



Silke Jurczyga (Autor)

Organverantwortlichkeit im Gesellschaftsrecht und im Untreuestrafrecht

eine exemplarische Erörterung von Organpflichten bei
einem Unternehmenskauf, dem Abwerben von Mitarbeitern
und change of control-Klauseln in
Vorstandsanstellungsverträgen



Internationale
Göttinger Reihe

RECHTSWISSENSCHAFTEN

Silke Jurczyga

Organverantwortlichkeit im Gesellschaftsrecht und im Untreuestrafrecht

eine exemplarische Erörterung von Organ-
pflichten bei einem Unternehmenskauf,
dem Abwerben von Mitarbeitern
und change of control-Klauseln
in Vorstandsanstellungsverträgen

Band 80



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

<https://cuvillier.de/de/shop/publications/7636>

Copyright:

Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen,

Germany

Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: info@cuvillier.de, Website: <https://cuvillier.de>



KAPITEL 1

PFLICHTEN DES LEITUNGSORGANS DER VERÄUßERNDEN GESELLSCHAFT BEI COMPLIANCE-VERSTÖßEN DER ZIELGESELLSCHAFT



Den ersten Problemkreis bildet die Frage nach einer gesellschaftsrechtlichen (**B.**) bzw. untreuestrafrechtlichen (**C.**) Pflicht des Leitungsorgans der veräußernden Gesellschaft zur Vermeidung eines post-M&A²⁴-Rechtskonflikts infolge der Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft gegenüber dem Erwerber über einen konkreten Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft, den eine standardgemäße Due Diligence²⁵ im Vorfeld des Unternehmenskaufs nicht aufgedeckt hätte (**A.**).

A. Ausgangsfall

Die Darstellung des exemplarischen Ausgangsfalls (**I.**) unterstützt ein Abriss des Ablaufs eines Unternehmenskaufs (**II.**).

I. Exemplarischer Ausgangsfall

Die Ziel AG ist eine in Deutschland ansässige, weltweit tätige Gesellschaft im alleinigen Eigentum der Parent AG. Nach der Durchführung einer standardgemäßen Due Diligence, die keine Compliance-Verstöße offenlegte, veräußert die Parent AG die Ziel AG im Wege des Anteilserwerbs.

Kurz nach dem Vollzug des Unternehmenskaufvertrags wird öffentlich bekannt, dass staatsanwaltschaftliche Ermittlungen gegen die Ziel AG als Gesellschaft, einige Vorstandsmitglieder und Mitarbeiter geführt werden – etwa wegen des Verdachts auf Korruption, Untreue oder Kartellabsprachen. Die Ermittlungen betreffen Ereignisse aus der Zeit, zu der die

²⁴ Die Begriffe Unternehmenskauf, Unternehmenstransaktion, Unternehmensakquisition und Fusionen und Übernahmen (Mergers & Acquisitions, M&A) werden als Sammelbegriffe und meist synonym gebraucht und bezeichnen den Prozess als Ganzes, mit schuldrechtlichen und dinglichen Komponenten.

²⁵ Nicht von Belang sind Fragen im Kontext der Due Diligence, etwa das Recht oder die Pflicht des Erwerbers zur Durchführung, die Pflicht des Veräußerers zur Gestattung sowie Rechte und Pflichten der Zielgesellschaft bzw. ihrer Organe und rechtliche Konsequenzen der Durchführung oder Nichtdurchführung.

Parent AG Eigentümerin der Ziel AG war. Umfangreiche staatsanwaltschaftliche Ermittlungen und unternehmensinterne Untersuchungen fördern systemimmanente Delinquenzstrukturen der Ziel AG, also einen Compliance-Verstoß, zu Tage.

Der Erwerber macht zivilrechtliche Ansprüche gegen die Parent AG geltend, da sie den Compliance-Verstoß der Ziel AG nicht offen gelegt habe; er erklärt die Anfechtung des Unternehmenskaufvertrags und verlangt die Rückabwicklung des Unternehmenskaufs, hilfsweise Wertabschlag bzw. Schadensersatz für direkte und indirekte Folgen des Compliance-Verstoßes, etwa Umsatzeinbußen, Reputationsschäden, Vertragsstrafen wegen Verzögerungen bei Projekten, Ausschluss von Projekten, Wegfall von Geschäftsbeziehungen, defizitäre Mitarbeitermotivation, Kosten der Aufklärung und Aufarbeitung des Compliance-Verstoßes, Kommunikation mit der Staatsanwaltschaft, Umstrukturierung und Neuausrichtung der Ziel AG, Kosten eines etwaigen Gerichtsverfahrens gegen die Ziel AG als Gesellschaft im In- und Ausland, Geldbußen samt Gewinnabschöpfung, Kosten eines etwaigen Rechtsstreits der Ziel AG mit ehemaligen Vorstandsmitgliedern bzw. Mitarbeitern, mögliche Steuernachforderungen, Rückzahlungen eines konzerninternen Liquiditätsausgleichs etc.

