

AUFSÄTZE

1

Rechtsfragen bei der anwaltlichen Gestaltung des Unternehmenskaufs (Teil 2): Die Legal Due Diligence

von Dr. Birka Stroschein, RA'in und FA'in für Handels- und Gesellschaftsrecht, Thorsten Makowka, LL.M., RA, FA für Handels- und Gesellschaftsrecht, FA für Internationales Wirtschaftsrecht, beide S&M Rechtsanwälte Stroschein & Makowka Partnerschaftsgesellschaft mbB, Düsseldorf

A. Einleitung

Beim Erwerb eines Unternehmens, sollte vernünftigerweise mithilfe eines hierauf spezialisierten Rechtsanwalts dafür Sorge getragen werden, dass nicht die sprichwörtliche „Katze im Sack“ gekauft wird. Um ungewollte Überraschungen zu verhindern, wird der Erwerber das Unternehmen der Begierde regelmäßig sorgfältig überprüfen lassen und die Ergebnisse dieser Überprüfung auch in den späteren Unternehmenskaufvertrag einfließen lassen.

Dieser Beitrag befasst sich mit den praktischen Rechtsfragen bei der rechtsanwaltlichen Gestaltung des Unternehmenskaufs. Dabei wurde im ersten Teil¹ und wird hier zunächst die Phase der Prüfung des Unternehmens dargestellt und im Anschluss daran die Phase der Gestaltung des Unternehmenskaufvertrages.²

B. Die Rechtslage: Prüfung des Unternehmens

Im Rahmen dieses Beitrags³ wurden unter der Überschrift „Prüfung des Unternehmens“ bereits erste Ausführungen zum Begriff, Sinn, Funktionen, Arten und Gegenstand der Due Diligence gemacht. Die sich hier anschließenden Ausführungen führen diese fort:

I. Organisation der Legal Due Diligence

1. Datenraum

Die für die Erstellung des schriftlichen Corporate Legal Due Diligence Reports erforderlichen Informationen werden dem M&A-Anwalt hauptsächlich

in einem sog. Datenraum (Data Room) zur Verfügung gestellt.

Der Datenraum war klassischerweise und ist in seltenen Fällen auch heute noch ein Büroraum (Physical Data Room) im Unternehmen des Veräußerers oder bei einem seiner Berater. In diesem Raum werden meist für einen nur begrenzten Zeitraum die das Zielunternehmen betreffenden (gesellschaftsrechtlichen) Informationen zur Analyse für die Berater der Kaufinteressenten bereitgestellt. Art und Umfang der im Datenraum bereitgestellten Unterlagen (Data Room Index) waren meist zuvor Gegenstand einer vom Kaufinteressenten beim Verkäufer eingereichten Dokumentenliste (Document Request List).⁴ Noch fehlende oder ergänzende Unterlagen und Informationen können regelmäßig über eine Frage- und Antworteinrichtung bzw. -liste (Question-and-Answer-Tool, Q&A) erbeten werden. Das Verhalten der Prüfer im Datenraum unterliegt meist bestimmten Verhaltensregeln (Data Room Rules), die es zum Beispiel aufgrund der Vertraulichkeit der offengelegten Zielunternehmensdaten verbieten, diese zu fotografieren oder gar aus dem Datenraum zu entfernen.

Ganz überwiegend findet die Aufbereitung und Auswertung von Informationen über das Zielunternehmen heutzutage jedoch in digitalen oder sog. virtuellen Datenräumen (Virtual Data Room) statt. Es handelt sich hierbei nicht um einen physischen Raum oder physisch abgesonderten Daten- bzw. Aktenbestand, sondern um einen technisch abgegrenzten, über das Internet passwort- bzw. verschlüsselungs- oder ähnlich geschützt zugänglichen Datenbestand. Der virtuelle Datenraum wird vom Veräußerer bzw. seinem entsprechenden Dienstleister eingerichtet und mit digital eingelesebenen Dokumenten bestückt. Hinsichtlich der Organisation der Virtual Due Diligence gelten die oben zur Physical Due Diligence gemachten Ausführungen entsprechend.

