

GmbH-Musterformulierungen

■ Garantien in Unternehmens- und Anteilskaufverträgen

Neue Formulierungsvorschläge aufgrund geänderter Rechtslage

von Notar Dr. Martin Lohr, Neuss

Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts sieht wesentliche Änderungen der Haftung des Verkäufers für Sach- und Rechtsmängel vor, die auch für die Gestaltung von Geschäftsanteils- und Unternehmenskaufverträgen von Bedeutung sind (Ausführlich zu den Änderungen des neuen Schuldrechts und deren Bedeutung für die Gestaltung von Geschäftsanteils- und Unternehmenskaufverträgen: *Rombach* in Amann/Brambring/Hertel, Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht, 2. Aufl. 2003, S. 556 ff.; *Wertbruch* in Dauner-Lieb/Konzen/K.Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 493; *Beisel/Klumpp*, Der Unternehmenskauf, 4. Aufl. 2003, S. 295 ff.).

Garantiehafung des Verkäufers nach früherem Recht: Auf den Kaufvertrag über Geschäftsanteile als Rechtskauf fanden nach früherem Recht die §§ 437 ff. BGB a.F. Anwendung. Hiernach musste der Veräußerer verschuldens-unabhängig dafür einstehen, dass der Geschäftsanteil frei von Rechten Dritter bestand. Lagen diese Voraussetzungen nicht vor, konnte der Käufer wahlweise vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§§ 434, 437, 440 Abs. 1, 325 ff. BGB a.F.).

Änderungen der Haftung des Verkäufers nach dem neuen Schuldrecht: Sach- und Rechtskauf unterliegen hinsichtlich der Käuferansprüche nunmehr den selben Vorschriften (§ 453 Abs. 1 BGB), Sach- und Rechtsmängel werden gleichgestellt. Der Käufer kann (und muß) bei Mängeln des verkauften Rechts grds. zunächst *Nacherfüllung* verlangen (§ 439 BGB). Ist die Nacherfüllung unmöglich, kommt der Veräußerer der Aufforderung des Käufers nicht nach, schlägt die Nacherfüllung fehl oder ist sie dem Erwerber unzumutbar, kann dieser von dem Vertrag *zurücktreten* oder den Kaufpreis *mindern* (§ 437 Nr. 2 BGB). Handelt der Verkäufer schuldhaft, stehen dem Erwerber zudem Schadensersatzansprüche nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 280, 281 BGB zu. Das Verschulden wird gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet, so dass es dem Verkäufer obliegt, den Entlastungsbeweis zu führen. Eine gesetzliche Garantiehafung des Veräußerers, wie sie für den Rechtskauf nach früherem Recht vorgesehen war, besteht hingegen nicht mehr.

Haftung des Veräußerers aus culpa in contrahendo: Sowohl nach früherem als auch nach dem neuen Schuldrecht haftet der Veräußerer zudem aus culpa in contrahendo (nunmehr gesetzlich geregelt in den §§ 311 Abs. 2, Abs. 3 i. V. m. §§ 241 Abs. 2, 280 BGB), wenn er Umstände verschweigt, die den Bestand des Unternehmens gefährden, wie z. B. eine bestehende oder drohende Zahlungs-unfähigkeit (BGH v. 4. 4. 2001 – VIII ZR 32/00, NJW 2001,

2163; BGH v. 28. 11. 2001 – VIII ZR 37/01, NJW 2002, 1042).

Neues Verjährungsrecht: Während sich die Verjährungsfrist nach früherem Recht sowohl hinsichtlich der Rechtsmängelhaftung als auch bezüglich der Inanspruchnahme aus culpa in contrahendo auf 30 Jahre belief (§ 195 BGB a.F.), verjähren nunmehr Ansprüche wegen Rechtsmängeln des Geschäftsanteils in zwei Jahren (§ 438 Nr. 3 BGB) und Ansprüche aus culpa in contrahendo in drei Jahren, wobei der Beginn der letztgenannten Verjährungsfrist nicht an den dinglichen Übergang des Geschäftsanteils, sondern an die Kenntnis bzw. die grob fahrlässige Unkenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen anknüpft (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB).

