

Dr. Mark C. Hilgard, RA

Kenntnis des Käufers von einer Garantieverletzung beim Unternehmenskauf

Bei Unternehmenskaufverträgen lässt der Käufer das Target üblicherweise im Rahmen einer Due Diligence auf das Bestehen eventueller Risiken abklopfen. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Frage, welche Konsequenzen eine Kenntniserlangung des Käufers von einer Garantieverletzung im Hinblick auf § 442 BGB hat und ob und in welchem Umfang er sich das Wissen externer Berater, derer er sich bei der Durchführung einer Due Diligence bedient, zurechnen lassen muss. Außerdem wird der Frage nachgegangen, welche Auswirkungen es hat, wenn der Käufer Manager des Targets übernimmt, die Kenntnis von einer Garantieverletzung haben oder gar selbst daran beteiligt waren.

I. Ausgangslage: § 442 BGB

Das bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in § 442 BGB, dass die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen sind, wenn er den Mangel bei Vertragsschluss („Signing“) kennt. Ist dem Käufer ein Mangel in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so kann er Rechte wegen dieses Mangels nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.

Dies bedeutet, dass der Käufer seine Gewährleistungsrechte

- bei (leicht) fahrlässiger Unkenntnis des Mangels behält,
- während er sie bei grob fahrlässiger Unkenntnis verliert, falls kein arglistiges Verschweigen des Verkäufers oder eine Beschaffenheitsgarantie vorliegen,
- bei positiver Kenntnis des Mangels verliert.

Da bei Unternehmenskäufen Garantien meist als selbstständige Garantien, und nicht als Beschaffenheitsgarantien ausgestaltet werden,¹ findet § 442 BGB auf solche Fallgestaltungen keine Anwendung, so dass der Käufer seine Gewährleistungsrechte hier bei grob fahrlässiger Unkenntnis (mangels Beschaffenheitsgarantie) regelmäßig verliert. Angeführt wird in diesem Zusammenhang, der § 442 Abs. 1 BGB zugrunde liegende Rechtsgedanke weise Bezug auf zu dem aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) abgeleiteten Verbot des widersprüchlichen Verhaltens („venire contra factum proprium“).² Da dieses Verbot auch beim Unternehmenskauf gilt, besteht zumindest die Gefahr einer Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Behandlung von Fällen, in denen der Verkäufer selbstständige Garantien für die Beschaffenheit der Kaufsache übernommen hat, auch wenn § 442 BGB auf selbstständige Garantien keine Anwendung findet.³

II. Regelungsbedarf

Aus diesen Gründen ist es dem Käufer eines Unternehmens zu empfehlen, im Kaufvertrag vertraglich zu regeln, dass er seine Rechte auch bei Kenntnis oder Kennenmüssen und trotz grob fahrlässiger Unkenntnis des Mangels nicht verliert. Ein Verkäufer wird dagegen da-

rauf bestehen wollen, dass Kenntnis oder Kennenmüssen und grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers vom Mangel zum Haftungsausschluss führen.

Eine vertragliche Ausgestaltung in der einen oder anderen Richtung ist durchaus möglich, denn die Vorschriften der §§ 442, 443 und 444 BGB können durch Individualvertrag abbedungen und durch vertragliche Regelungen ersetzt werden.⁴

Dies wird in der Praxis durch verschiedenste Klauseln umgesetzt, welche in den folgenden Abschnitten dargestellt werden.

III. Anforderungen an Kenntnis und Unkenntnis

Die Anforderungen an Kenntnis und Unkenntnis werden in Rechtsprechung und Literatur in vielen Einzelfällen nach relativ trennscharfen Kriterien beurteilt. Bei Durchführung einer Due Diligence tritt jedoch die Besonderheit auf, dass der Käufer die Möglichkeit hat, sich das Kaufobjekt „besonders“ gründlich anzuschauen, bevor er den Kaufvertrag unterschreibt, und deshalb möglicherweise über Kenntnisse verfügt, die einer Inanspruchnahme des Verkäufers eben gerade wegen seiner Kenntnis entgegenstehen. Andererseits trifft einen Käufer keine allgemeine Prüfungspflicht oder -obliegenheit.⁵ Eine solche Verpflichtung oder Obliegenheit des Käufers, die zu erwerbende Sache vor dem Abschluss eines Vertrages auf etwaige Sach- oder Rechtsmängel zu untersuchen, kennt das deutsche Zivilrecht grundsätzlich nicht.⁶ Auch bei einem Unternehmenskauf gilt nichts Anderes.⁷ Demgegenüber ist das Rechtsverständnis im anglo-amerikanischen Rechtskreis, in dem die Due Diligence ihren Ursprung hat, ein Anderes, wo der römischrechtliche Rechtssatz „caveat emptor“ („der Käufer sei auf der Hut“) besondere Bedeutung hat.⁸ Hiernach obliegt es dem Käufer, die Kaufsache gründlich auf Mängel zu überprüfen, weil der Verkäufer grundsätzlich nicht für Mängel der Kaufsache haftet; es sei denn, er hat Garantien übernommen.⁹

IV. Sinn und Zweck einer Due Diligence

1. Welchem Zweck dient eine Due Diligence?¹⁰

Hierfür kommen aus Sicht des Käufers verschiedene Gründe in Betracht:

1 Grundlegend Hilgard/Kraayvanger, MDR 2002, 678 ff.
 2 Westermann, in: Münchener Kommentar-BGB, 6. Aufl. 2012, § 442 Rn. 1.
 3 Vgl. Mellert, BB 2011, 1667, 1671.
 4 Vgl. hierzu nur etwa Matusche-Beckmann, in: Staudinger, BGB, 2004, § 442 Rn. 46.
 5 § 377 HGB begründet eine Obliegenheit zur Mängeluntersuchung erst ab Ablieferung der Kaufsache; vgl. Picot, Handbuch M&A, 4. Aufl. 2008, S. 246.
 6 BGH, 28.6.1978 – VIII ZR 112/77, BB 1978, 1138, NJW 1978, 2240; Dauner-Lieb/Thiessen, ZIP 2002, 108; Fleischer/Körber, BB 2001, 841, 844; Gaul, ZHR 166 (2002), 35, 64; Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 14. Aufl. 2010, Rn. 42.
 7 Zur Annahme einer Verkehrssitte vgl. unten VII.3.c).
 8 Müller, NJW 2004, 2196.
 9 Fleischer/Körber, BB 2001, 841, 842; Müller, NJW 2004, 2196.
 10 Vorliegend geht es nur um die Käufer-Due-Diligence; die Darstellung der Rechtsfragen einer Vendor-Due-Diligence würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen.

- Angemessene Bewertung des Target/ Kaufpreisfindung;
- Bestätigung, dass das Target die mit dem Kauf verfolgten Ziele gewährleisten kann (Informationsbeschaffung);
- Ermittlung von im Kaufvertrag zu regelnden Sachverhalten, Risiken und Garantien.

2. Interessenlage

Insbesondere das Aufspüren von Risiken ist regelmäßig entscheidend für das Verlangen des Käufers nach entsprechend ausgestalteten Garantien. Je weniger Informationen der Käufer über das Target hat (Kauf einer „Katze im Sack“), umso stärker und detaillierter muss er sich durch umfassende Garantien und Haftungsansprüche dagegen schützen, dass sich ihm unbekannte Risiken verwirklichen. Umgekehrt wird der Verkäufer argumentieren, dass Garantien entbehrlich sind, soweit der Käufer die Materie selbst geprüft hat. Ein klarer Zusammenhang zwischen dem Umfang der Due Diligence und dem Umfang der Garantievorschriften lässt sich allerdings empirisch nicht belegen. Ein Käufer, der eine sehr umfangreiche Due Diligence vornimmt, kann schon aus Vorsichtsgründen einen umfangreichen Garantiekatalog verlangen; andererseits kann ein Verkäufer, welcher ein besonders attraktives Target verkaufen möchte, dieses an zum Kauf entschlossene Bieter mit einem Minimalkatalog an Gewährleistungen verkaufen; hier spiegeln sich natürlich Marktsituation und Marktmacht wider. Letztendlich will sich der Käufer eben doppelt – durch die Erkenntnisse seiner Due Diligence und durch entsprechende Garantien – absichern.¹¹

Ein Käufer möchte möglichst viele Informationen über das Target haben, um durch das Aufdecken kaufpreisrelevanter Tatsachen entweder eine Kaufpreisreduzierung oder eine Risikoübernahme durch den Verkäufer zu erwirken.¹² Der Verkäufer dagegen möchte solche Informationen nur zurückhaltend gewähren, da er jederzeit damit rechnen muss, dass die Verkaufsverhandlungen nicht zum Abschluss eines Kaufvertrages führen werden und der Käufer dann über wertvolle Informationen verfügt, die er nach eigenem Gutdünken verwerten kann.¹³ Der Verkäufer wird zudem argumentieren, eine Due Diligence führe dazu, dass der Käufer danach den gleichen Kenntnisstand hat wie er, so dass seine Haftung für diese offengelegten Tatbestände eigentlich ausgeschlossen werden könne.

