup> werden dem Käufer aber häufig Anhaltspunkte für eine gezielte Nachfrage fehlen<sup>119</sup>. Auch trägt der Schluss nicht, dass ein Käufer, der eine *due diligence* durchführt, damit zum Ausdruck bringe, er sei an weiteren Informationen nicht interessiert sei. Im Gegenteil bringt er durch seine Eigeninitiative gerade ein gesteigertes Interesse an umfassender Aufklärung über die Zielgesellschaft zum Ausdruck<sup>120</sup>. Dafür spricht auch die rechtstatsächliche Beobachtung, dass auf Drängen des Käufers häufig eine Vertragsklausel aufgenommen wird, wonach der Verkäufer keine Rechte daraus ableiten könne, dass der Käufer eine *due diligence* durchgeführt habe<sup>121</sup>.

Ebenso wenig verfährt der Hinweis auf die Rechtsprechung zur Reduzierung der Aufklärungspflicht gegenüber besonders geschäftsgewandten Käufern. Ihr liegt der Gedanke zu Grunde, dass es einem (namentlich im Vergleich zum Verkäufer) besonders geschäftsgewandten Käufer zugemutet werden kann, sich die für ihn einfacher und kostengünstiger zu ermittelnden Informationen selbst zu verschaffen. Davon kann im Falle des Unternehmenskaufs keine Rede sein. Der Käufer muss sich regelmäßig externer Experten bedienen. Diese haften dem Käufer zwar bei unsorgfältiger Durchführung der *due diligence*<sup>122</sup>, doch ist nicht einsichtig, warum ein Anspruch aus dem Innenverhältnis zwischen dem Käufer und seinen Hilfspersonen den Verkäufer und damit den Vertragsgegner des Unternehmenskaufvertrags entlasten sollte. Erst recht kann hierfür keine Rolle spielen, dass diese Hilfspersonen sich ihrerseits gegen die Haftung für Berufsfehler versichern können.

Weiter bereitet es auch deshalb Unbehagen, den Käufer in seinen Rechten zu beschneiden, weil die *due diligence* in aller Regel unter großem Zeitdruck durchgeführt wird: Häufig stehen dem Erwerber und seinen Hilfstruppen nur wenige Tage zur Verfügung, was eine Überprüfung des Zielunternehmens „auf Herz und Nieren“ praktisch unmöglich macht. Endlich ließe sich eine Reduzierung der Aufklärungspflichten auch nicht bruchlos in die bisherige Rechtsprechung einfügen: Wenn es richtig ist, dass die Redepflicht des Verkäufers nicht einmal dann entfällt, falls der Käufer eine bestimmte Information zunächst erfragt, dann aber versäumt, auf der Informationserteilung zu beharren<sup>123</sup>, muss es für den Käufer erst recht unschädlich sein, die betreffende Frage gar nicht erst zu stellen.

### b) Grundsatz: Mitverschulden bei unsorgfältiger *due diligence* ist abzulehnen

Aus dem Gesagten folgt, dass bei einer freiwilligen, aber unsorgfältig durchgeführten *due diligence* grundsätzlich kein Raum für ein Mitverschulden des Käufers bleibt: Zwar ist es auf den ersten Blick verlockend, hier den feinnervigen § 254 BGB ins Spiel zu bringen, doch hieße dies, jenen Käufer schlechter zu stellen, der sich in größerem Maße um vorvertragliche Aufklärung bemüht. Anders mag es nur dann liegen, wenn die Fehlvorstellungen des Käufers aus seinem eigenen

112 A. A. (ohne Begründung) Loges, DB 1997, 965, 968.

113 In diesem Fall will Honsell einen Rechtsverlust bei Übersehen eines Mangels wegen oberflächlicher Prüfung annehmen, so Staudinger-Honsell (Fn. 59), Rn. 9, unter Hinweis auf OLG Celle, BB 1957, 910; OLG Köln, NJW 1973, 903. In beiden Fällen bestand allerdings eine Untersuchungsobliegenheit. Dem ersten Fall lag der Kauf von Waren durch einen überlegen sachkundigen Käufer zu Grunde, der an deren Qualität zweifelte und deshalb eine Überprüfung vornahm. Im zweiten Fall ging es um den Erwerb eines Gebrauchtwagens „wie gesehen“.

114 Für diesen Fall lehnt er einen Rechtsverlust nach § 460 S. 2 BGB ab, vgl. Staudinger-Honsell (Fn. 59), Rn. 9, unter Hinweis auf OLG Schleswig, MDR 1983, 54 (Gebrauchtwagenkauf „wie besichtigt und probegefahren“).