Der Datenraum mit seinen internen Informationen zum Zielunternehmen ist für den prüfenden M&A-Anwalt die wichtigste Informationsquelle. Um die im Datenraum enthaltenen Informationen aufzubereiten nimmt er Einsicht in die dort in Papier- oder Dateiform offengelegten (gesellschaftsrechtlichen) Unterlagen, wie zum Beispiel die Gründungsurkunde, den Gesellschaftsvertrag (Satzung), Handelsregisterauszüge, die Liste der Gesellschafter (§ 40 Abs. 1 GmbHG) und

offengelegte Niederschriften von Gesellschafterversammlungen samt dort gefasster Beschlüsse.

2. Sonstige Informationsquellen

Neben den im Datenraum zugänglich gemachten Informationen verschafft sich der M&A-Anwalt meistens auch Informationen zum Kaufobjekt über externe, öffentlich zugängliche Informationsquellen wie zum Beispiel dem Online-Zugriff des gemeinsamen elektronischen Handelsregisterportals der Länder (§ 8 Abs. 1 HGB; § 43 HRV)⁵, des Unternehmensregisters (§ 8b Abs. 1, 2 HGB) betreffend register- und publikationspflichtiger Daten des Zielunternehmens⁶, dem elektronischen Bundesanzeiger⁷, dem Register des Patent- und Markenamtes⁸, der Datenbank für lizenzierte Unternehmen der BaFin⁹ sowie ihrer Stimmrechtsdatenbank und den Insolvenzbekanntmachungen im Internet¹⁰, des weiteren Wirtschaftsauskunfteien und Branchen- und Produktinformationen durch Konkurrenten.

Da jedes Unternehmen jedoch seine Eigenarten und ganz besonderen Strukturen hat, gleicht auch keine Prüfung und Auswertung von Informationen im Datenraum der anderen. Dabei ist es für den prüfenden M&A-Anwalt unbedingt ratsam, immer die Motive und Ziele seines Mandanten für die Veräußerung bzw. den Erwerb des Zielunternehmens im Blick zu haben, sowie sich mit dem Gegenstand des Zielunternehmens vertraut zu machen, um später im Due Diligence-Bericht nicht unerhebliche oder gar für den Erwerber uninteressante Punkte darzustellen.

Um sich im Due Diligence-Bericht auf die für den Erwerber wichtigen Punkte zu konzentrieren, liest er das Information Memorandum, studiert die Internetpräsentation des Zielunternehmens, Presseberichte und besichtigt im Idealfall (gemeinsam mit dem Kaufinteressenten) die Kaufsache (z.B. Büros, Produktionsstätten).

Im Vorfeld der Legal Due Diligence stimmt sich der M&A-Anwalt mit seinem Mandanten ab, der meist schon Grundinformationen über das Geschäft des Zielunternehmens hat und interviewt eventuell das Management, sonstige Wissensträger des Zielunternehmens sowie dessen langjährige oder sonstige Berater (z.B. Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Investmentberater und -banken), soweit das die Vertraulichkeit der Transaktion oder eine Befreiung von entsprechenden Verschwiegenheitspflichten zulässt. Von diesen

Personen kann der M&A-Anwalt zusätzlich erfahren, welche Bereiche neben den typischen Prüffeldern der Legal Due Diligence für seinen Mandanten noch von besonderem Interesse sein könnten. Regelmäßig haben der potentielle Erwerber und sonstige dritte Wissensträger nämlich gegenüber dem M&A-Anwalt vertiefte Kenntnisse über das Zielunternehmen bzw. die Branche, in der das Zielunternehmen tätig ist, und wissen deshalb worauf es bei der Untersuchung des Kaufobjekts im Speziellen ankommt. Die Konzentration auf den so zusätzlich ermittelten relevanten Due Diligence Scope erleichtert die Datenraumarbeit des M&A-Anwalts und letztlich auch die rechtliche Darstellung des Zielunternehmens im Due Diligence-Bericht.¹¹