Im Hinblick auf die vorliegend untersuchte Problematik muss betont werden, dass eine Due Diligence sehr oft unter immensem Zeitdruck durchgeführt wird. Der Käufer ist regelmäßig gezwungen, die ihm vom Verkäufer zur Verfügung gestellten Unterlagen unter großem Zeitdruck zu sichten und auszuwerten; in der Praxis legt ihm der Verkäufer hierbei auch noch Hindernisse in den Weg (Kopierverbot, beschränkte Öffnungszeiten und beschränkter Zugang zum Datenraum, „Zudecken“ mit einem Übermaß an Informationen etc.), so dass eine sorgfältige und vollständige Auswertung der Unterlagen nur schwer sichergestellt werden kann. Die Durchführung einer Unternehmensprüfung darf einem Käufer deshalb nicht grundsätzlich zum Nachteil gereichen. Der Käufer eines Unternehmens, der eine Due Diligence durchführt, darf nicht schlechter gestellt werden als derjenige, der eine Due Diligence überhaupt nicht durchgeführt hat.¹⁴

V. Positive Kenntnis des Käufers

1. Lage nach Gesetz

Sofern § 442 BGB auf einen Unternehmenskaufvertrag Anwendung findet, sind die Rechte des Käufers ausgeschlossen, wenn dieser bei

Vertragsschluss den Mangel kennt. Ob er eine Due Diligence durchgeführt hat oder nicht, spielt hierbei keine Rolle: Kenntnis steht einem Gewährleistungsrecht entgegen. Da eine Due Diligence¹⁵ regelmäßig vor Vertragsschluss („Signing“) durchgeführt wird, führt eine Kenntniserlangung des Käufers im Rahmen einer Due Diligence somit regelmäßig zu einem Ausschluss seiner Rechte.¹⁶

2. Vertragliche Regelung

Diese Rechtsfolge lässt sich für den Käufer nur vermeiden, wenn er sie ausdrücklich anders vertraglich vereinbart.

Beispiel: „Der Käufer verliert seine Gewährleistungsrechte nicht, wenn der Verkäufer ihm eine selbstständige Garantie eingeräumt hat.“

Positive Kenntnis bedeutet, dass der Käufer den konkreten Mangel und dessen Umfang tatsächlich erkannt hat. Nicht ausreichend ist dagegen, wenn der Käufer nur die Umstände erkannt hat, die auf einen Mangel schließen lassen.¹⁷

Problematisch ist bei solchen Fallkonstellationen, dass sich die Parteien oft darüber streiten, ob der Käufer den Mangel kannte. Käuferfreundlich könnte man wie folgt formulieren:

Beispiel: „Für die Unrichtigkeit der in Ziffer [●] übernommenen Garantien haftet der Verkäufer unbeschadet der Kenntnis oder der fahrlässigen Unkenntnis des Käufers von den haftungsbegründenden Tatsachen. § 442 Abs. 1 BGB kommt insoweit nicht zur Anwendung. Als dem Käufer bekannt gelten [...]“¹⁸

Ebenfalls könnte man formulieren:

Beispiel: „In the event that after the Closing Date the Purchaser obtains knowledge of a Breach by the Seller, the Purchaser shall as soon as reasonably practical after discovery of the relevant facts give the Seller written notice (the „Breach Notice“). Sections 377 German Commercial Code (HGB) and 442 (1) German Civil Code (BGB) shall not apply. Notwithstanding sentence 4 of this clause, the parties agree that the fact that the Purchaser has conducted a limited due diligence review of the Target or has obtained knowledge of any circumstances constituting a Breach in any manner shall not exclude, limit or prejudice the rights of the Purchaser in any manner. Only in case the Purchaser has obtained positive knowledge of facts constituting a quantifiable claim under this agreement prior to the signing of this agreement (being agreed that the Purchaser does not have an obligation to draw conclusions or make additional inquiries on unclear or unquantifiable matters) the Purchaser is excluded (i) from such claim and (ii) from the right to rescind in accordance with clause [●] and such claim shall not prevent the Conditions Precedent in clause [●].“

11 Zu Bewertungsfragen und entsprechenden Garantien vgl. Hilgard, BB 2010, 2912 ff.; BB 2008, 286 ff.; BB 2007, 559 ff.; BB 2004, 1233 ff.; MDR 2002, 678 ff.

12 Hasselbach/Ebbinghaus, DB 2012, 216, 217.

13 Geheimhaltungsvereinbarungen können den Verkäufer nur in Maßen schützen.

14 Picot, Handbuch M&A, 4. Aufl. 2008, S. 252; Fleischer, in: Dauner-Lieb/Hensler, Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung, 2003, S. 110; Gaul, ZHR 166 (2002), 35, 64.

15 Während es nach der früheren Rechtslage auf die Kenntnis bei Übergabe („Closing“) ankam (was es dem Verkäufer ermöglichte, den Käufer durch Offenlegung von Informationen „in letzter Sekunde“ vor dem Closing bösgläubig zu machen), kommt es jetzt ausschließlich auf den Zeitpunkt des Signing an. Erfährt der Käufer zum Zeitpunkt zwischen Signing und Closing von Tatsachen, so handelt es sich um nachträgliche Kenntnis, die ihm nicht (mehr) schadet. Umgekehrt kann der Verkäufer sich durch Aufklärung des Käufers nach dem Signing von seiner Haftung nicht mehr entlasten.

16 Picot, Handbuch M&A, 4. Aufl. 2008, S. 250; Beisel/Klump, Der Unternehmenskauf, 6. Aufl. 2009, Rn. 11; Huber, AcP 2002, 179, 199; Loges, DB 1997, 965, 968; Merkt, WiB 1996, 148; Semler, in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2010, Teil VII Rn. 47.

17 Picot, Handbuch M&A, 4. Aufl. 2008, S. 250; BGH, 28.6.1961 – V ZR 201/60, BB 1961 954, NJW 1961, 1860 ff.

18 Vgl. van Kann, Praxishandbuch Unternehmenskauf, 2009, S. 126.

Eine käuferfreundliche Klausel könnte auch wie folgt aussehen:

Beispiel: „Die Rechte des Käufers wegen Verletzung einer in § [●] abgegebenen selbstständigen Garantieerklärung sind auch nicht ausgeschlossen, wenn und soweit er von den haftungsbegründenden Umständen Kenntnis hatte oder bei Beachtung der geschäftsüblichen Sorgfalt hätte Kenntnis davon haben müssen. § 442 Abs. 1 BGB oder der Rechtsgedanke aus dieser Vorschrift finden keine Anwendung.“¹⁹

Mit den nachfolgenden Klauseln

Beispiel: „Der Käufer hat den Kaufgegenstand eingehend besichtigt und eine sogenannte Due Diligence durchgeführt. Der Käufer bestätigt, dass ihm nach dem Ergebnis der Due Diligence zum Zeitpunkt der Beurkundung keine Garantieverletzungen bekannt geworden sind, die Ansprüche nach § [●] auslösen.“

Beispiel: „Purchaser’s Due Diligence

Prior to entering into the SPA the Purchaser, its representatives and advisors have undertaken a detailed due diligence in relation to the Company as set forth in more detail in Section [●].“

ist nicht viel gewonnen, wenn es um die (angebliche) Kenntnis von bestimmten Details geht. Es empfiehlt sich jedoch für den Verkäufer, entsprechende Klauseln vorzusehen, da sie unter dem Gesichtspunkt der Beweislast von Bedeutung werden könnten.

Schließlich kann sich der Verkäufer auch schon vorsorglich gegen den Vorwurf wappnen, er habe mit wichtigen Informationen hinter dem Berg gehalten.

Beispiel: „The Seller has given the Purchaser the opportunity to request additional information and to ask questions. The Purchaser has received all documentation and information requested, and all questions raised by the Purchaser and its professional advisers have been answered to the satisfaction of the Purchaser, which is hereby confirmed by the Purchaser.“

Verkäuferfreundlich wäre zum Beispiel folgende Klausel:

Beispiel: „Der Verkäufer haftet nicht für die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der in Ziffer [●] übernommenen Garantien, soweit der Käufer von den haftungsbegründenden Tatsachen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kenntnis hatte oder bei Beachtung der geschäftsüblichen Sorgfalt hätte haben müssen. Als dem Käufer bekannt gelten Informationen, die diesem aus öffentlichen Registern zugänglich waren oder ihm durch den Verkäufer zur Verfügung gestellt wurden, insbesondere die in Anlage [●] (Datenraumindex) der Bezugsurkunde aufgeführten Dokumente.“²⁰

Andererseits muss der Verkäufer sicherstellen, dass sich aus solchen Dokumenten nicht weitere Ansprüche ergeben.

Beispiel: „Die im Rahmen der Due Diligence und/oder in sonstiger Weise vor dem Vertragsschluss dem Käufer und seinen Beratern übergebenen Daten, Dokumente und sonstigen Informationen, einschließlich Geschäftsplänen, Prognosen, Berechnungen und Annahmen, stellen keine Garantieerklärung, Beschaffensvereinbarung oder sonstige rechtliche Versprechen des Verkäufers, in welcher rechtlichen Form auch immer, dar. Der Käufer bestätigt dem Verkäufer gegenüber ausdrücklich, dass keine der ihm zur Verfügung gestellten Daten, Dokumente und sonstigen Informationen eine Beschaffensgarantie i.S.v. §§ 443, 444 BGB oder eine Beschaffensvereinbarung i.S.v. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB begründet haben. Der Käufer erklärt schließlich dem Verkäufer gegenüber ausdrücklich, dass er keine Ansprüche gelten

macht, die nicht auf einer Verletzung der selbstständigen Garantieerklärung nach §§ [●] beruhen, mit Ausnahme von Ansprüchen auf Grund von arglistiger Täuschung oder sonstiger vorsätzlicher Vertragsverletzungen.“²¹

3. Disclosure Letter

Um dem Verkäufer die Führung des (ihm obliegenden) Beweises zu erleichtern,²² dass der Käufer einen bestimmten Mangel bei Vertragsschluss bereits kannte, wird in der Praxis durch Verkäufer oft verlangt, dass ein sog. Disclosure Letter zum Bestandteil des Vertrages gemacht wird. In einem solchen Disclosure Letter wird zu Zwecken der Beweissicherung festgehalten und quittiert, welche Informationen und Unterlagen dem Käufer erteilt wurden.