Weitergehende Haftung bei einem Unternehmenskauf: Eine Haftung des Veräußerers für *Sachmängel* des Unternehmens kommt bei einem Geschäftsanteilskaufvertrag nur dann in Betracht, wenn der Erwerb der Geschäftsanteile wirtschaftlich einem Kauf des Unternehmens gleich steht (share deal im Gegensatz zum Erwerb der Unternehmens in Form des Sachkaufs – „asset deal“). Ab welcher Beteiligungsquote dies der Fall ist, ist noch nicht abschließend geklärt. Ein Beteiligungserwerb unter 75 % dürfte jedenfalls nicht ausreichen (vgl. aus der Rechtsprechung: BGH v. 4. 4. 2001 – VIII ZR 32/00, NJW 2001, 3163; zu verneinen bei 40%; weitere Nachweise bei *Weitmayer*, NJW 2002, 2511 [2513]). Steht der Anteilserwerb einem Unternehmenskauf gleich, wird ein Sachmangel des gekauften Unternehmens bejaht, wenn der Fehler dem Unternehmen als Ganzes und nicht nur den einzelnen Gegenständen anhaftet. Diese Grundsätze gelten unverändert.

Nach dem neuen Schuldrecht ist das Unternehmen nunmehr frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte (hilfsweise: die vertraglich vorausgesetzte) Beschaffenheit hat (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Beteiligten können daher die Beschaffenheit des Unternehmens im Kaufvertrag festlegen. Der Fehlerbegriff ist erweitert worden, so dass auch unzutreffende Ertrags- und Umsatzangaben von der Mangelhaftung erfaßt werden und nicht – wie nach früherem Recht – Ansprüche aus culpa in contrahendo begründen (str. vgl. *Gierke/Paschen*, GmbHR 2002, 457, 462 f. m. w. N.).

Der Begriff der Zusicherung von Eigenschaften ist weggefallen. Das Gesetz sieht nunmehr eine verschuldens-unabhängige Einstandspflicht des Verkäufers im Fall einer Beschaffenheitsgarantie vor (§ 443 BGB).

Beraterhinweise**I. Regelung zur Haftung des Veräußerers für Mängel des Geschäftsanteils**

Die frühere gesetzliche Garantiehaftung des Verkäufers war sachgerecht: Die Möglichkeiten des Erwerbers, die Angaben des Verkäufers zu überprüfen, sind begrenzt. Auch die Vorlage der Urkunde über den eigenen Anteilswerb des Veräußerers und die Bestätigung der Gesellschaft über die Anmeldung (§ 16 GmbHG) schließen das Risiko einer zwischenzeitlichen Verfügung nicht aus. Ebensowenig kann der Erwerber prüfen, ob eine verdeckte Sacheinlage vorliegt. Daher sind nunmehr entsprechende Garantieerklärungen des Verkäufers aufzunehmen. Der Umfang ist im Einzelfall festzulegen, z. B. können die Punkte c) und e) bei der Veräußerung an einen Mitgesellschafter entfallen.

Im Garantiefall ist der Verkäufer insbesondere zum Schadensersatz verpflichtet, auch wenn ihm kein Verschulden trifft.

Der gesetzliche Haftungsumfang, der in Abs. 2 lediglich wiedergegeben ist, sollte zur Information der Beteiligten aufgenommen werden.

Bezüglich der Aufklärungspflichten des Veräußerers, deren Verletzung zur Haftung aus „culpa in contrahendo“ führt (s.o.), empfiehlt sich die Aufnahme einer Erklärung, dass keine „Existenzgefahr“ bekannt ist.

II. Alternativregelung mit umfassender Garantie, insbesondere bei Unternehmenskaufverträgen

Der Erwerber eines Unternehmens trägt das Risiko, dass sich seine Einschätzung der betriebswirtschaftlichen, steuerlichen oder rechtlichen Verhältnisse des Unternehmens nachträglich als unrichtig erweist. Eine Due-Diligence-Prüfung kann dieses Risiko begrenzen, jedoch nicht ausschließen.