II. Legal Due Diligence-Bericht

Die Zusammenfassung und Aufbereitung der im Datenraum gewonnenen wesentlichen (gesellschaftsrechtlichen) Informationen über das Zielunternehmen erfolgt für den Mandanten im Due Diligence-Bericht, der in seiner formalen Gestaltung keinen zwingenden Regeln unterliegt. Für gewöhnlich enthält ein Due Diligence Report ein Deckblatt (Cover), ein Inhaltsverzeichnis (Table of Contents), ein Abkürzungs- und Definitionsverzeichnis (List of Abbreviations/List of Definitions), das Auftragschreiben samt Prüfungsauftrag und -umfang (Engagement Letter, Scope of Due Diligence, etwa Full-Fledge oder High Level/Red-Flag), eine Einleitung, meist samt Haftungsfreizeichnung für bestimmte Bereiche (Disclaimer), zum Beispiel für die Prüfung von Verträgen, die ausländischem Recht unterliegen, eine Kurzfassung (Executive Summary) der wesentlichen Ergebnisse (Key Deal Issues oder Findings) der Unternehmensprüfung und eine Langfassung derselben (Detailed Analysis) sowie Anlagen (Exhibits), etwa eine Aufstellung der geprüften Dokumente (List of Reviewed Documents).

III. Ergebnis der Legal Due Diligence

Keinem Mandanten ist jedoch damit gedient, wenn der den Due Diligence-Prozess abschließende Bericht allein beschreiben würde, dass in den bereitgestellten, beschafften und geprüften Informationen über das Zielunternehmen allein Haftungsrisiken identifiziert wurden.

Arbeitsergebnis eines Legal Due Diligence Reports sollte daher immer auch das Aufzeigen von Vorschlägen zur Beseitigung gefundener Risiken sein.

Nur selten sind die entdeckten Problemstellungen so schwerwiegend, dass sie keiner Lösung zugänglich sind und daher den Unternehmenskauf insgesamt gefährden könnten (Deal Breaker).

Das Unterbreiten von Lösungsvorschlägen setzt beim M&A-Anwalt als dem Verfasser des Due Diligence Reports vertiefte Kenntnisse der typischen Regelungsmuster eines Unternehmenskaufvertrages voraus. Als generelle Regel gilt hierbei, dass abstrakte Risiken¹² im Unternehmensvertrag in Form von selbstständigen Garantien nach § 311 Abs. 1 BGB (Independent Guarantees) abgefangen werden, während für bereits konkretisierte Risiken¹³ eine Freistellungsvereinbarung (Indemnification) getroffen wird. Sachverhalte, die für die technische Abwicklung des Unternehmenskaufs von Bedeutung sind, können als Vollzugsbedingungen (Closing Condition) oder bloße Nebenreden (Covenant) in den Unternehmenskaufvertrag aufgenommen werden. Des Weiteren können Risiken auch über den Kaufpreis abgebildet werden, in dem er etwa herabgesetzt wird. Dies würde jedoch voraussetzen, dass ein rechtliches Risiko überhaupt zahlenmäßig bestimmt werden kann, was häufig schwerfallen wird.

Letztlich ist die Abbildung der in der Due Diligence aufgedeckten Chancen und Risiken im Unternehmenskaufvertrag aber auch stark von dem Ergebnis der Verhandlungen der Parteien abhängig, das wiederum sehr von der jeweiligen Verhandlungsmacht der Parteien beeinflusst wird.

IV. Rechtsfragen bei der Legal Due Diligence

1. Aus Käufersicht

a) Pflicht zur Durchführung der Due Diligence

Grundsätzlich hat ein potentieller Erwerber eines zum Verkauf stehenden Unternehmens im Hinblick auf § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB keine Obliegenheit zur Durchführung einer Due Diligence und handelt mangels einer entsprechenden Verkehrs-sitte auch nicht grob fahrlässig, wenn er sie nicht durchführt.¹⁴

Ist der potentielle Erwerber der Zielgesellschaft jedoch eine Gesellschaft, insbesondere eine AG oder GmbH, so stellt sich für deren Vertretungsorgane (Vorstand, § 76 Abs. 1 AktG, Geschäftsführer, § 35 Abs. 1 GmbHG) die Frage, ob und ggf. in

welchem Umfang sie aufgrund ihrer Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung aus § 93 Abs. 1 AktG, bzw. § 43 Abs. 1 GmbHG eine Due Diligence durchführen müssen, um nicht den Anteilseignern gegenüber zu haften.

Gemäß § 76 Abs. 1 AktG hat der Vorstand die AG unter eigener Verantwortung zu leiten. Im Rahmen ihrer Geschäftsführung haben die Mitglieder des Vorstands dabei nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.

Verletzen Vorstandsmitglieder ihre Pflichten, sind sie der Gesellschaft gemäß § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Für die Geschäftsführer der GmbH finden sich parallele Vorschriften in § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG.