Beispiel: „Eine Haftung des Veräußerers ist ausgeschlossen, wenn und soweit der Käufer davon Kenntnis hatte oder bei Beachtung der geschäftsüblichen Sorgfalt hätte Kenntnis davon haben müssen, dass Sachverhalte, Ereignisse, Unterlassungen, Dokumente, Erklärungen oder sonstige Umstände bestehen, nach denen eine oder mehrere Garantieerklärungen des Veräußerers zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unrichtig oder unvollständig waren. Hierbei gelten insbesondere alle Dokumente, Daten, Informationen und Umstände, die dem Käufer oder einem seiner Berater im Rahmen der Due Diligence-Prüfung zugänglich gemacht worden sind, als dem Käufer bekannt. Im Rahmen dessen gelten insbesondere alle Informationen, die dem Käufer während des Due Diligence-Prozesses im data-room zur Verfügung gestellt wurden, insbesondere diejenigen Dokumente, die in dem in der Anlage [●] beigefügten Datenraumindex aufgeführt sind, als dem Käufer bekannt.“²³

Beispiel: „Der Käufer ist nicht berechtigt, Rechte aus den Garantien geltend zu machen, wenn er den Umstand, in dem eine Verletzung der Garantie liegt, vor Vertragsschluss gekannt hat oder er sich aufgrund der gegebenen objektiven Umstände der Kenntnis grob fahrlässig entzogen hat.“²⁴

VI. Einfache Fahrlässigkeit des Käufers

Es wurde bereits aufgezeigt, dass die leicht fahrlässige Unkenntnis des Käufers von Mängeln seine Rechte wegen einer Garantieverletzung nicht tangiert. Will der Verkäufer diese Rechtsfolge nicht, so muss er vertragliche Sonderregelungen treffen. Solche Sonderregelungen sind auch wirksam, da nur die Haftung wegen Vorsatzes im Voraus nicht erlassen werden kann (vgl. § 276 Abs. 3 BGB).

Verkäuferfreundlich könnte man formulieren:

Beispiel: „Der Käufer hat den Kaufgegenstand durch einen Sachverständigen überprüfen lassen (due diligence). Mängel des Kaufgegenstandes, die bei der Überprüfung durch den Sachverständigen des Käufers festgestellt wurden oder bei Anwendung der üblichen Sorgfalt hätten festgestellt werden müssen, sind von der Haftung des Verkäufers ausgenommen...“

Diese Bestimmung geht über den gesetzlichen Haftungsausschluss hinaus; nach der vertraglichen Regelung ist keine grob fahrlässige Unkenntnis erforderlich; ausreichend ist für den Haftungsausschluss, dass der Käufer bei Anwendung der „üblichen“ Sorgfalt zu einer Feststellung der Mängel hätte gelangen müssen.

¹⁹ Seibt/Reiche, DStR 2002, 1135, 1141.

²⁰ Vgl. van Kann, Praxishandbuch Unternehmenskauf, 2009, S. 126.

²¹ Seibt/Reiche, DStR 2002, 1135, 1139.

²² Die Beweislast dafür, dass ein grob fahrlässiges Verhalten des Käufers vorliegt, obliegt dem Verkäufer.

²³ Seibt/Reiche, DStR 2002, 1135, 1141.

²⁴ Seibt/Reiche, DStR 2002, 1135, 1141.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, welche Rechtsfolgen eine *unterbliebene* oder *unzureichende* Due Diligence hat, wenn der Käufer den Mangel hätte kennen müssen.

Es wird vertreten, es habe keine Einschränkung der Gewährleistungsrechte des Käufers zur Folge, wenn er zwar eine Due Diligence durchführe, bestehende Mängel aber infolge einer unzureichenden Vornahme seiner Due Diligence (schlampige Auswertung oder Due Diligence nur auf bestimmten Gebieten) ihm dennoch verborgen blieben.²⁵ *Knott*²⁶ führt etwa aus, wenn man die Due Diligence als freiwillige, auf eigene Initiative und zum eigenen Nutzen des Käufers ergriffene Maßnahme betrachte, so solle eine nur unsorgfältig durchgeführte Due Diligence die Gewährleistungsrechte des Käufers nicht schmälern.²⁷

Die allgemeinen Auslegungsregeln für den Sorgfaltsmaßstab finden nur Anwendung, wenn die Parteien vertraglich nichts vereinbart haben. Haben die Parteien aber, wie in der obigen Beispielsklausel, ausdrücklich vereinbart, dass der Käufer eine Due Diligence durchführen wird und dass die Durchführung der Due Diligence auch Auswirkungen zugunsten des Verkäufers haben sollte – nämlich entgegen der gesetzlichen Rechtsfolgen einen Haftungsausschluss für bei „üblicher Sorgfalt“ feststellbare Mängel – dann kann diese vertragliche Regelung nicht ignoriert werden.

Hiergegen kann sich wiederum der Käufer schützen, indem er vereinbart:

Beispiel: „Der Verkäufer kann keine Rechte daraus ableiten, dass der Käufer eine Due Diligence durchgeführt hat.“

VII. Grobe Fahrlässigkeit des Käufers

1. Was ist grobe Fahrlässigkeit?

Grobe Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn „die verkehrserforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt wird, schon einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt werden und das nicht beachtet wird, was im gegebenen Fall jedem einleuchten musste“.²⁸ Kennt der Käufer den Mangel grob fahrlässig nicht, so kann er den Mangel nicht geltend machen, und zwar unabhängig davon, ob er eine Due Diligence durchgeführt hat oder nicht. Eine *grob fahrlässige* Unkenntnis muss sich der Käufer in jedem Fall entgegenhalten lassen.²⁹ Das gilt selbst dann, wenn der Verkäufer eine selbstständige Garantie abgegeben hat, es sei denn, es besteht eine vertragliche Regelung, der zufolge der Käufer auch bei grober Fahrlässigkeit seine Gewährleistungsrechte nicht verliert.³⁰ Grobe Fahrlässigkeit dürfte allerdings nur in solchen Ausnahmefällen vorliegen, in denen ein Mangel offensichtlich ist oder ganz konkrete Anhaltspunkte für Mängel bestehen.³¹ Diskutiert wird auch eine grobe Fahrlässigkeit aufgrund einer besonderen Sachkunde des Käufers bei fehlender Sachkunde des Verkäufers.³²

2. Wann liegt grobe Fahrlässigkeit bei Durchführung einer Due Diligence vor?

Daran schließt sich jedoch die weitergehende Frage an, ob allein die Tatsache der Durchführung einer Due Diligence Einfluss auf die Qualifikation der Unkenntnis als „grob fahrlässig“ haben kann. Es ist nicht grundsätzlich fernliegend, dass der Käufer eine Due Diligence unsorgfältig oder unvollständig vornimmt. Oftmals herrscht bei der Durchführung der Due Diligence ein enormer Zeitdruck. Nicht selten erfolgt auch eine unvollständige Due Diligence, weil der Käufer vergisst, bestimmte Teilbereiche zu prüfen oder weil er die Prüfung von

vornherein auf bestimmte Teilbereiche beschränkt – beispielsweise aus Kostengründen.³³

a) Die herrschende Meinung

Übersieht der Käufer bei seiner Due Diligence einen Mangel, ist das nach überwiegender Auffassung *nicht* automatisch als grobe Fahrlässigkeit zu qualifizieren.³⁴ Andernfalls würde ein Käufer, der aus eigenem Antrieb eine Due Diligence vornimmt, zu der er nicht verpflichtet ist, schlechter behandelt als ein Käufer, der eine solche Prüfung nicht durchführt.

Die Grenzen der groben Fahrlässigkeit werden allerdings erreicht, wenn der Käufer den Mangel nicht nur auf Grund grob fahrlässiger Durchführung der Due Diligence übersieht, sondern wenn er diesen Mangel *auch ohne die Durchführung einer Due Diligence* hätte erkennen müssen.³⁵ *Picot*³⁶ weist zu Recht darauf hin, dass in diesem Falle der Sorgfaltsverstoß des Käufers derart gravierend ist, dass dieser ohne Weiteres unter § 244 Abs. 1 S. 2 BGB zu subsumieren und mit dem dortigen Regelungsstatbestand gleichgewichtig ist.³⁷

b) Mindermeinung

Demgegenüber wird auch die Auffassung vertreten, die Durchführung einer unsorgfältigen oder unvollständigen Due Diligence sei *generell* als grob fahrlässig anzusehen – mit der Rechtsfolge, dass der Käufer seine Rechte nach § 442 BGB verliert.³⁸ Vertreten wird auch, Mängelrechte seien ausgeschlossen, wenn der Mangel auf Grund der zur Verfügung gestellten Unterlagen für den Käufer oder seine externen Berater *erkennbar* gewesen wäre.³⁹ Einer weiteren Auffassung nach soll eine unvollständige Prüfung des Zielunternehmens zwar grundsätzlich keine grobe Fahrlässigkeit begründen; im Einzelfall sei dies bei einem „Übersehen“ wesentlicher Umstände aber anders zu beurteilen.⁴⁰

3. Begründet das Unterlassen einer Due Diligence grobe Fahrlässigkeit?

Wie aber sieht es aus, wenn der Käufer *überhaupt keine Due Diligence* durchführt? Begründet dies automatisch eine grob fahrlässige Unkenntnis?⁴¹

a) Die herrschende Meinung

Die herrschende Meinung verneint diese Frage, denn dem Käufer stehen die Gewährleistungsrechte unabhängig von Voruntersuchungen

25 Vgl. etwa *Rotthege/Wassermann*, Unternehmenskauf bei der GmbH, 2011, Kap. 9 Rn. 104.

26 *Knott/Mielke*, Unternehmenskauf, 3. Aufl. 2008, Rn. 129.