II. Ablauf eines Unternehmenskaufs

Die Veräußerung bzw. der Erwerb eines Unternehmens ist ein durchaus standardisierter Prozess. Transaktionsspezifische Gestaltungsvarianten²⁶ beruhen grundsätzlich auf den für die Grundkonstellation – private Übernahme aller Anteile einer Kapitalgesellschaft ohne eigene Beteiligung, Konzernbindung und Börsennotierung, von einem einzigen Verkäufer

²⁶ Besonderheiten ergeben sich etwa durch die rechtliche Gestaltung des Transaktionsprozesses (öffentliche Übernahme, feindliche bzw. unkoordinierte Übernahme, Bieter- oder Auktionsverfahren, Grenzüberschreitungen) und des Kaufvertrags, durch Charakteristika der Zielgesellschaft (Rechtsform, Publikums- oder Familiengesellschaft, Konzern, Konzerngesellschaft, Börsennotierung, Immobiliengesellschaft, Krise bzw. Insolvenz), des Erwerbers (strategischer Investor, Finanzinvestor) oder der Finanzierung.

nach deutschem Recht im Wege des Anteilserwerbs – geltenden Regeln und typischen Elementen (a) – e)).²⁷

Die etablierten Mechanismen dienen dem Ausgleich der Interessen der Parteien. Die Interessen des Erwerbsinteressenten, des Veräußerers und der Zielgesellschaft – sie können divergieren, aber auch zusammenfallen – betreffen insbesondere die Transaktionssicherheit, die Kaufpreishöhe, die Gestaltung des Unternehmenskaufvertrags, die Offenlegung bzw. Geheimhaltung von Informationen über die Zielgesellschaft und deren Handhabung nach der Transaktion. Besonders hinsichtlich der Offenlegung nachteiliger Informationen besteht ein Interessenkonflikt des Veräußerers, da dies zwar den Kaufpreis reduzieren aber auch das Haftungsrisiko senken kann. Der Erwerbsinteressent seinerseits ist auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Information angewiesen.

1. Sondierung und erste Vereinbarungen

Zunächst bestimmen Veräußerer und Interessent das exakte Zielobjekt, den Kreis potentieller Erwerber bzw. Konkurrenten sowie den Rahmen des Kaufpreises und die Verkaufsbedingungen. Ernsthaft Kaufinteressierten legt der Veräußerer ein Informationsmemorandum vor, das die Grundlage einer ersten Analyse der Zielgesellschaft bildet und keine vertraulichen Informationen enthält. Bei konkreteren Vertragsverhandlungen wird zur Wahrung des Geheimhaltungsinteresses des Verkäufers bezüglich der Verkaufsabsicht und sensibler Informationen über die Zielgesellschaft und zum Schutz der Organe vor den Konsequenzen einer rechtswidrigen Informationsweitergabe eine Vertraulichkeitsvereinbarung geschlossen.

²⁷ Zum Ablauf von Unternehmenskäufen s. *Andreas* in B/F BMHB Due Diligence, § 2 Rn 6-14, 21 f.; *Berens/Mertens/Strauch* in B/B/S Due Diligence, S. 21-55; *Grub/Thiem* in H/S VB GesR, § 19; *Hölters/Semler* in Hölters HB Unternehmenskauf, I.C., VII.; *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf, I.; *van Kann* in van Kann PHB Unternehmenskauf, I.D; *Knott/Mielke*, Unternehmenskauf, II.; *Picot* in Picot HB M&A, IX., X.



Zudem kann eine Partei eine Absichtserklärung abgeben, in der sie einseitig ihr Transaktionsinteresse und insbesondere bisherige Verhandlungsergebnisse sowie Vereinbarungen über den weiteren Verhandlungsverlauf dokumentiert. Die andere Partei zeichnet gegebenenfalls gegen. Alternativ können beide Parteien Verhandlungsergebnisse zu einzelnen Eckpunkten gemeinsam schriftlich in einer Punktation festhalten. Regelmäßig begründet keine dieser Vereinbarungen eine Pflicht zum Vertragsschluss (§ 154 Abs. 1 BGB).²⁸ Allerdings entsteht durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen ein vorvertragliches Schuldverhältnis im Sinne von §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB mit der gegenseitigen Pflicht zur Rücksicht auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen.