Die Rechtsprechung hat diese Pflichten dahingehend konkretisiert, dass der Vorstand im Rahmen seines unternehmerischen Handelns unter bestimmten Voraussetzungen über einen gerichtlich nicht überprüfbaren Handlungsspielraum verfügt, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar sei. Dazu gehört neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Gefahr, Fehlurteilen und Fehleinschätzungen ausgesetzt zu sein. Jener zugebilligte Handlungsspielraum sei aber überschritten, wenn ein von Verantwortungs-bewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältige Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln fehle, wenn die Bereitschaft unternehmerische Risiken einzugehen in unverantwortlicher Weise überspannt wurde oder wenn das Verhalten des Vorstandes aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten müsse.¹⁵

Diese Rechtsprechung ist Ausfluss der im US-amerikanischen Rechtskreis bekannten Business Judgment Rule, die von einem Geschäftsleiter unter anderem verlangt, sich über die entscheidungserheblichen Umstände angemessen zu informieren.

Nach dem im Jahre 2005 neu eingefügten § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG liegt eine Pflichtverletzung eines Vorstandsmitgliedes einer AG nicht vor, wenn er bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der

Gesellschaft zu handeln (Geschäftsleiterermessen).¹⁶

Für die Geschäftsführer einer GmbH kommen dabei die aktienrechtlichen Grundsätze des Geschäftsleiterermessens nach ganz herrschender Meinung entsprechend zur Anwendung.¹⁷ Im Umkehrschluss bedeutet das, dass eine Pflichtverletzung daraus resultieren kann, dass ein Vorstandsmitglied eine unternehmerische Entscheidung ohne angemessene Informationsbasis trifft.

Der M&A-Anwalt wird bei größeren Transaktionen im Regelfall¹⁸ dazu tendieren, Geschäftsleiter dahingehend zu beraten, dass sie – schon allein im eigenen Haftungsinteresse – vor Erwerb eines Unternehmens eine Due Diligence durchführen.

b) Haftung bei Kenntnis eines Mangels

Die im Rahmen des Legal Due Diligence-Prozesses gewonnenen Kenntnisse und Informationen haben für den potentiellen Erwerber des Zielunternehmens jedoch nicht nur Vorteile. Der potentielle Erwerber muss sich vielmehr auch darüber bewusst sein, dass diese Unterlagen und Informationen (Reviewed Documents) für ihn im Rahmen der Gewährleistung und Garantiehaftung des Verkäufers den Nachteil mit sich bringen, dass der Veräußerer dem Erwerber später die Kenntnis der in diesen Unterlagen enthaltenen Tatsachen (Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit beim zu erwerbenden Unternehmen, § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) gemäß § 442 Abs. 1 BGB entgegenhalten kann bzw. versucht, entsprechende Regeln der Wissenszurechnung in den Kaufvertrag aufzunehmen.¹⁹ Entdecken sonstige externe Dritte, die für den potentiellen Erwerber die Due Diligence durchführen (etwa der M&A-Anwalt), während ihrer Prüfung einen Mangel des Zielunternehmens, so muss sich der potentielle Erwerber die Kenntnis seines M&A-Anwalts im Wege des § 166 Abs. 1 BGB (Wissenszurechnung) zurechnen lassen.²⁰

Nach § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB kann sich der Käufer auf einen Mangel der Kaufsache nicht berufen, wenn er den Mangel kannte. Kannte der Käufer den Mangel infolge grober Fahrlässigkeit nicht, kann er Gewährleistungsansprüche nur geltend machen, wenn ihn der Verkäufer arglistig verschwiegen hat oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat (§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB).²¹

Je mehr Unterlagen und Informationen dem potentiellen Erwerber also im Rahmen der Due Diligence über das Zielunternehmen zur Kenntnis gelangt sind, umso weniger Schutz wird er sich im Unternehmenskaufvertrag zusichern lassen können. Umgekehrt wird jeder potentielle Erwerber, je weniger Unterlagen und Informationen ihm vom Verkäufer über das Zielunternehmen zur Verfügung gestellt worden sind, seine Forderungen nach vertraglichen Gewährleistungs-, Garantie- und Haftungsversprechen des Verkäufers umso umfangreicher und detaillierter ausfallen lassen beziehungsweise versuchen, den Kaufpreis entsprechend anzupassen, das heißt zu reduzieren.²² Dies unterliegt der Verhandlungstaktik und nicht zuletzt auch dem Verhandlungsgeschick des M&A-Anwalts.