27 Unter Hinweis auf *Schmitz*, RNotZ 2006, 561, 582 m. w. N. in Fn. 161.

28 *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 277, Rn. 5 m. w. N.

29 *Rotthege/Wassermann*, Unternehmenskauf bei der GmbH, 2011, Kap. 9 Rn. 106 unter Verweis auf *Goldschmitt*, ZIP 2005, 1305, 1310; *Picot*, Handbuch Mergers & Acquisitions, 4. Aufl. 2008, S. 245.

30 *Picot*, Handbuch Mergers & Acquisitions, 4. Aufl. 2008, S. 245.

31 *Rödter/Hötzel/Mueller-Thuns*, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf, 2003, § 3 Rn. 50; *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 846.

32 *Müller*, NJW 2004, 2196, 2197.

33 *Loges*, DB 1997, 965, 968.

34 *Müller*, NJW 2004, 2196, 2199; vgl. auch *Dietzel*, in: Semmler/Vollhard (Hrsg.), Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahmen, 2001, § 9 Rn. 25, 70; *Klein-Blenkers*, NZG 2006, 245, 252.

35 *Müller*, NJW 2004, 2196, 2199; *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 848; *Rödter/Hötzel/Mueller-Thuns*, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf, 2003, § 3 Rn. 52 ff.

36 *Picot*, Handbuch Mergers & Acquisitions, 4. Aufl. 2008, S. 253.

37 *Fleischer*, in: Dauner-Lieb/Henssler, Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung, 2003, S. 111 sowie *Gaul*, ZHR 166 (2002), 35, 64.

38 OLG Celle, 21.6.1957 – 11 U 43/57, BB 1957, 910; OLG Köln, 9.1.1973 – 9 U 155/72, NJW 1973, 903; *Rödter/Hötzel/Mueller-Thuns*, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf, 2003, § 3 Rn. 53.

39 *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 848.

40 *Loges*, DB 1997, 965, 968, der allerdings keine weiteren Ausführungen hierzu macht.

41 Bejahend *Lips/Stratz/Rado*, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2004, § 4 Rn. 54; *Triebel/Hötzel*, BB 2002, 521, 528; *Gaul*, ZHR 166 (2002), 35, 64; vgl. auch *Semler*, in: Hölter, Handbuch Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2010, Teil VII Rn. 55.

des Kaufgegenstandes zu. Die Durchführung einer Due Diligence sei eine freiwillige, auf Initiative des Käufers und zum eigenen Nutzen ergriffene Maßnahme. Da die Durchführung einer Due Diligence weder zum Schutz des Verkäufers erfolgt, noch gar von diesem verlangt werden kann, könne die Nichtdurchführung einer Due Diligence auch nicht als grob fahrlässiges Unterlassen des Käufers qualifiziert werden. Ein Käufer, der überhaupt keine Due Diligence durchführt, verliert seine Gewährleistungsansprüche demnach *nicht*.⁴² Gerade ein Käufer, der keine Due Diligence durchführt, hat in Anbetracht von Garantie- und Haftungsansprüchen ein gesteigertes Interesse an umfassender Aufklärung durch den Verkäufer.

b) Grobe Fahrlässigkeit bei besonderer Sachkunde des Käufers

Nach einer teilweise vertretenen Auffassung kommt grobe Fahrlässigkeit bei Unterlassung einer Due Diligence dann in Betracht, wenn der Käufer – anders als der Verkäufer – über besondere Sachkunde verfügt.⁴³ Allerdings wird es beim Unternehmenskauf im Regelfall an einer überlegenen Sachkunde beim Käufer fehlen, was auch durch den Umstand belegt wird, dass Käufer sich bei der Durchführung einer Due Diligence oftmals der Hilfe externer Experten bedienen.⁴⁴

c) Grobe Fahrlässigkeit wegen Missachtung einer Verkehrssitte

Es wird auch diskutiert, ob die Nichtdurchführung einer Due Diligence dem Käufer deshalb zum Nachteil gereichen kann, weil in Deutschland bereits eine Verkehrssitte zur Durchführung einer Due Diligence bestehe und deshalb von dem Käufer nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf eine solche Verkehrssitte die Durchführung einer Due Diligence verlangt werden könne.⁴⁵ Unter einer Verkehrssitte wird dabei eine tatsächliche Übung von gewisser Festigkeit verstanden, die im Verkehr der beteiligten Kreise herrscht.⁴⁶ *Picot*⁴⁷ weist darauf hin, dass eine Verkehrssitte zur Durchführung einer Due Diligence beim Unternehmenskauf nur angenommen werden könne, wenn es einen generellen Prüfungsmaßstab für die Durchführung einer Due Diligence gebe. Er bestätigt zu Recht, dass in der Tat zwar in den meisten Fällen eines Unternehmenskaufs eine Due Diligence durchgeführt – ja teilweise von finanzierenden Geldgebern sogar verlangt wird, die zum „Standard“, d. h. zur „üblichen Praxis“ gehört,⁴⁸ dass aber allein die Vielzahl der auf dem Markt angebotenen Muster von Due Diligence Checklisten zeige, dass es keinen einheitlichen Standard hierfür gebe. Tatsächlich entspricht es der Rechtswirklichkeit, dass Art, Intensität, Umfang und Dauer einer Due Diligence in jedem Einzelfall unterschiedlich gehandhabt werden.⁴⁹ Die Konstellationen beim Unternehmenskauf sind einfach zu unterschiedlich. Von einer „üblichen“ Due Diligence kann daher nicht die Rede sein.⁵⁰

Nach alledem kann deshalb eine oberflächliche Due Diligence ebenso wenig wie das Unterlassen einer Due Diligence durch den Käufer grundsätzlich nicht als grob fahrlässig angesehen werden und führt nicht zu einem Ausschluss seiner Gewährleistungsrechte nach § 442 Abs. 2 BGB. Es besteht weder eine Obliegenheit, noch eine Pflicht, noch eine Verkehrssitte zur Durchführung einer Due Diligence. Wird überhaupt keine Due Diligence durchgeführt, ist davon auszugehen, dass der Käufer in die Abschlussangaben des Verkäufers (schützenswertes) Vertrauen setzt, obwohl er einen deutlichen Informationsnachteil hat.⁵¹

4. Zwischenergebnis

Wenn dem Käufer der Mangel aber auch *ohne* nähere Durchleuchtung des Unternehmens, also *ohne* Due Diligence hätte auffallen müssen, liegt – mit oder ohne Due Diligence – auf seiner Seite grobe Fahrlässigkeit vor.⁵² Besondere Umstände wie zum Beispiel die Offensichtlichkeit eines Mangels können mithin eine Prüfungsobliegenheit des Käufers begründen, deren Nichtbeachtung als grobe Fahrlässigkeit des Käufers qualifiziert werden kann.⁵³ Um das Verhalten des Käufers als grob fahrlässig zu qualifizieren, müssen im Einzelfall aber noch gewichtige Umstände hinzukommen, die ihn zum gezielten Nachfragen veranlassen und befähigen.⁵⁴ Angemerkt sei an dieser Stelle, dass die positive Kenntnis eines Mangels bei Vertragsschluss selbstverständlich auch dann zu einem Ausschluss seiner Rechte nach § 442 Abs. 1 S. 1 BGB führt,⁵⁵ wenn der Käufer die Durchführung einer Due Diligence unterlassen hat.

5. Beispiele vertraglicher Gestaltungen

Wenn der Käufer es nicht darauf ankommen lassen will, dass die unterschiedlichen Rechtsmeinungen zu § 442 Abs. 1 S. 2 BGB zur grob fahrlässigen Unkenntnis genau in seinem Fall vor Gericht vorgetragen werden, empfiehlt sich folgende Klausel:

Beispiel: „§ 442 Abs. 1 S. 2 BGB wird ausgeschlossen.“⁵⁶

Diese Rechtsfolge lässt sich für den Käufer nur vermeiden, wenn er sie ausdrücklich abweichend vertraglich vereinbart.

Beispiel: „Der Käufer verliert seine Gewährleistungsrechte auch bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Mangels nicht, wenn der Verkäufer ihm eine selbstständige Garantie eingeräumt hat.“

6. Des Pudels Kern

An dieser Stelle kommen wir zum Kernpunkt der Diskussion oder zum Dilemma des Käufers: Kann es wirklich sein, dass sich ein Käufer, der eine sorgfältige Due Diligence durchführt, durch eine Kenntniserlangung während dieser Due Diligence mehr schadet, als wenn er die Prüfung ganz unterlassen hätte?

42 So die h. M., vgl. *Klein-Blenkers*, NZG 2006, 245, 251; *Westermann*, ZHR 169 (2005), 248, 257–265; *Müller*, NJW 2004, 2196, 2198; *Huber*, AcP 202 (2002), 179, 2001; *Loges*, DB 1997, 965, 968; *Picot*, Handbuch Mergers & Acquisitions, 4. Aufl. 2008, S. 246; überzeugend *Wächter*, M&A Litigation, 2012, Rn. 847 m. w. N.; *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 846; *Loges*, DB 1997, 965, 968.

43 *Vogt*, DStR 2001, 2027, 2031.

44 *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 845; vgl. auch *Müller*, NJW 2004, 2196, 2197.

45 *Loges*, DB 1997, 965, 967; vgl. die Nachweise bei *Picot*, Handbuch Mergers & Acquisitions, 4. Aufl. 2008, S. 246, sowie *Berens/Strauch*, WPg 2002, 518 (in 95 % der Fälle wird eine Financial Due Diligence durchgeführt).