2. Analyse: Due Diligence und Unternehmensbewertung

Sind beide Verhandlungspartner ernsthaft an einer Transaktion interessiert, so nimmt der Erwerbsinteressent innerhalb eines vereinbarten Zeitraums regelmäßig eine Prüfung der rechtlichen, finanziellen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen des Kaufobjekts und der Chancen und Risiken des Kaufs, die Due Diligence, vor, und zwar anhand von durch den Veräußerer zur Verfügung gestellter Dokumente sowie von Antworten auf gestellte Fragen.²⁹ Die Due Diligence dient der Ermittlung, Offenlegung, Analyse und Dokumentation entscheidungsrelevanter und unternehmensbewertungsrelevanter Informationen (insbesondere so genannte red flags und deal breaker) sowie der Minimierung der Informationsasymmetrie zwischen den Parteien und dem Beleg der Sorgfalt der

²⁸ Für eine hohe Transaktionssicherheit können die Verhandlungspartner einen beiderseits verbindlichen Vorvertrag schließen oder ein einseitiges Optionsrecht vereinbaren. Da dazu der Inhalt des Hauptvertrags feststehen bzw. richterlich bestimmbar sein muss, dieser also auch direkt geschlossen werden könnte, geschieht dies recht selten.

²⁹ Ursprünglich bedeutete der Begriff due diligence gebotene, erforderliche, verkehrübliche Sorgfalt. Mittlerweile ist er als eigener Terminus für die Risikoprüfung der Zielgesellschaft etabliert.

Entscheidungsträger.³⁰ Als Sachgesamtheit und operativer Organismus stellt ein Unternehmen ein Bündel sich ständig ändernder Forderungen und Verbindlichkeiten dar, dessen Bewertung³¹ mit Unsicherheiten verbunden ist. Zwar ist letztlich allein die Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer und damit das marktwirtschaftliche Prinzip von Angebot und Nachfrage kaufpreisbestimmend,³² allerdings ermöglicht die Unternehmensbewertung eine Ermittlung des Werts der Zielgesellschaft anhand nachvollziehbarer Kriterien.

Eine Due Diligence erfolgt mehrmals während des Transaktionsprozesses, wobei die Intensität des Informationsaustauschs mit dem Verhandlungsstadium korrespondiert: In der Sondierungsphase findet die so genannte pre(-negotiation) Due Diligence statt. In der Analysephase wird die (pre-acquisition) Due Diligence durchgeführt. Zwischen Vertragsschluss und Vertragsvollzug prüft der Erwerber die Abrechnungsbilanz (post-signing Due Diligence, confirmatory Due Diligence), gegebenenfalls zwecks Kaufpreisanpassung. Sobald der Erwerber freien Zugang zu allen Informationen hat, kann er eine so genannte post-acquisition Due Diligence durchführen, insbesondere zur Überprüfung der Vertragserfüllung und zur Geltendmachung von Freistellungs- und Garantieansprüchen.

3. Vertragsverhandlungen

Die Schwerpunkte der sich anschließenden Vertragsverhandlungen bilden die Regelungen zu Kaufpreis, Garantien und Haftung. Für jede Partei gibt es Bereiche des Entgegenkommens und Aspekte, auf deren Durchsetzung

³⁰ S. *Beisel/Andreas* in B/F BMHB Due Diligence, § 1 Rn 11-16, 23-34, § 2 Rn 30-41; *Beisel/Klumpp*, Unternehmenskauf, Kap 2 Rn 4; *Berens/Schmitting/Strauch* in B/B/S Due Diligence, S. 69-82; *Grub/Thiem* in H/S VB GesR, § 19 Rn 74, 75.

³¹ Dazu *Klein/Jonas* in B/B/S Due Diligence, S. 155-175; *Widmann* in Hölters HB Unternehmenskauf, II. Zur Vereinheitlichung der Bewertungspraxis hat das Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland „Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen“ (IDW S1) erstellt.

³² So *Hölters* in Hölters HB Unternehmenskauf, I.C. Rn 173.

zwingend bestanden wird. Üblicherweise dokumentieren die Parteien die kaufpreisbestimmenden Faktoren und Annahmen und die Kaufpreisregelung und die Garantien im Unternehmenskaufvertrag reflektieren sie.

Zur adäquaten Risikoallokation schaffen die Parteien regelmäßig ein eigenes, umfassendes Haftungssystem, das, soweit zulässig, die gesetzliche Haftung unabhängig vom Rechtsgrund ausschließt und ersetzt.³³

4. Abschluss des Unternehmenskaufvertrags und Vollzug

Gelingen die Vertragsverhandlungen, wird ein Unternehmenskaufvertrag geschlossen (Verpflichtungsebene). Anschließend folgen die Kaufpreiszahlung und – falls Bedingungen³⁴ zu erfüllen sind später – der Vollzug des Unternehmenskaufvertrags (Verfügungsebene), also die Eigentumsübertragung.