Umfangreiche Garantien des Veräußerers sind daher üblich, die sich insbesondere auf die folgenden Bereiche erstrecken:

- Gesellschaftsrechtliche Verhältnisse,
- Finanzlage der Gesellschaft,
- Kundenlisten,
- Vertragsbestand (insbes. Arbeits-, Miet-, Pacht-, Leasing- und Versicherungsverträge),
- Erfüllung steuerlicher und sozialversicherungsrechtlicher Pflichten,
- Vorliegen der zum Geschäftsbetrieb notwendigen Genehmigungen.

Der Umfang ist im Einzelfall festzulegen, die unter Abs. I genannten Formulierungen sind daher zu ergänzen bzw. anzupassen.

Beraterhinweis: Die Vertragsparteien können zusätz-

Musterklausel**§ X
Haftung des Veräußerers**

(1) Der Veräußerer garantiert, dass

- a) er Inhaber des Geschäftsanteils ist und nicht anderweitig über diesen verfügt hat;
- b) keine Rechte Dritter an dem Geschäftsanteil bestehen;
- c) die Angaben unter Abschn. *** über das Stammkapital richtig sind;
- d) die Bareinlage des Veräußerers unter Beachtung des Verbots einer verdeckten Sacheinlage geleistet wurde und keine Rückzahlung erfolgte;
- e) seit der im Handelsregister eingetragenen Satzungsänderung vom *** keine Änderung der Satzung beschlossen wurde.

Im Garantiefall stehen dem Veräußerer die gesetzlichen Rechte zu, über deren wesentlichen Inhalt der Notar belehrt hat.

(2) Weitere Ansprüche des Erwerbers wegen Sach- und Rechtsmängeln stehen dem Erwerber nicht zu, auch nicht hinsichtlich des Werts und der Ertragskraft des Geschäftsanteils, des Unternehmens oder einzelner Gegenstände des Gesellschaftsvermögens.

(3) Der Veräußerer erklärt zur Erfüllung seiner Aufklärungspflichten, dass ihm Umstände, die die Existenz der Gesellschaft bedrohen, insbesondere eine drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, nicht bekannt sind.

**§ X
Haftung des Veräußerers**

(1) Der Veräußerer steht für die Richtigkeit der nachfolgenden Angaben ein. Diese Einstandspflicht besteht in Form eines selbständigen Garantieversprechens (§§ 311 Abs. 1, 276 Abs. 1 S. 1 BGB), so dass nachfolgende Garantien, auch sofern sie die Beschaffenheit des Unternehmens oder einzelner Unternehmensgegenstände betreffen, keine Garantien i. S. d. § 444 BGB darstellen:

- a) Der Veräußerer ist Inhaber der veräußerten Geschäftsanteile;
- b) die Geschäftsanteile sind nicht mit Rechten Dritter belastet; es bestehen weder Treuhandverträge noch Unterbeteiligungen;
- c) die Bareinlagen des Veräußerers auf die Geschäftsanteile sind in voller Höhe unter Beachtung des Verbots der verdeckten Sacheinlage geleistet worden, eine Rückzahlung ist nicht erfolgt;
- d) mit Ausnahme der Vinkulierung der Geschäftsanteile bestehen keine Verfügungsbeschränkungen; Die Übertragung ist nicht anfechtbar nach den Vorschriften der Insolvenzordnung und des Anfechtungsgesetzes;
- e) seit der letzten, im Handelsregister eingetragenen Satzungsänderung vom *** sind keine weiteren Satzungsänderungen beschlossen worden;
- f) die Gesellschaft ist weder überschuldet noch zah-

lich (oder anstelle der Garantien) Beschaffenheitsangaben aufnehmen mit der Folge, dass dem Verkäufer bei einer Inanspruchnahme auf Schadensersatz insoweit der Nachweis des fehlenden Verschuldens ermöglicht wird (vgl. die Formulierungsbeispiele von Rombach in Amann/Brambring/Hertel, Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis, 2. Aufl. 2003, S. 571 ff.).