46 *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 133, Rn. 21.

47 *Picot*, Handbuch M&A, 4. Aufl. 2008.

48 *Rödter/Hötzel/Mueller-Thuns*, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf, 2003, § 3 Rn. 34; *Ganzert/Kramer*, WPg 1995, 576; *Merk*, WiB 1996, 145, 147 f.; *Vogt*, DStR 2001, 2027, 2028, 2031.

49 Vgl. zur Due Diligence als Verkehrssitte *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 14. Aufl. 2010, Rn. 649; *Vischer*, SJZ 2000, 229, 235; *Vogt*, DStR 2001, 2027, 2031; hierzu ebenfalls *Merk*, BB 1995, 1041, 1047; *Merk*, in: *Berger*, FS Otto Sandrock, 2000, S. 657; *Semler*, in: *Hölter*, Handbuch Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2010, Teil VII Rn. 55, nimmt jedenfalls für den Bereich des professionellen Unternehmenserwerbes durch geschäftsgewandte Käufer das Bestehen einer Verkehrssitte an, nicht aber bei Kleinunternehmen sowie dem Erwerb einer freiberuflichen Praxis; ablehnend hingegen *Beisel/Klumpp*, Der Unternehmenskauf, 6. Aufl. 2009, S. 2 Rn. 9; *Dietzel*, in: *Semler/Volhard*, Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahmen, 2001, § 9 Rn. 25 und 69; *Fleischer*, in: *Dauner-Lieb/Henssler*, Unternehmenskauf und Schuldrechtsmodernisierung, 2003, S. 108; *Loges*, DB 1997, 965, 967.

50 Dazu im Einzelnen *Müller*, NJW 2004, 2198; vgl. auch *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841 ff.; *Rödter/Hötzel/Mueller-Thuns*, Unternehmensverkauf, 2003, § 3 Rn. 52.

51 Dies sagt für den Eintritt des Garantiefalls allerdings noch nichts aus, vgl. *Hilgard*, BB 2013, 937.

52 *Müller*, NJW 2004, 2196 ff.

53 Vgl. hierzu auch *Fleischer/Körber*, BB 2001, 841, 845.

54 *Wächter*, M&A Litigation, 2012, Rn. 852.

55 *Picot*, Handbuch M&A, S. 245.

56 So die Empfehlung von *Lips/Stratz/Rado*, in: Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2004, § 4 Rn. 54.

a) Die Mindermeinung

Hätte der Käufer keine Due Diligence durchgeführt und deshalb keine Kenntnis erlangt, so könnte er seine Gewährleistungsrechte ohne Weiteres geltend machen. Ist es wirklich gerecht, dass ein Käufer, der auf eigene Kosten Anwälte und Wirtschaftsprüfer einschaltet und eine zeitaufwendige Due Diligence veranlasst oder durchführt, im Ergebnis schlechter dasteht als ein Konkurrent, der das Target überhaupt nicht angesehen hat? Je umfassender und sorgfältiger der Käufer das Target untersucht und analysiert, umso mehr läuft er Gefahr, die ihm gesetzlich zustehenden Gewährleistungsansprüche zu verlieren weil er während der Due Diligence von Rechts- oder Sachmängeln Kenntnis erhält oder ihm bzw. seinen Beratern in Folge grober Fahrlässigkeit Sach- oder Rechtsmängel unbekannt bleiben. Mit anderen Worten: Kann es sein, dass die Due Diligence Untersuchung dem Käufer schadet? Hier scheint ein Wertungswiderspruch vorzuliegen. Es gibt Stimmen in der Literatur, die aus diesem Grunde die Auffassung vertreten, Gewährleistungsrechte des Käufers würden durch Kenntniserlangung anlässlich einer Due Diligence nicht entfallen,⁵⁷ Kenntniserlangung anlässlich oder in Folge einer Due Diligence führe also nicht zu einem Ausschluss der Rechte des Käufers.

b) Die herrschende Meinung

Die Gegenmeinung hält dem entgegen, dass das Mängelhaftungsrecht keine Verschuldenshaftung, sondern eine gesetzliche Garantiehaftung darstelle.⁵⁸ Die Gegenleistung für den Informationsvorsprung des Verkäufers bestehe eben in den Gewährleistungsrechten des Käufers. Der Gewährleistungsausschluss gemäß § 442 Abs. 1 S. 1 BGB knüpfe ausschließlich an die Kenntnis des Käufers und nicht an die Art und Weise seiner Kenntniserlangung an; nicht wegen der Durchführung einer Due Diligence, sondern wegen seiner *Kenntnis* von einem Mangel verliere der Käufer seine Gewährleistungsansprüche. Zudem eröffne die Kenntnis des Käufers von einem Mangel ihm die Möglichkeit, entsprechende Vorsorge im Vertrag zu treffen und insofern maßgeschneiderte Garantien vorzusehen, die diese Risiken absichern und ausgleichen. Ihm darüber hinaus weitere Gewährleistungsrechte zu erhalten, sei unbillig.⁵⁹ Wenn der Unternehmenskäufer „sehenden Auges“ ein mangelbehaftetes Unternehmen kaufe, so sei er eben nicht schutzwürdig.⁶⁰

c) Vermittelnde Meinung

Andere vermeiden diesen scheinbaren Wertungswiderspruch dadurch, dass sie eine grobe Fahrlässigkeit bei Durchführung einer Due Diligence nur annehmen, wenn dem Käufer Umstände unbekannt geblieben sind, die offensichtlich sind oder die er auch ohne eine Due Diligence Untersuchung hätte erkennen müssen.⁶¹

Im Hinblick auf die vorstehenden Erwägungen erscheint es in jedem Falle sowohl für den Käufer als auch für den Verkäufer sinnvoll, die gesetzliche Rechts- und Sachmängelhaftung auszuschließen und durch maßgeschneiderte vertragliche Bestimmungen zu ersetzen. Gedacht werden kann etwa daran, die Haftung des Verkäufers bei Vorsatz des Käufers auszuschließen, sie dagegen bei grob fahrlässiger Unkenntnis bestehen zu lassen.⁶²

VIII. Zurechnung von Beraterwissen

Der Käufer wird eine Due Diligence regelmäßig nicht selbst, sondern durch externe Berater durchführen (lassen). Umstritten ist, ob und in

welchem Umfang sich ein Käufer das Wissen der von ihm eingeschalteten Berater zurechnen lassen muss. Hier wird größtenteils vertreten, dass sich der Käufer das Wissen seiner externen Berater, derer er sich bei der Durchführung der Due Diligence bedient, entsprechend § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen muss.⁶³ Teilweise wird aber auch argumentiert, der Käufer müsse sich nur die Kenntnis (sowie die grob fahrlässige Unkenntnis) solcher Personen zurechnen lassen, die er als Abschluss- oder Verhandlungsvertreter eingesetzt habe.⁶⁴ Unter den Begriff des Abschlussvertreters fallen dabei Personen, die im Namen des Käufers den Kaufvertrag unterzeichnen; Verhandlungsvertreter sind solche Personen, die mit dem Entwerfen des Kaufvertrages, den Verhandlungen mit dem Verkäufer und weiteren Überarbeitungen des Vertrages während der Verhandlungen betraut sind.⁶⁵ Nach dieser Auffassung kommt eine Wissenszurechnung anderer Mitarbeiter und Berater, die im Rahmen einer Due Diligence tätig werden *ohne* Abschluss- oder Verhandlungsvertreter zu sein, nicht in Betracht; vielmehr finde § 442 BGB nur dann Anwendung, wenn sie ihre Kenntnis von Mängeln dem Käufer mitgeteilt haben.⁶⁶ Es erscheint allerdings wenig gerechtfertigt, dem Käufer nur das Wissen etwaiger Abschluss- oder Verhandlungsvertreter zuzurechnen. Der Kaufinteressent bedient sich im Regelfall zur Durchführung einer Due Diligence externer Berater. Deren Aufgabe ist es, Risiken aufzuspüren und Wissen über Mängel an den Auftraggeber weiterzuleiten. Insofern muss dieses Wissen, zumindest wenn es in Ausführung der Tätigkeit erlangt wird, dem Käufer auch zugerechnet werden.⁶⁷

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Mitarbeiter des *Verkäufers*, die ihn im Rechtsverkehr repräsentieren, sog. „Wissensvertreter“ sind, deren Kenntnis dem Käufer zuzurechnen ist, wenn diese Informationen üblicherweise aktenmäßig festgehalten werden und zu ihrem Abwurf ein konkretes Anliegen besteht.⁶⁸

Vertraglich regeln kann der Käufer dies wie folgt:

Beispiel: „Soweit in den jeweiligen Garantien nichts Abweichendes geregelt ist, hat sich der Veräußerer das Wissen oder die grob fahrlässige Unkenntnis der in der Anlage [•] zu diesem Vertrag einzeln aufgeführten Personen zurechnen zu lassen.“⁶⁹

IX. Zurechnung der Kenntnis von Angestellten des Verkäufers?

Bis jetzt haben wir uns ausschließlich mit der Frage auseinandergesetzt, inwiefern ein leicht fahrlässiges, grob fahrlässiges oder vorsätzliches Handeln bzw. Unterlassen des Käufers sich auf dessen Rechte auswirkt.

⁵⁷ So Merkt, WiB 1996, 145, 148.

⁵⁸ Picot, Handbuch Mergers & Acquisitions, 4. Aufl. 2008, S. 251; Eggenberger, Gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen und Folgen einer due-diligence Prüfung, 2001, S. 266.