5. Post-M&A-Phase

Schließlich folgt der praktische Vollzug der Transaktion, beispielsweise eine post-acquisition Due Diligence, Kaufpreisanpassungen, Neustruk-

³³ Dazu unten B.I.Exkurs; *Beisel/Klumpp*, Unternehmenskauf, Kap 19 Rn 46-48, Kap 20.4 (mit Muster); *Berens/Schmitting/Strauch/Picot* in B/B/S Due Diligence, S. 94-98, 310-313; *Eigler* in van Kann PHB Unternehmenskauf, III.A., B. mit Anh III.6, 7 (mit Muster); *Grub/Thiem* in H/S VB GesR, § 21 Rn 64-75, 206-233 mit Anh 5 (mit Muster); *Holzappel/Pöllath*, Unternehmenskauf, Rn 641, 643, 676-733; *von Hoyenberg* in S/W MVHB Bd 2, IV.3, IV.4 mit Anm 100, 101, IV.5 (mit Muster); *Hübner*, BB 2010, 1483, 1483; *Knott/Mielke*, Unternehmenskauf, Rn 153, 154, 894-907, Anh 1, 3, 4 (mit Muster); *Louven*, M&A, §§ 7, 8, 11 (mit Muster); *Picot* in Picot HB M&A, X.6.; *von Schorlemer* in L/P/G BFB GmbHR, D.III. mit Anm 26-30, 47-49 (mit Muster); *Schrader/Bastuck* in Seibt BFB M&A, C.II.1. mit Anm 92, 93, C.II.2. mit Anm 90, C.II.3. mit Anm 30, 32, C.III.2 mit Anm 25, 27, D.I. (mit Muster); *Semler* in Hölterers HB Unternehmenskauf, VII. Rn 237-239, 249 mit Anh A.I., II., III. (mit Muster); *Wächter*, M&A Litigation, Rn 354-474; *Wenz* in Meyer-Landrut FB GmbHR, D.1, 2 mit Anm 23-25, 32-40.

³⁴ Dies ergibt sich aus gesetzlichen Vorgaben bzw. dem Unternehmenskaufvertrag, etwa kartellrechtliche Freigaben, öffentlich-rechtliche Genehmigungen, gesellschaftsrechtliche Zustimmungserfordernisse, Modalitäten zur Kaufpreiszahlung und Sicherheitsleistung, Vorlage von Zwischenabschlüssen und Abspaltung von Unternehmensteilen.

turierungen und Eingliederungen in die Organisationsstruktur des Erwerbers. Ist der Erwerber ein Finanzinvestor, so bereitet er eine Weiterveräußerung vor.

B. Gesellschaftsrechtliche Pflichten des Leitungsorgans der veräußernden Gesellschaft bei einem Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft

Die Frage nach einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht des Leitungsorgans der veräußernden Gesellschaft zur Vermeidung eines post-M&A-Rechtskonflikts infolge der Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft gegenüber dem Erwerber über einen konkreten Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft betrifft zwei ineinandergreifende Pflichtverhältnisse: das Pflichtverhältnis zwischen der veräußernden Gesellschaft und dem Erwerber als Außenverhältnis und das Pflichtverhältnis zwischen dem Leitungsorgan und der veräußernden Gesellschaft als Innenverhältnis. Mit Blick auf diese Pflichten ist zu beachten, dass die Beurteilung eines Verhaltens als pflichtgemäß oder pflichtwidrig grundsätzlich aus der ex ante-Perspektive³⁵ erfolgt.

Zunächst ist zu klären, ob und inwiefern der veräußernden Gesellschaft im Außenverhältnis gegenüber dem Erwerber eine vorvertragliche Pflicht zur Aufklärung über konkrete Compliance-Verstöße der Zielgesellschaft obliegt (**I.**). Eine solche vorvertragliche Aufklärungspflicht ist die Pflicht, den potentiellen Vertragspartner unaufgefordert über Umstände zu informieren. Anschließend ist zu untersuchen, ob die Verletzung einer solchen Aufklärungspflicht im Außenverhältnis zugleich eine Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht des Leitungsorgans gegenüber der veräußernden Gesellschaft im Innenverhältnis begründet (**II.**).

³⁵ BGHZ 175, 365, 371 (Rn 20) – UMTS; *Bank* in P/B/S/S-W Haftung Unternehmensorgane, Kap 6 Rn 109, Kap 8 Rn 1; *Bittmann*, NStZ 2011, 361, 363; *Bock*, Compliance, S. 506-511, 782; *Fischer*, StGB, § 266 Rn 68; *Freund*, GmbHR 2011, 238, 242; *Rieder/Holzmann*, AG 2011, 265, 266, 273; *Seier* in A/R HB Wirtschaftsstrafrecht, Teil 5 Kap 2 Rn 202.