115 Vgl. Soergel-Huber (Fn. 59), Rn. 7; Staudinger-Honsell (Fn. 59), Rn. 13; BGH, NJW 1978, 2240; teilweise abweichend MüKo-Westermann (Fn. 70), Rn. 7, der eine Anwendung des § 254 BGB jedenfalls dann für erwägenswert hält, wenn der Käufer Schadensersatz wegen falscher Zusage nach § 463 BGB begehrt; für eine Anwendbarkeit des § 254 BGB noch BGH, NJW 1960, 720, und wieder Mittenzwei, JuS 1994, 187, 191 ff.

116 Vgl. Werner, ZIP 2000, 989, 990; Loges, DB 1997, 965, 969 (der letztlich eine Einzelfallabwägung entscheiden lassen will); s. auch österreichischer OGH, WBI 1988, 341.

117 Loges, DB 1997, 965, 969.

118 Begriff: Scheppele, Legal Secrets. Equality and Efficiency in the Common Law, 1988, S. 21, 75: „deep secrets“.

119 Dazu in allgemeinerem Zusammenhang Fleischer (Fn. 20), S. 264 ff.: Funktionsgrenzen des Fragerechts.

120 Gleichsinnig Stengel/Scholderer, NJW 1994, 158, 164.

121 Vgl. für die *due diligence* bei Kapitalmarkttransaktionen Schanz (Fn. 9), S. 254.

122 Zur Beraterhaftung vgl. Beisel/Klumpff (Fn. 31) Rn. 1011 ff.

123 Vgl. BGH, DB 1970, 42, 43 (Juwelierladen).



Sachbereich herrühren und der Verkäufer diesen für ihn ohne weiteres erkennbaren Irrtum nicht aufklärt<sup>124</sup>.

## V. Zusammenfassung

1. Verbreiteter Übung zufolge führt der Käufer eines Unternehmens vor Vertragsschluss eine *due diligence* durch. Wie sich diese aus den Vereinigten Staaten entlehnte Geschäftspraxis in die deutsche Dogmatik des Unternehmenskaufs einpassen lässt und welche Auswirkungen sie auf die Rechtsstellung des Käufers hat, ist noch wenig geklärt.

2. Richtigerweise gereicht es einem Unternehmenskäufer in aller Regel nicht zum Nachteil, dass er keine *due diligence* durchführt. Weder lässt sich daraus ein Verlust der Käuferrechte nach § 460 S. 2 BGB ableiten, noch wird man darin

im Rahmen der culpa in contrahendo einen Aufklärungsverzicht oder ein Mitverschulden des Käufers erblicken können.

3. Führt der Käufer freiwillig eine *due diligence* durch, so entfallen seine Gewährleistungsrechte nach Maßgabe des § 460 S. 1 BGB nur bei Kenntniserlangung von einem Mangel. Nicht begründbar ist dagegen ein Rechtsverlust nach § 460 S. 2 BGB im Hinblick auf eine etwa unsorgfältig vorgenommene Durchleuchtung des Zielunternehmens. Ebenso wenig führt die Gestattung einer *due diligence* durch den Verkäufer im Rahmen der culpa in contrahendo zu einer Reduzierung seiner Aufklärungspflichten.

<sup>124</sup> Vgl. für den evidenten Kalkulationsirrtum BGHZ 139, 177; dazu auch mit Blick auf § 460 BGB *Fleischer*, *RabelsZ* 65 (2001), 264, 284 ff.

## Kartell-/Wettbewerbsrecht

### Verstärkung der Marktstellung von Zeitungsunternehmen durch Erhöhung der Gesellschaftsbeteiligung – Werra Rundschau

BGH, Beschluss vom 6. 3. 2001 – KVR 18/99

#### Leitsätze:

1. Soll die Gesellschaftsbeteiligung eines Presseunternehmens an einem Zeitungsverlag erhöht werden und gewinnt das Beteiligungsunternehmen dadurch in der Gesellschafterversammlung eine Position, die es ihm ermöglicht, den bestehenden Zustand der Gesellschaft festzuschreiben, z. B. die Beteiligung an anderen Unternehmen, die Ausweitung des Geschäftsfeldes oder sonst eine Umstrukturierung oder Investitionsentscheidungen zu verhindern, kann darin eine rechtlich begründete Verstärkung seiner Einflussmöglichkeiten liegen.

2. Entsprechend kann es zu einer tatsächlichen Verstärkung einer gesellschaftsrechtlich begründeten Stellung führen, wenn ein Ausscheiden dieses Gesellschafters aus dem Unternehmen eine Abfindungsforderung auslösen würde, die eine Auszehrung der Finanzkraft der Gesellschaft zur Folge hätte. Denn dann ist regelmäßig zu erwarten, dass die Mitgesellschafter zur Vermeidung dieser Folgen den Vorstellungen jenes Mitglieds möglichst weitgehend entsprechen werden.

3. Bei Märkten mit hohem Konzentrationsgrad bedarf es nur einer geringen Beeinträchtigung des Restwettbewerbs oder des potenziellen Wettbewerbs, um eine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von § 36 GWB mit der Folge annehmen zu können, dass ein beabsichtigter Zusammenschluss untersagt werden kann.