2. Aus Verkäufersicht

a) Aufklärungspflicht des Verkäufers

Aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmenskaufs und dem dabei meist bestehenden Informationsdefizit und -ungleichgewicht sowie der erschwerten Möglichkeit für den potentiellen Erwerber, das Zielunternehmen zu bewerten, trifft den Veräußerer gegenüber dem Erwerber bei den Verhandlungen über den Kauf des Unternehmens eine gesteigerte Aufklärungs- und Sorgfaltspflicht.²³

So hat der Veräußerer den potentiellen Erwerber auch ungefragt über solche Umstände aufzuklären, die für den Kaufentschluss von wesentlicher Bedeutung sind, sofern eine Aufklärung nach der Verkehrsauffassung erwartet werden kann.²⁴ Der Veräußerer des Zielunternehmens hat demnach dem potentiellen Erwerber auch ungefragt sämtliche Verbindlichkeiten des Zielunternehmens zu offenbaren, wenn diese dazu führen können, dass die Insolvenz des Zielunternehmens droht und dessen Überlebensfähigkeit deshalb ernsthaft gefährdet ist.²⁵

b) Anteilsverkauf durch einen Mitgesellschafter

Beabsichtigt nur einer von mehreren Gesellschaftern, seine Anteile an dem Zielunternehmen zu veräußern, so erfordert es die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, dass er die berechtigten Interessen seiner Mitgesellschafter wahrt, indem er nicht ungefragt Unterlagen und Informationen gegen-

über potentiellen Erwerb (womöglich Mitberbern) offenlegt, sondern über die Offenlegung im Rahmen der Durchführung einer Due Diligence einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss herbeiführt.²⁶

Parallel dazu können dem Veräußerungswillen des einzelnen Gesellschafters noch Regelungen im Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung im Wege stehen. So werden dort häufig Mitwirkungsrechte der Mitgesellschafter (Zustimmung) und Veräußerungsbeschränkungen (Vinkulierung, § 15 Abs. 4 GmbHG) geregelt sein, die der potentielle Veräußerer zu beachten hat. Auch kann es dem Veräußerungswilligen aufgrund statuarischer Vereinbarungen untersagt sein, seine Anteile, an einen zum Zielunternehmen im Wettbewerb stehenden potentiellen Erwerber zu veräußern.²⁷

3. Aus Sicht der Zielgesellschaft

Geschäftsführern und Vorständen stellt sich im Falle einer Due Diligence stets die Frage nach dem Umfang der sie treffenden Auskunftspflicht. So können Unternehmensinteressen der Zielgesellschaft (z.B. Bewahrung von Betriebsgeheimnissen) der Herausgabe von Informationen im Rahmen des Due Diligence-Prozesses entgegenstehen. Demnach wäre es dem Geschäftsleiter dann untersagt, Unterlagen an den potentiellen Erwerber herauszugeben. Täte er dies doch, so könnte das für ihn persönliche Konsequenzen haben.²⁸

So unterliegt der Vorstand einer AG gemäß § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG einer gesetzlichen Schweigepflicht, deren Verletzung eine Schadensersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG, den Widerruf der Bestellung als Vorstand gemäß § 84 Abs. 3 AktG sowie die Kündigung des Anstellungsvertrages des Vorstandsmitglieds nach sich ziehen kann.²⁹

Die Geschäftsführung einer GmbH trifft abweichend vom AktG zwar keine gesetzlich normierte Schweigepflicht, jedoch hat sie in entsprechender Anwendung der aktienrechtlichen Regelung des § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft gegenüber Dritten Stillschweigen zu bewahren. Diese Verpflichtung lässt sich auch aus der allgemeinen Förderpflicht des Geschäftsführers ableiten.³⁰ Verletzt der Geschäftsführer seine Verschwiegenheitspflichten, kann er sich der Gesellschaft gegenüber gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG schadensersatzpflichtig bzw. gemäß § 85 Abs. 1 GmbHG (Ver-

letzung der Geheimhaltungspflicht) strafbar machen.