I. Außenverhältnis: vorvertragliche Pflicht der veräußernden Gesellschaft zur Aufklärung über einen Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft

Die Frage nach einer solchen Aufklärungspflicht stellt sich während der Vertragsverhandlungen, also vor Vertragsschluss, und ausschließlich in Konstellationen, in denen die veräußernde Gesellschaft zwischen zwei Optionen wählt: eigeninitiative Aufklärung versus Schweigen. Die Rechtsgrundlage einer solchen vorvertraglichen Aufklärungspflicht bildet das vorvertragliche Schuldverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber im Sinne von §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB.

Im Kern ist die Frage nach dieser Aufklärungspflicht eine Frage der Risiko- und Verantwortungszuordnung: Fallen Compliance-Verstöße der Zielgesellschaft in die Risiko- bzw. Verantwortungssphäre des Erwerbers (Erkundigungspflicht) oder in die Risiko- bzw. Verantwortungssphäre des Veräußerers (Aufklärungspflicht)?

Anhand des allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatzes zu Aufklärungspflichten (1.), der Voraussetzungen einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht beim Kauf allgemein (2.) und beim Unternehmenskauf allgemein (3.) lassen sich Schlussfolgerungen (4.) für eine etwaige vorvertragliche Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft über einen konkreten Compliance-Verstoß der Zielgesellschaft aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis (*culpa in contrahendo*) im Sinne der §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB ziehen.

Da der Ausschluss der Haftung für vorvertragliches Verschulden (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 Satz 1 BGB) im Unternehmenskaufvertrag grundsätzlich zulässig und üblich ist,³⁶ werden in einem Exkurs Compliance-Garantien im Unternehmenskaufvertrag vorgestellt.

³⁶ S. unten Exkurs.



Von der vorgestellten Konstellation zu unterscheiden und vorliegend nicht relevant sind Konstellationen, in denen die veräußernde Gesellschaft eigeninitiativ oder auf Nachfrage des Erwerbers, ausdrücklich oder konkludent eine Falschinformation erteilt oder Verdeckungsmaßnahmen ergreift;³⁷ die Frage nach einer Aufklärungspflicht stellt sich nicht.

Ebenso wenig ist die Frage nach einer Aufklärungspflicht der veräußernden Gesellschaft über konkrete Compliance-Verstöße zu verwechseln mit der Frage nach einer deliktischen Organaußenhaftung bzw. Betrugsstrafbarkeit des Leitungsorgans der veräußernden Gesellschaft gegenüber dem Erwerber. Es handelt sich um zwei unterschiedliche Rechtsverhältnisse – das Verhältnis zwischen der veräußernden Gesellschaft, handelnd durch das Leitungsorgan, und dem Erwerber einerseits und andererseits das Verhältnis zwischen dem Leitungsorgan der veräußernden Gesellschaft und dem Erwerber – und um zwei unterschiedliche rechtliche Anknüpfungspunkte – Vorvertragsrecht einerseits und andererseits Deliktsrecht.

1. Grundsatz: keine allgemeine Aufklärungspflicht

Das deutsche Zivilrecht kennt keine allgemeine, vorvertragliche Aufklärungspflicht – es besteht keine generelle Pflicht zur Information der anderen Vertragspartei hinsichtlich aller potentiell entscheidungsrelevanten Umstände.³⁸ Grundsätzlich obliegt es jeder Vertragspartei selbst, ihre

³⁷ Die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Auskunft bzw. Antwort, die dadurch verletzt würde, ist allgemein anerkannt, s. BGH NJW-RR 2012, 1078, 1079 f.; BGHZ 180, 205, 205 (LS); BGH Grundeigentum 2008, 983, 984; BGH NJW 1977, 1055, 1056; *Bachmann/Roth/Emmerich* in S/R MK-BGB, § 241 Rn 132, § 311 Rn 70, 91; *Ellenberger/Grüneberg* in Palandt BGB, § 123 Rn 5a, § 311 Rn 40; *Feuerborn/Krebs* in D-L/H/R NK-BGB, § 123 Rn 32, § 241 Rn 55, § 311 Rn 74; *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 115 f.; *Hübner*, BB 2010, 1483, 1485 f.; *Picot* in *Picot HB M&A*, IX.4.a); *ders.* in *B/B/S Due Diligence*, S. 303; *Singer/von Finckenstein/Olzen* in *Staudinger*, § 123 Rn 10, § 241 Rn 449; *Wächter*, *M&A Litigation*, Rn 491-497.