§§ 36 Abs. 1, 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWB

**Sachverhalt:** Die Betroffene zu 2), die WV KG, verfügt nach § 5 ihres Gesellschaftsvertrages über ein Gesellschaftsvermögen von 80 000 DM, von dem der Betroffene zu 4), Dr. K., als Komplementär eine Einlage von 20 000 DM hält; die restlichen Einlagen von 44 000 DM bzw. 16 000 DM halten als Kommanditistinnen die Betroffene zu 3), die K. GmbH, deren alleiniger Gesellschafter der Betroffene zu 4) ist, und die Betroffene zu 1), der D. Verlag. Dieser sollte von dem Anteil der K. GmbH eine weitere Einlage von 16 000 DM übernehmen und danach in Höhe von 40 % an der WV KG beteiligt sein. Die WV KG gibt die „Werra Rundschau“ heraus. Bei ihr handelt es sich um eine lokale Abonnementzeitung, von der rund 14 000 Exemplare verkauft werden. Verbreitungsgebiet ist

der sog. Altkreis Eschwege, ein Teil des jetzigen Werra-Meißner-Kreises. Der D. Verlag betreibt ebenfalls das Zeitungsverlagsgeschäft und gibt mit einer Auflage von mehr als 250 000 Exemplaren die regionale Abonnement-Tageszeitung HNA heraus. Sie erscheint werktags in elf Lokal-Kopfblattausgaben, sonntags in vier verschiedenen Ausgaben und ist in einem Teil Niedersachsens sowie in Nordhessen verbreitet. Im Südosten grenzt das Verbreitungsgebiet der HNA an den Altkreis Eschwege. Der D. Verlag ist eine der Gesellschaften der D.-Gruppe, zu der u. a. auch ein Druckereibetrieb in Kassel gehört. Die Werra Rundschau lässt sich aus Kostengründen seit 1992 von dem D. Verlag für die überregionale Berichterstattung auf den Gebieten Politik, Wirtschaft, Kultur und Sport den Zeitungsmantel der HNA liefern. Zur gleichen Zeit stellte der D. Verlag seine Lokalausgabe der HNA für den Altkreis Eschwege ein. Bereits seit 1972 kooperieren die WV KG und der D. Verlag im Anzeigengeschäft.

1993 ist der D. Verlag mit einer Kommanditeinlage von 16 000 DM (Beteiligung von 20 %) der WV KG beigetreten. Nach § 7 des Gesellschaftsvertrages der KG bedürfen die Aufgabe, die Veräußerung, die Veränderung des Titels der Werra Rundschau, die Einstellung der Zeitung oder die Sitzverlegung der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter. § 7 Abs. 4 bindet den Komplementär intern für über den üblichen Rahmen hinausgehende Geschäfte und Rechtshandlungen an die Einholung der Zustimmung der K. GmbH. Unter diese Klausel fallende Geschäfte sind u. a. Abschluss, Änderung und/oder Beendigung von Druckverträgen, Verträge über die Mantellieferung, über Anzeigen und Vertrieb der Werra Rundschau (lit. a). Einer 70%igen Gesellschaftermehrheit bedürfen die Herausgabe weiterer Zeitungen (lit. b), der Erwerb und/oder die Veräußerung von Beteiligungen an anderen Unternehmen und der Abschluss von Unternehmensverträgen und Kooperationsvereinbarungen (lit. c) sowie der Erwerb, die Veräußerung und die Belastung von Betriebsteilen. Sofern Dr. K. nicht mehr Komplementär ist, sollen die Gesellschafter nach § 7 Abs. 3 a. a. O. weitere Beschränkungen mit einfacher Stimmenmehrheit aller Gesellschafter einführen dürfen; dann allerdings ist das Quorum für die Zustimmung herabgesetzt, weil ein entsprechender Gesellschafterbeschluss nur noch der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen bedarf. Dr. K. kann seine bis zum 25. 5. 2013 bestehende Komplementärstellung der WV KG nach § 12 des Gesellschaftsvertrages aufgeben und mit gleicher Einlage in die eines Kommanditisten wechseln. Voraussetzung dafür ist, dass eine Komplementär-GmbH gegründet wird, deren Gesellschafter auf Dauer personenidentisch mit den Kommanditisten der WV KG sind und die die Geschäftsanteile an der GmbH beteiligungsproportional halten; für von der Gesellschafterversammlung zu fassende Beschlüsse müssen dieselben Mehrheitserfordernisse wie in der KG gelten. In dieser GmbH ist Dr. K. grundsätzlich zum Geschäftsführer zu bestellen, er kann nur aus wichtigem Grund abberufen werden. Für diesen Fall des vorzeitigen Ausscheidens von Dr. K. sieht der Gesellschaftsvertrag der WV KG