Den Geschäftsleitern, die sich in der Situation befinden, die Veräußerung mitzugestalten, sich aber gleichfalls Haftungsansprüchen ausgesetzt sehen, wenn sie den Veräußerungsprozess durch eine Due Diligence begleiten lassen, ist daher zu raten, dass der Informationspreisgabe zunächst eine Einzelfallabwägung voranzugehen hat. Bei der Überlegung, ob es vorzugswürdig erscheint, potentiellen Erwerb (Unternehmensinterna) preiszugeben, hat der Geschäftsleiter insbesondere die Gefahr und die Wahrscheinlichkeit einer unzulässigen Ausnutzung der weiterzugebenden Unterlagen durch den Empfänger zu berücksichtigen. Den (Geheimhaltungs-)Interessen des Zielunternehmens wird in der Regel dann ausreichend entsprochen, wenn Veräußerer und (potentieller) Erwerber bereits in ein fortgeschrittenes Verhandlungsstadium eingetreten sind und die Geheimhaltung der im Datenraum offengelegten Unterlagen im Vorfeld schon mit entsprechenden Geheimhaltungs- und Vertraulichkeitsvereinbarungen (z.B. im Rahmen des LOI) abgesichert wurden. Weiterhin kann der Geschäftsleiter sein Haftungsrisiko dadurch begrenzen, dass er Informationen nur innerhalb eines Vertraulichkeits- und Geheimhaltungsregeln unterliegenden Datenraumes preisgibt, herausgegebene Unterlagen zurückgegeben werden müssen oder zu vernichten sind, eine Vertragsstrafe bei Verstoß gegen die Vertraulichkeitsvereinbarung vereinbart wird und er sich die Entscheidung, Unterlagen preiszugeben, über eine Entscheidung durch die Gesellschafter (Beschluss) hat bestätigen lassen.³¹

Neben der Verschwiegenheitspflicht trifft die Geschäftsleitung bei mehreren Angeboten zum Kauf der Zielgesellschaft durch potentielle Erwerber weiterhin die Pflicht, diese neutral zu behandeln. Das gilt auch für ein Angebot, das von einem bisherigen Mitgesellschafter dem Veräußerer unterbreitet wird.³²

4. Aus Sicht des Beraters

Die im Due Diligence Report durch den M&A-Anwalt dargestellten Chancen und Risiken des Zielunternehmens bilden die Grundlage für die Abwägungsentscheidung des Käufers (Buy-Side-Due Diligence) bzw. des Verkäufers (Sell-Side-Due Diligence), den geplanten Unternehmenskauf bzw.

-verkauf durchzuführen oder davon Abstand zu nehmen.

Sofern der M&A-Anwalt die im Datenraum vorgefundenen Unterlagen und Informationen unzutreffend im Due Diligence Report dargestellt hat bzw. über die rechtlichen, wirtschaftlichen oder technischen Folgen und Risiken der vorgefundenen Unterlagen eine falsche Auskunft gegeben hat, kann sich daraus eine Haftung des Beraters gegenüber seinem Auftraggeber aus Pflichtverletzung nach den §§ 280, 281 Abs. 1 BGB ergeben.³³

Daneben kann der Berater des Verkäufers aus einem Reliance Letter auch Dritten gegenüber haftbar sein. Ein Reliance Letter ist ein Schreiben eines anwaltlichen Beraters des Veräußerers, mit dem Inhalt, dass es der Berater zur Kenntnis nimmt, dass etwa eine Bank ihre Finanzierung des beabsichtigten Unternehmenskaufes aufgrund der vom Berater im Due Diligence Report mitgeteilten Informationen stellt und dass der Berater für jene Sachverhalte die Haftung übernimmt. Aufgrund der unkalkulierbaren Haftung enthalten Reliance Letter meist Haftungshöchstbeträge und Haftungsbeschränkungen (Disclaimer).

Schließlich kann der die Transaktion begleitende Berater des Verkäufers auch Ansprüchen aus unerlaubter Handlung (§ 823 Abs. 2 BGB, § 826 BGB) ausgesetzt sehen, wenn er (selten Anwälte, meist Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater) etwa Bilanzen des Zielunternehmens wissentlich falsch stellt.³⁴

C. Literaturempfehlungen

Beisel/Andreas, Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, 3. Aufl. 2017.

Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2016.

Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Aufl. 2013.