³⁸ Einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum, s. BGH NZG 2002, 644, 645; BGH NZG 1998, 506, 507; BGH NJW-RR 1996, 429; BGH NJW 1989, 763, 764; BGH NJW 1983, 2493, 2493 f.; BGH NJW 1970, 653, 655; *Armbrüster/Bachmann/Roth/Emmerich* in S/R MK-BGB, § 123 Rn 31, 36, § 241

Interessen wahrzunehmen bzw. zu schützen, die notwendigen Informationen zu beschaffen, sich eine gesicherte Entscheidungsgrundlage zu erschaffen und die Vorteile und Nachteile einer Entscheidung zu ermitteln (caveat emptor).³⁹ Sie trägt dieses Risiko.

Insbesondere muss eine Partei die andere Partei nicht ungefragt über einen Umstand aufklären, von dem sie annehmen kann, dass die andere Partei nachfragt, falls sie Wert auf die Information legt.⁴⁰

Der dargelegte Grundsatz beruht auf dem Grundsatz der Privatautonomie und auf dem darin enthaltenen Prinzip der Selbstverantwortung für rechtsgeschäftliches Handeln.⁴¹ Grundsätzlich hat jeder Teilnehmer des Rechtsverkehrs selbst und eigenverantwortlich für die Wahrung seiner eigenen Interessen zu sorgen (caveat emptor).

Zudem ist jedem Synallagma ein Interessenwiderstreit zwischen den Parteien inhärent. Jede Partei verfolgt, abgesehen von Rücksichtnahmepflichten zugunsten der anderen, grundsätzlich ihre eigenen Interessen.

Rn 142, § 311 Rn 72; *Ellenberger* in Palandt BGB, § 123 Rn 5; *Feuerborn* in D-L/H/R NK-BGB, § 123 Rn 30; *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 128-131, 138; *Hübner*, BB 2010, 1483, 1485; *Picot* in Picot HB M&A, IX.4.b); *Semler* in Hölters HB Unternehmenskauf, VII. Rn 228; *Singer/von Finckenstein/Olzen/Huber* in Staudinger, § 123 Rn 10, 13, 18, § 241 Rn 455, Eckpfeiler D Rn 50.

³⁹ Einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum, s. BGH NJW 1989, 763, 764; BGH NJW 1987, 909, 910; *Armbrüster/Emmerich* in S/R MK-BGB, § 123 Rn 31, 36, § 311 Rn 72; *Ellenberger* in Palandt BGB, § 123 Rn 5; *Feuerborn/Krebs* in D-L/H/R NK-BGB, § 123 Rn 30, § 311 Rn 75; *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 128-131; *Hübner*, BB 2010, 1483, 1485; *Picot* in Picot HB M&A, IX.2., 4.b); *ders.* in B/B/S Due Diligence, S. 298, 300; *Semler* in Hölters HB Unternehmenskauf, VII. Rn 228; *Singer/von Finckenstein/Huber* in Staudinger, § 123 Rn 10, Eckpfeiler D Rn 50; *Wächter*, M&A Litigation, Rn 498, 500.

⁴⁰ BGH NJW 1989, 763, 764; BGH NJW 1987, 909, 910; *Armbrüster/Emmerich* in S/R MK-BGB, § 123 Rn 36, § 311 Rn 91; *Beisel/Klumpp*, Unternehmenskauf, Kap 1 Rn 57; *Picot* in B/B/S Due Diligence, S. 303; *Semler* in Hölters HB Unternehmenskauf, VII. Rn 228; s.a. *Krebs* in D-L/H/R NK-BGB, § 311 Rn 75.

⁴¹ *Feuerborn/Krebs* in D-L/H/R NK-BGB, § 123 Rn 30, § 311 Rn 75; *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 129; *Singer/von Finckenstein/Olzen* in Staudinger, § 123 Rn 10, § 241 Rn 444.



Eine fremdnützige Interessenwahrnehmung wie die Aufklärung des anderen ist dem Synallagma grundsätzlich fremd. Demnach kann einer Partei eine Pflicht zur Aufklärung nicht bloß deshalb obliegen, weil sie Kenntnis von Informationen hat, die der anderen Partei (vermutlich) unbekannt, aber für ihre Entscheidung über den Vertragsschluss vernünftigerweise von wesentlicher Bedeutung sind.⁴²

2. Formel der allgemeinen Voraussetzungen einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht

Die Verhaltenspflichten während der Vertragsverhandlungen, genauer die Rücksichtnahmepflichten und insbesondere die Aufklärungspflichten während Kaufvertragsverhandlungen, sind in den Normen zum vorvertraglichen Schuldverhältnis (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) nicht konkret benannt, sondern anhand der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen.⁴³ Nach der allgemeinen, von der Rechtsprechung entwickelten Formel besteht eine vorvertragliche Aufklärungspflicht nur ausnahmsweise und in engen Grenzen, und zwar ausschließlich über solche dem Veräußerer bekannten Umstände, die für den Entschluss des Erwerbers von wesentlicher Bedeutung sind, etwa weil sie den Vertragszweck vereiteln können, sofern er die Mitteilung nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsauffassung redlicherweise erwarten kann,⁴⁴ wenn also das

⁴² BGH NJW 1983, 2493, 2493 f.; BGH NJW 1970, 653, 655; s.a. *Bachmann/Roth* in S/R MK-BGB, § 241 Rn 142; *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 128; *Krebs* in D-L/H/R NK-BGB, § 311 Rn 75; *Olzen* in Staudinger, § 241 Rn 444.