⁵⁹ Picot, Handbuch Mergers & Acquisitions, 4. Aufl. 2008, S. 251.

⁶⁰ Picot, Handbuch Mergers & Acquisitions, 4. Aufl. 2008, S. 251; Fleischer/Körber, BB 2001, 847.

⁶¹ Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf, 2003, § 3 Rn. 54; so auch Fleischer/Körber, BB 2001, 841, 848; Müller, NJW 2004, 2196, 2199. Nach Loges soll eine Kenntniserlangung im Rahmen einer Due Diligence grundsätzlich keine grobe Fahrlässigkeit begründen, im Einzelfall könne dies aber bei einem „Übersehen“ wesentlicher Umstände anders zu beurteilen sein, vgl. Loges, DB 1997, 965, 968.

⁶² Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf, 2003, § 3 Rn. 55.

⁶³ Picot, Handbuch Mergers & Acquisitions, 4. Aufl. 2008, S. 250; Semler, in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2010, Teil VII, Rn. 49 f.; Fleischer/Körber, BB 2001, 841, 847 f.; vgl. auch eingehend zur Wissenszurechnung: Baum, Die Wissenszurechnung, 1999, S. 39 ff.; Koller, JZ 1998, 75 ff.; Altmeppen, BB 1999, 749 ff.; Hartung, NZG 1999, 524, 525; Huber, AcP 2002, 179, 199.

⁶⁴ Goldschmidt, ZIP 2005, 1305, 1310, 1312; Tietmeyer, in: Rotthege/Wassermann, Unternehmenskauf bei der GmbH, 2011, Kap. 9 Rn. 107.

⁶⁵ Goldschmidt, ZIP 2005, 1305, 1310.

⁶⁶ Goldschmidt, ZIP 2005, 1305, 1310 f.

⁶⁷ So auch Semler, in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2010, Teil VII Rn. 50.

⁶⁸ BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BB 1996, 924, NJW 1996, 1339; BGH, 24.1.1992 – V ZR 262/90, BB 1992, 456, NJW 1992, 1099, 1100; Haselbach/Ebbinghaus, DB 2012, 216, 220.

⁶⁹ Vgl. etwa Lips/Stratz/Rader, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2004, § 4 Rn. 98.

Dabei wurde auch der Frage nachgegangen, inwiefern die Kenntnis oder Unkenntnis der eigenen Mitarbeiter oder Berater des *Käufers* diesem zuzurechnen ist und ihn insofern in seinen Rechten beschränkt. Mindestens genauso spannend ist jedoch die Frage, welche Konsequenzen es für einen Käufer hat, wenn dieser Personal des *Verkäufers* übernimmt, welches Kenntnis von einer Garantieverletzung hat.

Beispiel: Der Verkäufer garantiert, dass sich das Target in Übereinstimmung mit Recht und Gesetz verhalten und insbesondere keine kartellrechtlichen Verstöße begangen hat. Der Käufer übernimmt nach dem Signing das gesamte Management des Verkäufers; es stellt sich ein paar Monate nach der Übernahme des Targets durch den Käufer heraus, dass das Target unter maßgeblicher Mitwirkung eines der übernommenen Manager an Kartellabsprachen beteiligt war und deshalb jetzt ein Bußgeld gegen das Unternehmen verhängt wird.

Oben wurde dargestellt, dass es für die Kenntnis von Garantieverletzungen auf den Zeitpunkt des Signing ankommt. In diesem Zeitpunkt hatte der Käufer in unserem Beispielfall keine Kenntnis von der Garantieverletzung (oder besser gesagt: davon, dass die Garantie von Anfang an unrichtig war), wohl aber der übernommene Manager, dessen Kenntnis dem Verkäufer unter Umständen zugerechnet werden muss. Würde dessen Kenntnis nun dem Käufer zugerechnet, so könnte der Käufer wegen „zugerechneter Kenntniserlangung vor Signing“ keine Ansprüche geltend machen. Es lohnt sich, der Frage nachzugehen, ob dieses Ergebnis sachgerecht ist.

In Rechtsprechung und Literatur wird die vorstehende Fallgestaltung insbesondere im Zusammenhang mit einem bewussten Verstoß des Verkäufers gegen seine Aufklärungspflichten während der Vertragsverhandlungen, also im Zusammenhang mit vorsätzlicher culpa in contrahendo (cic) diskutiert. Insofern wird die Frage einer Zurechnung des Managerwissens an den Käufer dort nicht problematisiert.⁷⁰

1. Zurechnung nach § 166 Abs. 1 BGB

a) Manager als bevollmächtigter Vertreter des Käufers

Die Lösung der Zurechnungsproblematik könnte sich dabei aus § 166 Abs. 1 BGB ergeben. Danach werden dem Vertretenen Willensmängel seines Vertreters zugerechnet, „soweit dieser Einfluss auf die Wirksamkeit der Willenserklärung“ hatte. Gleiches gilt für die Kenntnis oder das Kennenmüssen von Umständen, die für die Willenserklärung von Bedeutung sind. Voraussetzung für die Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB ist demnach, dass die „wissende Person“ Vertreter desjenigen ist, dem das Wissen zugerechnet werden soll. Da die einzige in Frage kommende Willenserklärung in der vorliegenden Konstellation der Abschluss des Kaufvertrages ist, kann das Wissen eines Managers dem Käufer nur dann über § 166 Abs. 1 BGB zugerechnet werden, wenn dieser *beim Abschluss des Kaufvertrages* (Signing) bevollmächtigter Vertreter des *Käufers* war; nur dann wirkt dessen Kenntnis vom Garantieverstoß zu Lasten des Käufers und führt damit zum Haftungsausschluss nach § 442 Abs. 1 BGB. Sofern also der in Frage kommende Manager vor Abschluss des Kaufvertrages vom Käufer übernommen wurde und bei Vertragsabschluss als Geschäftsführer des Käufers fungierte, ist § 166 Abs. 1 BGB anwendbar.⁷¹

b) Manager als Wissensvertreter

Es stellt sich die Frage, ob eine Wissenszurechnung auch hinsichtlich anderer Mitarbeiter in Betracht kommt, bei denen weder eine ausdrückliche noch eine konkludent erteilte Vollmacht gegeben ist.⁷²

Dies betrifft insbesondere Manager anderer Abteilungen oder andere Personen, die relevantes Wissen erlangt haben. Hier wäre es naheliegender, § 278 BGB als Zurechnungsnorm heranzuziehen; indes geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass eine Wissenszurechnung immer allein nach § 166 BGB vorgenommen wird und insofern § 278 BGB verdrängt.⁷³ Entscheidend für die Wissenszurechnung ist nur, dass es sich um einen „Wissensvertreter“ handelt. Als „Wissensvertreter“ sind solche Personen anzusehen, die vom Geschäftsherrn im Rahmen der Arbeitsorganisation berufen sind, „im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei angefallenen Informationen zur Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls weiterzugeben“.⁷⁴ Entscheidend soll es dabei aber nicht auf die eigenverantwortliche Erledigung bestimmter Aufgaben ankommen, sondern auf die Verfügbarkeit der Informationen, die „typischerweise aktenmäßig festgehalten werden“.⁷⁵ Nicht erforderlich ist, dass der Wissensvertreter hierzu bestellt wurde oder er rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht hat.⁷⁶ Sofern ein Wissensvertreter gegeben ist, erfolgt eine Wissenszurechnung aus einer entsprechenden Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB. Im Unterschied zum rechtsgeschäftlichen Vertreter erfolgt bei dem Wissensvertreter aber grundsätzlich keine Zurechnung von privatem Wissen, sondern nur von geschäftlichem Wissen, das in der Tätigkeit für den Vertretenen erworben wurde.⁷⁷

c) Wissenszusammenrechnung

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob bei einer arbeitsteiligen Übertragung von Aufgaben eine Wissenszusammenrechnung in Frage kommt. Eine solche Zusammenrechnung von Wissen mehrerer Wissensvertreter wird grundsätzlich bejaht, sofern die einzelnen Wissensträger Verantwortung für das konkrete Geschäft haben.⁷⁸ Bei größeren Einheiten wird auf eine Pflicht des Unternehmens zur Organisation des Informationsaustausches abgestellt.⁷⁹ Voraussetzung hierfür ist, dass ein Anlass zur Speicherung des Wissens bestand, was typischerweise bei Wissen bejaht wird, das aktenmäßig festgehalten wird.⁸⁰ Der BGH stellt insoweit darauf ab, ob das Wissen später rechtserheblich werden könnte, wobei es entscheidend auf den Zeitpunkt der Wahrnehmung ankommen soll.⁸¹ Eine Zurechnung dieses in Akten oder Computern gespeicherten Wissens erfolgt, soweit eine Veranlassung zur Abfragung desselben besteht.⁸² Dies beurteilt sich nach der Zumutbarkeit, wobei die Bedeutung des Anlasses und die Schwierigkeit der Suche eine beachtliche Rolle spielen.⁸³ Die Speicherung des Wissens soll umso länger andauern, je wichtiger ein Umstand ist, wobei eine zu frühe Aufhebung der Speicherung die Zurechnung nicht hindern soll.⁸⁴ Demgegenüber soll eine Zurechnung

⁷⁰ Vgl. z. B. *Hasselbach/Ebbinghaus*, DB 2012, 216, 220 f.

⁷¹ Dies war die Konstellation bei BGH, 28.1.2000 – V ZR 402/98, NJW 2000, 1405 ff.

⁷² S. hierzu auch *Wächter*, M&A Litigation, 2012, Rn. 773.

⁷³ BGH, 24.1.1992 – V ZR 262/90, BGHZ 117, 104, 106, BB 1992, 456; *Grundmann*, in: *Münchener Kommentar-BGB*, 6. Aufl. 2012, § 278 Rn. 9 m. w. N.