Beachten Sie: Bei einer Beschaffenheitsgarantie sind vertragliche Einschränkungen der Erwerberrechte unwirksam (§ 444 BGB). Dies gilt insbesondere für den *Ausschluß des Rücktritts*. Ein solcher Ausschluß entsprach bislang bei Unternehmenskaufverträgen der Vertragspraxis, da der Veräußerer das Unternehmen nach einer Rückabwicklung nicht in der früheren Form fortführen kann. Der Erwerber hat das Unternehmen bereits umgestaltet, ggf. hat sich auch die Marktsituation geändert. Sollte § 444 BGB eine abschließende Regelung darstellen, wäre diese Einschränkung der Haftung des Veräußerers künftig nicht mehr zulässig. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Vertragsfreiheit derart einschränken wollte. Nach richtiger Auffassung können die Vertragspartner eines Unternehmenskaufvertrags nach wie vor selbständige Garantieverträge abschließen, in denen sie die Rechtsfolgen einer Garantieverletzung regeln. Der Ausschluß des Rücktrittsrechts ist daher weiterhin zulässig (Altmeyen/Roth, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 15 Rz. 16; Dauner-Lieb, ZIP 2002, 108, 110 ff. m. w. N., auch zur Gegenauffassung).

Bei einem selbständigen Garantieverprechen können die Beteiligten auch vereinbaren, dass Minderung oder Schadensersatz erst geltend gemacht werden können, wenn der Minderwert oder der Schaden einen bestimmten Betrag überschreitet.

Der Beteiligten können ein Rücktrittsrecht für den Fall zulassen, dass die Abweichungen von den Garantien für den Käufer unzumutbar sind (vgl. Weitnauer, NJW 2002, 2511, 2516: sechs Monate).

Bei positiver Kenntnis des Käufers über einen Mangel kann dieser den Veräußerer nicht in Anspruch nehmen (§ 442 BGB). Sofern eine Prüfung des Unternehmens durch den Erwerber unterbleibt oder unsachgemäß erfolgt, kann dies den Veräußerer jedoch nicht entlasten. Allerdings muß sich der Erwerber das Wissen seiner Berater und Mitarbeiter gemäß § 166 BGB zurechnen lassen (vgl. hierzu Jaques, BB 2002, 417).

Die Verjährungsfristen können nunmehr (innerhalb der Grenzen des § 202 BGB) sowohl verkürzt als auch verlängert werden. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die gesetzlichen Fristen „passen“ oder ob Handlungsbedarf besteht.

Eine solche Auffangklausel empfiehlt Rombach (in Brambring/Amann/Hertel, Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht, 2. Aufl. 2003, S. 572) für den Fall, dass die Rechtsprechung eine Beschränkung der Garantiehaf-

lungsunfähig; es erfolgten keine Zwangsvollstreckungsmaßnahmen hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens, der Geschäftsanteile oder einzelner Gesellschafterrechte der Gesellschafter;

- g) die dem Erwerber überreichten Jahresabschlüsse der Geschäftsjahre *** und *** sind entsprechend den gesetzlichen Vorschriften und unter Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Bilanzierung und Buchführung erstellt worden; der Jahresabschluß des Geschäftsjahres *** gibt die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft zum heutigen Tage zutreffend wieder;
- h) die als Anlage *** beigefügte Liste der Arbeitnehmer ist vollständig; die Angaben über Vergütungshöhe, Lebensalter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, einen etwaigen Sonderkündigungsschutz und das Bestehen und die Höhe der Pensionsanwartschaft sind jeweils zutreffend;
- i) die Miet-, Pacht- und Leasingverträge sind in der als Anlage *** beigefügten Liste umfassend wiedergegeben;
- j) die Kundenliste (Anlage ***) ist vollständig, diese Lieferbeziehungen sind nicht gekündigt worden;
- k) es sind weder Aktiv- noch Passivprozesse der Gesellschaft mit Kunden, Arbeitnehmern oder Dritten rechtshängig, es bestehen keine außergerichtlichen Rechtsstreitigkeiten;
- l) es liegen alle zum Geschäftsbetrieb notwendigen Genehmigungen auflagenfrei vor;
- m) ...