⁴³ BGH NJW 1991, 1223, 1224; BGH NJW 1987, 909, 910; BGH NJW 1970, 653, 655; *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 115, 138 f.; *Picot* in Picot HB M&A, IX.4.b); *Semler* in Hölterers HB Unternehmenskauf, VII. Rn 228; *Singer/von Finckenstein/Löwisich/Busche* in Staudinger, § 123 Rn 10, § 311 Rn 118, Eckpfeiler F Rn 76.

⁴⁴ Einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum, s. BGH NJW-RR 2012, 1078, 1079; BGH NJW 2010, 858, 858; BGH NJW 2007, 3057, 3059; BGH NZG 2002, 644, 645; BGH NJW 2002, 1042, 1043 mit Verweis auf BGH NJW 2001, 2163, 2163-2165 und BGH NJW 2001, 483, 483; BGH NJW 2001, 64, 64; BGH NJW 2000, 803, 804; BGH NZG 1998, 506, 507; BGHZ 132, 30, 34; BGH NJW-RR 1996, 429; BGHZ 117, 280, 283; BGH NJW 1991, 1223, 1224; BGH NJW 1989, 763, 764; BGH NJW-RR 1988, 394, 394; BGH NJW 1987,

Schweigen gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB verstieße. Es obliegt grundsätzlich dem Erwerber, sich zu informieren und nachzufragen. Das Risiko liegt bei ihm.

Für eine vorvertragliche Aufklärungspflicht des Veräußerers über einen bestimmten Umstand müssen demnach drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen: Kenntnis⁴⁵ des Veräußerers von dem Umstand, Potential des Umstands zur Vereitelung des Vertragszwecks des Erwerbers oder sonstige wesentliche Entscheidungsrelevanz und Erwartbarkeit der Aufklärung nach Treu und Glauben und der Verkehrsauffassung.

3. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur vorvertraglichen Aufklärungspflicht bei Unternehmenskäufen allgemein

Rechtsprechung zu einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht speziell über Compliance-Verstöße bei Unternehmenskäufen und basierend auf der aktuellen Rechtslage ist nicht ersichtlich. Deshalb wird auf die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zurückgegriffen, die allgemein zu vorvertraglichen Aufklärungspflichten bei Unternehmenskäufen und

909, 910; BGH NJW 1983, 2493, 2493 f.; BGH NJW 1980, 2460, 2461; BGH NJW 1979, 2243, 2243; BGH WM 1976, 401, 402; BGH NJW 1970, 653, 655; *Armbrüster/Bachmann/Roth/Emmerich* in S/R MK-BGB, § 123 Rn 32, 36, § 241 Rn 148, § 311 Rn 83, 91; *Beisel/Klumpp*, Unternehmenskauf, Kap I Rn 53, 57; *Eigler* in van Kann PHB Unternehmenskauf, III.A.I.3.; *Ellenberger/Grüneberg* in Palandt BGB, § 123 Rn 5b, § 311 Rn 40; *Feuerborn/Krebs* in D-L/H/R NK-BGB, § 123 Rn 31, 33, § 241 Rn 56, § 311 Rn 75; *Grub/Thiem* in H/S VB GesR, § 91 Rn 96, § 21 Rn 18; *Haas/Müller*, GmbHR 2004, 1169, 1172; *Henssler* in FS Hopt, S. 113, 128-131, 138; *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf, Rn 636; *Hübner*, BB 2010, 1483, 1485, 1489; *Knott/Mielke*, Unternehmenskauf, Rn 74; *Picot* in Picot HB M&A, IX.4.b); *ders.* in B/B/S Due Diligence, S. 298, 301-303; *Semler* in Hölters HB Unternehmenskauf, VII. Rn 228; *Singer/von Finckenstein/Olzen/Huber* in Staudinger, § 123 Rn 10, 13, 18, § 241 Rn 442-445, 455, Eckpfeiler D Rn 49, 50; *Wächter*, M&A Litigation, Rn 506.