Übertragung einzelner Vermögensgegenstände (Asset Deal) und die Anteilsübertragung (Share Deal). Weiter wird nur die Arbeit des den Unternehmenskauf gesellschaftsrechtlich beratenden M&A-Anwalts dargestellt. Rechtliche Fragestellungen, etwa aus den bei einer Unternehmenstransaktion regelmäßig zu berücksichtigenden Bereichen des Steuer-, Kartell-, Arbeits- und Wettbewerbsrechts oder anderer, im Einzelfall relevanter Rechtsgebiete, enthält dieser Beitrag nicht.

³ Vgl. Stroschein/Makowka, AnwZert HaGesR 21/2018, Anm. 1.

⁴ Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 15. Aufl. 2017, S. 19; Andreas in: Beisel/Andreas, Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, 3. Aufl. 2017, S. 97.

⁵ www.handelsregister.de, zuletzt abgerufen am 12.10.2018.

⁶ www.unternehmensregister.de, zuletzt abgerufen am 12.10.2018.

⁷ www.ebundesanzeiger.de, zuletzt abgerufen am 12.10.2018.

⁸ www.dpma.de, zuletzt abgerufen am 12.10.2018.

⁹ www.bafin.de, zuletzt abgerufen am 12.10.2018.

¹⁰ www.insolvenzbekanntmachungen.de, zuletzt abgerufen am 12.10.2018.

¹¹ Holzapfel/Pöllath, S. 13, 20; Andreas in: Beisel/Andreas, Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, S. 93 ff.

¹² Bsp.: Zielunternehmen hält Haftungsansprüche für wahrscheinlich und hat entsprechend bilanzielle Rückstellungen gebildet.

¹³ Bsp.: Steuer- oder Umweltrisiken des Zielunternehmens.

¹⁴ Beisel in: Beisel/Klumpp, Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2016, S. 38; Andreas, S. 53 f.; Holzapfel/Pöllath, S. 25.

¹⁵ BGH, Urt. v. 21.04.1997 - II ZR 175/95 - NJW 1997, 1926, 1928.

¹⁶ Fleischer in: MünchKomm, GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 43 Rn. 66.

¹⁷ Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 22, 43; Fleischer, § 43 Rn. 66.

¹⁸ Anders wohl in Ausnahmefällen, etwa bei Wahrnehmung einer kurzfristigen Geschäftschance, die durch eine (zeitaufwändige) Due Diligence gefährden werden könnte.

¹ Stroschein/Makowka, AnwZert 21/2018, Anm. 1.

² Der Beitrag beschränkt sich auf die Darstellung des Unternehmenskaufs durch die

- 19 Holzapfel/Pöllath, S. 26; Beisel/Andreas, Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, S. 49.
- 20 Beisel/Andreas, Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, S. 50, 63.
- 21 Oftmals wird in Unternehmenskaufverträgen die gesetzliche Regelung des § 442 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, aber eine entsprechende Regelung im Vertrag privatautonom vereinbart.
- 22 Beisel in: Beisel/Klumpp, Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, S. 37; Picot in: Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Aufl. 2013, S. 71 f.
- 23 BGH, Urt. v. 04.04.2001 - VIII ZR 32/00 - NJW 2001, 2163, 2164, BGH, Versäumnisurt. v. 28.11.2001 - VIII ZR 37/01 - NJW 2002, 1042; Picot, S. 74 f.
- 24 BGH, Versäumnisurt. v. 28.11.2001 - VIII ZR 37/01 - EWIR 2002, 327.
- 25 BGH, Versäumnisurt. v. 06.02.2002 - VIII ZR 185/00 - EWIR 2002, 603; OLG Brandenburg, Urt. v. 24.11.2010 - 7 U 36/09 - GmbHR 2011, 375, 376.
- 26 LG Köln, Urt. v. 26.03.2008 - 90 O 11/08 - GmbHR 2009, 261 262.
- 27 Hueck/Fastrich in: Baumbach / Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 3 Rn. 43; Wilde, NZG 2010, 252, 253.
- 28 Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 73.
- 29 Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 73.
- 30 Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 73f.
- 31 Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 77.
- 32 OLG Celle, Urt. v. 19.07.2006 - 9 U 15/06 - ZIP 2006, 1768, 1768.
- 33 Beisel in: Beisel/Andreas, Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, S. 58 ff.
- 34 Beisel in: Beisel/Andreas, Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence, S. 69