⁷⁴ *Ellenberger*, in: *Palandt, BGB*, 71. Aufl. 2012, § 166 Rn. 6.

⁷⁵ BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BB 1996, 924, NJW 1996, 1339.

⁷⁶ BGH, 117, 104, 106; *Ellenberger*, in: *Palandt*, 71. Aufl. 2012, § 166 Rn. 6.

⁷⁷ *Ellenberger*, in: *Palandt*, 71. Aufl. 2012, § 166 Rn. 6.

⁷⁸ *Schilken*, in: *Staudinger BGB*, 2009, § 166 BGB Rn. 6 m. w. N.; vgl. hierzu auch *Schramm*, in: *Münchener Kommentar-BGB*, 6. Aufl. 2012, § 166 Rn. 31.

⁷⁹ *Schramm*, in: *Münchener Kommentar-BGB*, 6. Aufl. 2012, § 166 Rn. 20.

⁸⁰ *Ellenberger*, in: *Palandt*, 71. Aufl. 2012, § 166 Rn. 8.

⁸¹ BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BB 1996, 924, NJW 1996, 1339, 1341.

⁸² BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BB 1996, 924, NJW 1996, 1339, 1341; BGH, 15.4.1997 – XI ZR 105/96, BB 1997, 1276, NJW 1997, 1917, 1918.

⁸³ BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BB 1996, 924, NJW 1996, 1339, 1341.

⁸⁴ BGH, 2.2.1996 – V ZR 239/94, BB 1996, 924, NJW 1996, 1339, 1341.

dann ausscheiden, wenn der Wissensvertreter vergessen hat, eine Speicherung der Informationen vorzunehmen.⁸⁵

d) Zwischenergebnis

Sofern es in dem Beispielfall also um das Wissen sonstiger Personen geht, die nicht gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Vertreter des Käufers waren, kommt lediglich eine Wissenszurechnung über § 166 Abs. 1 BGB analog in Betracht, wobei bei arbeitsteiligem Verhalten auch an eine Wissenszusammenrechnung zu denken ist. Entscheidend für eine Zurechnung ist demnach, ob es schriftliche oder elektronische Aufzeichnungen der unzulässigen Kartellabsprache gibt, denn nur dann kann das „institutionelle Gedächtnis“ auf diese zugreifen. Sofern es an einer Speicherung des Wissens fehlt, kommt eine Wissenszurechnung von Wissensvertretern nach § 166 Abs. 1 BGB analog nicht in Betracht. Bei einer Kartellabsprache muss im Normalfall davon ausgegangen werden, dass keine schriftliche Fixierung oder Speicherung erfolgt ist, sondern die Absprache mündlich erfolgte.

Es verbleibt dann einzig die Möglichkeit einer Wissenszurechnung des Managers nach § 166 Abs. 1 BGB. Voraussetzung hierfür ist aber, dass dieser *bei Abschluss des Kaufvertrages* bevollmächtigter Vertreter des Käufers war, denn nur dann kann sich seine Kenntnis vom Garantieverstoß zu Lasten des Käufers auswirken und nur dann kann dies zu einem Haftungsausschluss nach § 442 Abs. 1 BGB führen. Da dieses regelmäßig nicht der Fall sein wird, kann eine *nach* Abschluss des Kaufvertrages erfolgende Übernahme der Manager nicht mehr zu einer (nachträglichen) Zurechnung deren Wissens nach § 166 Abs. 1 BGB auf den Käufer führen.⁸⁶ Damit steht fest, dass die Kenntnisse eines übernommenen Managers einem Käufer *nicht* zugerechnet werden können, wenn dieser Manager nicht als Verhandlungshelfer des Käufers beim Abschluss des Kaufvertrages auftrat. War dies hingegen der Fall, kommt eine Wissenszurechnung grundsätzlich in Betracht.

2. Treu und Glauben

Anders wäre die Rechtslage allenfalls zu beurteilen, wenn Gesichtspunkte von Treu und Glauben einer Zurechnung entgegenstünden.

Vorgebracht wird in diesem Zusammenhang, ein Verkäufer, dessen Manager von einer Garantieverletzung nicht nur gewusst habe, sondern daran – wie in unserem Beispiel – sogar aktiv beteiligt gewesen sei, könne sich nicht darauf berufen, dass dieser Manager mit seinem Wissen nun beim Käufer angestellt sei, und dem Käufer damit dessen Kenntnis (ab Übernahme) zuzurechnen sei – schließlich beseitige der Übergang nicht die beim Verkäufer zum Zeitpunkt des Signing vorliegende und ihm zuzurechnende Kenntnis und damit sein „Vertreten müssen“. Auf Verkäuferseite entfalle die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausgelöste Haftung nicht dadurch, dass spätere Ereignisse eintreten. Eine andere Vorgehensweise verstoße gegen Treu und Glauben und sei daher gemäß § 242 BGB ausgeschlossen.

Ein Verstoß gegen Treu und Glauben kommt nach der Rechtsprechung aber allenfalls in Konstellationen in Betracht, in denen eine Partei mit dem Vertreter der anderen Partei bewusst zum Nachteil der vertretenen Partei zusammengewirkt eine Partei der anderen ihren Verhandlungsführer als Vertreter aufgedrängt hat, um aus der sodann eingreifenden Vorschrift des § 166 Abs. 1 BGB Vorteile zu ziehen – mit anderen Worten, wenn eine Manipulation stattgefunden hat.⁸⁷

Verstößt es also gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn sich der Verkäufer gegen Garantieansprüche des Käufers mit dem Hinweis auf dessen Kenntnis (§ 442 BGB) verteidigt? Ist der Verkäufer wirklich

schutzwürdig? Kann es sein, dass gerade in einem Fall, für den die Garantien konzipiert werden und vor dem der Käufer sich besonders schützen will, nämlich einem bewussten und gewollten vorsätzlichen Garantieverstoß die Garantie nicht greift, weil Täter oder Mitwisser des Verstoßes übernommen werden? Kann man überhaupt noch von einer Garantie sprechen, wenn eine bewusst unrichtige Garantie wegen („unwissender“) Beschäftigung des („wissenden“) Missetäters dazu führt, dass die Garantie nicht mehr greift? Wiegt das evtl. sogar sittenwidrige Verhalten des Verkäufers nicht noch schwerer als das des Käufers, welcher wissende Personen („die bösen Buben“) übernimmt?

Wächter führt aus, der Käufer verlange vom Verkäufer ja gerade die Abgabe einer Garantie, und nicht einer Beschaffenheitsvereinbarung, weil er ein strengeres und abstrakteres Haftungsregime⁸⁸ begründen will als die gesetzliche Gewährleistung.

Er spricht sich daher *gegen* eine analoge Anwendung des § 442 BGB auf selbstständige Garantien beim Unternehmenskauf aus.⁸⁹

Die Fragen sind allerdings falsch gestellt. Der Verkäufer kann sich gegen Garantieansprüche des Käufers nicht damit verteidigen, dass diesem die Kenntnis der übernommenen Manager bei Vertragsschluss zugerechnet wird, sondern allenfalls damit, dass dieser ab Übernahme über diese Kenntnis verfügte – und das ist kein Fall des § 442 BGB, sondern eine Frage des Verjährungsbeginns.

Da es zu der vorstehend geschilderten Frage soweit ersichtlich noch keine Rechtsprechung oder Literaturmeinungen⁹⁰ gibt, kann einem Käufer nur dringend angeraten werden, eine eigene Kenntnisklausel in dem Vertrag vorzusehen, mit der klargestellt wird, dass § 442 BGB und dessen Wirkung ausgeschlossen werden.

3. Zeitpunkt der Zurechnung

Wendet man die üblichen Zurechnungskriterien an, so verfügt der Käufer erst mit Übernahme aller Wissensträger des Verkäufers über das Wissen, welches ihn zur Geltendmachung von Garantieansprüchen berechtigt. Die Zurechnung dieses Wissens schließt seinen Anspruch nicht wegen Kenntnis i. S. d. § 442 BGB aus, da es für den Zeitpunkt der Kenntnis auf den Zeitpunkt des Signing ankommt. Die in der Literatur vertretene Ansicht, der Käufer sei angesichts der mit Übernahme erfolgenden Wissenszurechnung gut beraten, übernommene Manager des Target gleich nach der Übernahme zu deren Kenntnis eventueller Garantieverstöße zu befragen,⁹¹ beruht also auf der Tatsache, dass die Wissenszurechnung mit Übernahme erfolgt und damit ab diesem Zeitpunkt den im Unternehmenskaufvertrag vereinbarten Verjährungsfristen unterliegt. Hier stellt sich die Frage, ob eine Kenntniszurechnung im Rahmen der Verjährung überhaupt möglich ist.

Grundsätzlich müssen die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB in der Person des Gläubigers vorliegen, dieser muss also von der Person des Schuldners und den anspruchsbegründenden Umständen Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis erlangt haben.

85 BGH, 31.1.1996 – VIII ZR 297/94, BB 1996, 606, NJW 1996, 1205, 1206.

86 In dem Urteil des BGH vom 28.1.2000 – V ZR 402/98, NJW 2000, 1405 f., hatte der BGH einen Fall zu entscheiden, in dem der Makler eines Verkäufers, welcher von einem Mangel des Kaufgegenstandes wusste, vom Käufer als Bevollmächtigter beim Vertragsschluss eingesetzt wurde. Der BGH führte aus, dieser sei unabhängig von seiner Funktion als Verhandlungsführer des Verkäufers eben auch Vertreter des Käufers gewesen und deshalb habe dieser eben die mit der Bevollmächtigung verbundenen Risiken, die sich u. a. in der Regelung des § 166 Abs. 1 BGB konkretisierten, zu tragen.