(2) Liegt ein Garantiefall i. S. der Ziff. 1 vor, kann der Erwerber die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes verlangen. Hierbei ist eine angemessene Frist zu setzen. Wird der vertragsgemäße Zustand nicht innerhalb der Frist hergestellt, lehnt der Veräußerer die Herstellung ab oder ist diese unmöglich, kann der Erwerber nach seiner Wahl den Kaufpreis mindern oder Schadensersatz in Geld geltend machen.
Der Rücktritt und die Rückabwicklung als Schadensersatz sind ausgeschlossen.

(3) Der Erwerber kann den Veräußerer in einem Garantiefall auch dann in Anspruch nehmen, wenn dem Erwerber der anspruchsbegründende Tatbestand aufgrund grober Fahrlässigkeit unbekannt war. Prüfungen und Einsichtnahmen des Erwerbers schränken die Haftung des Veräußerers nicht ein, es sei denn, dem Erwerber ist der Mangel bekannt. Der Erwerber hat sich die Kenntnis seiner Mitarbeiter und der durch ihn beauftragten Sachverständigen und Berater (insbes. Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte oder Steuerberater) zurechnen zu lassen.

(4) Ansprüche, die dem Erwerber im Garantiefall zustehen, verjähren zum ***, vorbehaltlich einer längeren gesetzlichen Verjährungsfrist bei Vorsatz und Arglist des Veräußerers. Dies gilt jeweils unabhängig von der Kenntnis des Erwerbers über einen Garantiefall.

(5) Sollte eine Einschränkung der Garantiehaf-

GmbH-Musterformulierungen

tung hinsichtlich der Beschaffenheit des Unternehmens nicht anerkennt.

Ergänzender Hinweis zu § 444 BGB: Die Streitfrage, ob § 444 BGB Haftungsbeschränkungen bei Garantien generell verbietet, sofern sie die Beschaffenheit des Unternehmens betreffen, führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Der Veräußerer eines Unternehmens muß im Garantiefall die Rückabwicklung befürchten, sofern die Rechtsprechung den Ausschluß des Rücktritts nicht anerkennt. Um diese Rechtsunsicherheit zu beseitigen, hat die CDU/CSU-Bundestagsfraktion einen Gesetzesentwurf zur Änderung des § 444 BGB in den Bundestag eingebracht. Der Veräußerer soll hiernach seine Haftung einschränken können, sofern er nicht arglistig handelt und der Inhalt seiner Garantieerklärung der Beschränkung nicht entgegen steht (vgl. *Röttgen*, NJW 2003,

recht erhalten. Dem Erwerber stehen in diesem Fall die gesetzlichen Ansprüche der §§ 437ff. BGB zu. Die Wirksamkeit der anderen Garantien wird hierdurch nicht berührt.

Heft 26, Editorial). Einige Autoren empfehlen, bis zu einer gesetzgeberischen Korrektur oder einer höchstrichterlichen Entscheidung den Begriff der „Garantie“ in Unternehmenskaufverträgen zu ersetzen, beispielsweise durch den Begriff der „selbständigen beschränkten Verpflichtung“ (von *Gierke/Paschen*, GmbHR 2002, 457, 463). Ob der Austausch der Begriffe zum Ziel führt, ist zweifelhaft. Die Verwendung des Begriffs der „Garantie“ kann nicht entscheidend sein (vgl. *Wertenbruch* in Dauner-Lieb/ Konzen /K. Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. 512, Fn. 104, der von einer „flankierenden Maßnahme“ spricht). Wer jegliches Risiko vermeiden will, sollte statt dessen Beschaffenheitsvereinbarungen i. S. d. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB aufnehmen.