⁴⁵ Eine Aufklärungspflicht kann sachlogisch nur bei Kenntnis der Information, bei einer Informationsasymmetrie bestehen; *Bachmann/Roth/Emmerich* in S/R MK-BGB, § 241 Rn 140, § 311 Rn 76; *Semler* in Hölters HB Unternehmenskauf, VII. Rn 231 m.w.N.

bezogen auf Sachverhalte vor der Schuldrechtsreform im Jahr 2002 ergangen sind (a), b), c) .

a) Ablehnung einer Aufklärungspflicht

Der Bundesgerichtshof verneinte im Jahr 1986 bei dem Kauf eines Sportgeschäfts zum Preis von rund 100.000 DM die Pflicht des Veräußerers, vorvertraglich „zu offenbaren, daß seine Ehefrau alsbald ein Konkurrenzgeschäft eröffnen werde.“⁴⁶

Ebenso entschied der Bundesgerichtshof im Jahr 1988 zum Kauf einer Arztpraxis zum Preis von 150.000 DM, dass der Veräußerer nicht verpflichtet war, im Vorhinein darüber zu informieren, dass einige sehr hohe Honorar beträge auf einige wenige Patienten entfielen. Es obliege dem Erwerber, derartigen Risiken vorzubeugen, und zwar durch entsprechendes Nachfragen.⁴⁷

Im Jahr 1991 verneinte der Bundesgerichtshof zum Kauf einer Steuerberaterpraxis in Form einer GmbH zum Preis von wohl 170.000 DM unter Berücksichtigung der Umstände und Abwägung der tangierten Interessen des konkreten Einzelfalls und der Geschäftsgewandtheit des Erwerbers eine vorvertragliche Aufklärungspflicht des Veräußerers über die Unzuverlässigkeit eines Mitarbeiters. Vielmehr habe der Erwerber sich zu informieren, sei es durch Nachfragen, Einsichtnahme in Unterlagen oder Einholen von Auskünften.⁴⁸

b) Anerkennung einer Aufklärungspflicht

Der Bundesgerichtshof entschied im Jahr 1995 bezüglich des Kaufs eines Unternehmens aus dem Sektor der Informationstechnologie zum Preis von 1,3 Mio. DM, dass dem Veräußerer eine vorvertragliche Aufklärungs-

⁴⁶ BGH NJW 1987, 909, 910.

⁴⁷ BGH NJW 1989, 763, 764.

⁴⁸ BGH NJW 1991, 1223, 1224.

pflcht über eine kündigungsbedingte Umsatzreduktion um 40% kurz vor dem Vertragsschluss obliege.⁴⁹

Im Jahr 1998 bejahte der Bundesgerichtshof bei dem Erwerb von einem Drittel der Geschäftsanteile einer Handelsgesellschaft zum Preis von 17.000 DM eine vorvertragliche Aufklärungspflicht über die angespannte finanzielle Lage der Gesellschaft bzw. über drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung und Konkursreife, also die Überlebensfähigkeit der Gesellschaft. Denn der Vertragszweck des Erwerbers, nämlich die Fortführung einer Gesellschaft unter seiner Beteiligung, sei ernsthaft gefährdet.⁵⁰

Gleichermaßen verneinte der Bundesgerichtshof im Jahr 2001 in zwei Urteilen bei dem Kauf von zwei Fünfteln der Geschäftsanteile einer Baustoffhandelsgesellschaft zum Nennwert von rund 21.000 DM zwar das Vorliegen eines Unternehmenskaufs im Sinne des damaligen Kaufrechts, bejahte allerdings eine vorvertragliche Aufklärungspflicht hinsichtlich aller *„Umstände, welche die Überlebensfähigkeit ernsthaft gefährden, insbesondere also drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung“*; denn damit sei der vom Erwerber verfolgte Vertragszweck der Beteiligung an einer lebensfähigen Gesellschaft zumindest ernsthaft gefährdet.⁵¹ Der Bundesgerichtshof spricht von einer gesteigerten Aufklärungspflicht bei Unternehmenskäufen. So sei beim Erwerb eines Unternehmens *„insbesondere zu berücksichtigen, daß der Kaufinteressent – für den Verkäufer erkennbar – sich ein einigermaßen zutreffendes Bild von den wertbildenden Faktoren [...] nur an Hand der [...] Auskünfte des Inhabers oder Geschäftsführers machen kann. Diese Erschwerung der Bewertung des Kaufobjekts durch einen außenstehenden Interessenten, die auch durch dessen möglicherweise vorhandene*

⁴⁹ BGH NJW-RR 1996, 429.

⁵⁰ BGH NZG 1998, 506, 507.

⁵¹ BGH NJW 2001, 2163, 2163, 2164 (LS); s.a. BGH Urteil vom 15.6.2005 – VIII ZR 118/03 Rn 11, 13; BGH NZG 2002, 644, 645; BGH NJW 2002, 1042, 1043.