87 Vgl. BGH, 28.1.2000 – V ZR 402/98.

88 So Wächter, M&A Litigation, 2012, Rn. 828.

89 So Wächter, M&A Litigation, 2012, Rn. 828.

90 Ausnahme: Wächter, M&A Litigation, 2012, Rn. 822 ff., der sich allerdings auch nicht mit dem konkreten Fall der Übernahme von Managern des Targets befasst, sondern allgemein mit der Käuferkenntnis bei Garantien und kaufrechtlicher Sachmängelhaftung.

91 So Hasselbach/Ebbinghaus, DB 2012, 216, 222.

Handelt es sich um die gesetzliche Vertretung einer juristischen Person wird diesbezüglich allerdings auf die Kenntnis ihrer Organe abgestellt; demgegenüber erfolgt eine Zurechnung der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis von Wissensvertretern durch eine entsprechende Anwendung des § 166 BGB.⁹² Diese Zurechnung beruht darauf, dass der Wissensvertreter gerade mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung betraut wurde.⁹³ Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass eine Zurechnung der Kenntnis des übernommenen Managers von Kartellrechtsverstößen zu Lasten des Käufers gemäß § 166 BGB analog erfolgt, sofern es sich bei dem Manager um einen Wissensvertreter handelt. Aus dem Vorstehenden wird deutlich, dass der entscheidende Zeitpunkt der Kenntnis des Verkäufers und auch des Käufers der Vertragsschluss (Signing) ist, während der entscheidende Zeitpunkt für die Verjährung eventueller Garantieansprüche des Käufers der Übergang der Arbeitsverhältnisse der betroffenen Manager ist (dies wird i. d. R. nicht das Closing sein, sondern der Wirksamkeitsstichtag [Effective Date]).

Dies führt zu folgendem Ergebnis:

Der Verkäufer haftet mangels abweichender Regelungen im Vertrag ab Signing für das Wissen seiner Manager und hat daher die Garantieverletzung zu vertreten (haftungsbegründende Kenntnis); der Käufer kann daher ab Signing und auch noch nach dem Closing Ansprüche aus Garantieverletzung gegen den Verkäufer ungehindert geltend machen.

Mit Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Käufer (also zum Wirksamkeitsstichtag/Effective Date) muss sich der Käufer dieses Wissen „in den Köpfen“ allerdings als seine eigene Kenntnis zurechnen lassen,⁹⁴ und zwar unabhängig davon, ob er auch selbst tatsächlich Kenntnis erhält. Geben die Manager ihre Kenntnis nicht an ihn weiter, muss er sich trotzdem so behandeln lassen, als ob er Kenntnis hätte (Zurechnung). Mit anderen Worten: dem Käufer wird ab dem Wirksamkeitsstichtag Kenntnis zugerechnet, welche (nunmehr seine) Manager bereits bei Vertragsabschluss hatten. Seine Kenntnis ist allerdings nur für den Zeitpunkt des Verjährungsbeginns⁹⁵ für seine Ansprüche entscheidend; sie führt nicht zur Rechtsfolge eines Ausschluss seiner Rechte, denn er hat über diese Manager kein ihm „bei Vertragsabschluss“ i. S. d. § 442 BGB zuzurechnendes Wissen. Die Zurechnung findet wegen § 166 BGB erst danach statt. Zur Klarstellung sei an dieser Stelle nochmals angemerkt, dass die vorgenannten Überlegungen von dem Fall ausgehen, dass der Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Käufer nach dem Abschluss des Kaufvertrages erfolgt.

Eine andere Betrachtungsweise führte dazu, dass der Käufer die von ihm übernommenen Manager in der kurzen Zeitspanne zwischen Signing und Effective Date (Wirksamkeitsstichtag)⁹⁶ intensiv befragen müsste, um seine Rechte überhaupt ausüben zu können. Wird der Wirksamkeitsstichtag (jedenfalls im Innenverhältnis) retroaktiv gewählt, entfielen dieser Zeitraum sogar völlig. Allerdings kann kaum erwartet werden, dass sich ein bösgläubiger Manager sofort nach Vertragsabschluss, aber noch vor einer Übernahme durch den Käufer diesem gegenüber offenbart, dass die entsprechende Garantie des Verkäufers unzutreffend war oder selbst an einer Kartellabsprache beteiligt gewesen zu sein, als er noch beim Verkäufer beschäftigt war.

Nach allem ist daher die dargestellte Lösung sachgerecht.

X. Zusammenfassung

1. § 442 BGB ist auf Unternehmenskaufverträge zumeist nicht anwendbar, da Garantien oftmals als selbstständige Garantien und nicht

als Beschaffenheitsgarantien ausgestaltet werden. Sofern § 442 BGB allerdings Anwendung findet, führt dies dazu, dass Rechte des Käufers ausgeschlossen sind, wenn dieser im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von einem Mangel der Kaufsache Kenntnis hatte. Dabei macht es keinen Unterschied, ob eine Due Diligence durchgeführt wurde oder nicht; Gewährleistungsrechte des Käufers sind bei Kenntnis in jedem Fall ausgeschlossen. Auch eine grob fahrlässige Unkenntnis muss sich der Käufer entgegenhalten lassen, wobei das Übersehen eines Mangels bei einer Due Diligence genauso wenig eine grobe Fahrlässigkeit begründet wie deren Unterlassen. Anders ist es zu beurteilen, wenn der Käufer den Mangel auch ohne die Durchführung einer Due Diligence hätte erkennen müssen; in einem solchen Fall liegt grobe Fahrlässigkeit vor.

2. Sofern sich der Käufer bei der Durchführung der Due Diligence externer Berater bedient, muss er sich deren Wissen nach § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen. Übernimmt er Personal des Verkäufers, das von einer Garantieverletzung Kenntnis hat, ist zu differenzieren: Handelte der Manager bei Abschluss des Kaufvertrages als bevollmächtigter Vertreter des Käufers, erfolgt eine Zurechnung über § 166 Abs. 1 BGB und führt damit zu einem Haftungsausschluss nach § 442 Abs. 1 BGB. Handelt es sich bei dem Manager nicht um einen gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter des Käufers, kommt eine Wissenszurechnung über eine analoge Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB in Betracht, sofern es sich bei ihm um einen sogenannten Wissensvertreter handelt. Hierbei kommt es für eine Wissenszurechnung entscheidend darauf an, ob es schriftliche oder elektronische Aufzeichnungen gibt. Sofern dies nicht der Fall ist, ist eine Zurechnung von Wissen eines übernommenen Managers nur über § 166 Abs. 1 BGB möglich. Dann müsste der Manager bei Abschluss des Kaufvertrages als Verhandlungsgehilfe des Käufers aufgetreten sein, was regelmäßig nicht der Fall sein wird.

3. Hinsichtlich der Verjährung eventueller Garantieansprüche des Käufers ist in dieser Konstellation nicht auf den Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses abzustellen, sondern auf den Übergang der Arbeitsverhältnisse der betroffenen Manager.

4. Insgesamt kann einem Käufer nur dazu geraten werden, eine eigene Kenntnisklausel in dem Vertrag vorzusehen, mit der klargestellt wird, dass § 442 BGB und dessen Wirkung ausgeschlossen werden.

Dr. Mark C. Hilgard, Rechtsanwalt und Partner der internationalen Wirtschaftskanzlei Mayer Brown LLP in Frankfurt a. M. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind M&A-Transaktionen, Gesellschafts- und Unternehmensrecht sowie die Schiedsgerichtsbarkeit. Er ist Leiter der Abteilung Litigation and Arbitration von Mayer Brown in Deutschland.



92 Peters/Jacoby, in: Staudinger BGB, 2009, § 199 Rn. 58 ff.; s. auch Grothe, in: Münchener Kommentar-BGB, 6. Aufl. 2012, § 199 Rn. 34; zur Wissenszurechnung von Wissensvertretern s. auch BGH, 23.1.2007 – XI ZR 44/06, NJW 2007, 1584 Rn. 35; BGH, WM 2011, 2088 Rn. 33. Bislang war umstritten, ob diese zu § 852 Abs. 1 BGB a. F. entwickelten Grundsätze auch auf § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB übertragen werden können, da § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB im Gegensatz zu der Vorgängerregelung in § 852 Abs. 1 BGB a. F. nicht nur deliktische, sondern auch vertragliche und bereicherungsrechtliche Ansprüche erfasst (s. BGH, 23.1.2007 – XI ZR 44/06, NJW 2007, 1584 Rn. 35 m. w. N.). Man wird allerdings davon ausgehen müssen, dass es bei diesen Grundsätzen der Wissenszurechnung verbleibt, eine unterschiedliche Behandlung der Verjährungsfrage bei deliktischer und vertraglicher Haftung aber aus Verkehrsschutzgesichtspunkten gerechtfertigt sein kann (s. ebenda, s. ferner Heinrich/Spindler, in: BeckOK BGB, § 199 Rn. 34 ff.).

93 BGH, 4.2.1997 – VI ZR 306/95, BGHZ 134, 343, 347 f.; BGH, 23.1.2007 – XI ZR 44/06, NJW 2007, 1584 Rn. 35.

94 Vgl. hierzu ebenfalls die instruktiven Überlegungen von Wächter, M&A Litigation, 2012, Rn. 706 ff.

95 Zu Verjährung und Aufrechnung beim Unternehmenskauf vgl. Hilgard, BB 2012, 852 ff.

96 Vgl. Wächter, M&A Litigation, 2012, Rn. 829: „hic et nunc“.