



Initiativstellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins vorbereitet durch
den Ausschuss Handelsrecht

Vorschläge der Landesjustizministerkonferenz zur Kodifizierung des Rechts des Unternehmenskaufs

Stellungnahme Nr.: 7/2025

Berlin, im Februar 2025

Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwalt Dr. Marc Löbbe, Frankfurt/Main (Vorsitzender und Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Gabriele Apfelbacher, LL.M., Frankfurt/Main
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Arnold, Stuttgart (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Decher, Frankfurt/Main
- RA Dr. Hans Friedrich Gelhausen, Frankfurt/Main
- Rechtsanwältin Dr. Julia Sophia Habbe, Frankfurt/Main
- Rechtsanwältin Dr. Hilke Herchen, Hamburg (Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Christoph Ihrig, Mannheim
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Kremer, Düsseldorf
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Gerd Krieger, Düsseldorf
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Andreas Pentz, Mannheim
- Rechtsanwältin Dr. Gabriele Roßkopf, LL.M., Stuttgart
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Frank A. Schäfer, LL.M., Düsseldorf
- Rechtsanwältin Dr. Alexandra Schluck-Amend, Stuttgart
- Rechtsanwalt Dr. Bernd Singhof, LL.M., Frankfurt/Main
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Jochen Vetter, München
- Rechtsanwalt Dr. Jost Wiechmann, Hamburg (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Ulrich Wilsing, Düsseldorf
- Rechtsanwalt Arne Wittig, Frankfurt/Main (Berichterstatter)

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwalt Max Gröning, Geschäftsführer, Berlin

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt ca. 60.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

- 1 Die 95. Justizministerkonferenz der Länder hat sich im Juni vergangenen Jahres für eine Kodifizierung des Rechts des Unternehmenskaufs ausgesprochen. Grundlage war der Abschlussbericht („Bericht“) einer Arbeitsgruppe unter Federführung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 27. Februar 2024, die daneben aus Vertretern der Länder Berlin, Hessen und Niedersachsens bestand („Arbeitsgruppe“). Der Vorstoß kommt überraschend, da seitens der Praxis insoweit bislang kein Reformbedarf gesehen wurde und wird. Die Forderung nach einer Kodifizierung des Rechts des Unternehmenskaufs wurde bislang weder seitens der anwaltlichen Beratungspraxis noch von Unternehmensseite erhoben. Im Gegenteil haben sich der ganz überwiegende Teil der Stellungnahmen aus der Praxis ausdrücklich gegen eine Kodifizierung des Rechts des Unternehmenskaufs ausgesprochen und Vorbehalte gegen ein solches Vorhaben formuliert¹. Der DAV teilt diese Bedenken und lehnt eine Kodifizierung des Rechts des Unternehmenskaufs ab.
- 2 Das Recht des Unternehmenskaufs ist ganz wesentlich geprägt durch die kautelarjuristische Gestaltungspraxis. Dies beruht entgegen der Annahme des Berichts weder auf der „rudimentären positivrechtlichen Regelung des Rechtsgebiets“ durch den Gesetzgeber noch auf einem Mangel einschlägiger Urteile von staatlichen Gerichten zum Unternehmenskauf. Hintergrund ist vielmehr die Komplexität der zu regelnden Materie und die Vielgestaltigkeit und dynamische Entwicklung der praktischen Fallkonstellationen beim Unternehmenskauf in Abhängigkeit von den jeweiligen ökonomischen Treibern, die einer „one size fits all“ Lösung entgegenstehen. Daher verwundert es nicht, dass im Recht des Unternehmenskaufs diejenigen

¹ Vgl. nur das Positionspapier des BDI vom 16. Januar 2023 „Kodifizierung des Rechts der Unternehmenskäufe“, DIHK Newsletter Nr. 12 /22, S.2 „Diskussion über die Kodifizierung des Unternehmenskaufs“; Risse NZG 2023, 721.

Rechtsordnungen dominieren, die den Vertragsparteien ein Höchstmaß an Flexibilität und Gestaltungsmöglichkeiten bieten.

- 3 Wenn der Gesetzgeber die deutsche Rechtsordnung auf dem Gebiet des Unternehmenskaufs im internationalen Wettbewerb stärken will, sollte er dies nicht durch eine Kodifizierung des Rechts des Unternehmenskaufs tun, sondern vielmehr die Privatautonomie der Vertragsparteien stärken und bestehende Beschränkungen des geltenden Rechts für die kautelarjuristische Gestaltungsfreiheit abbauen. Dem sachlich zutreffenden Befund des Berichts, wonach sich beim Unternehmenskauf „über Jahrzehnte eine Praxis herausgebildet hat, alle relevanten Rechtsvorschriften des dispositiven Rechts abzubedingen und zum Teil sogar die „Flucht“ in eine ausländische Rechtsordnung anzutreten“, ist daher nicht durch die Schaffung (weiterer) gesetzlicher Vorschriften zu begegnen, sondern durch den Abbau bestehender rechtlicher Beschränkungen für die vertragliche Gestaltungspraxis auf dem Gebiet des Unternehmenskaufs. In diesem Zusammenhang zu nennen sind etwa die Abschaffung jedweder AGB-Kontrolle für Unternehmenskaufverträge, die Reform des § 444 BGB für den Bereich des Unternehmenskaufrechts oder die Abdingbarkeit zwingender vorvertraglicher Haftungsnormen.
- 4 Auch das Anliegen der Arbeitsgruppe, es „gerade den Inhabern kleinerer und mittlerer Unternehmen“ zu „erlauben..., die Komplexität ihrer Vertragswerke“ durch die Schaffung eines neuen gesetzlichen Haftungssystems „zu reduzieren“, das „vom Gesetzgeber kostenlos zur Verfügung gestellt wird“, vermag die Kodifizierung des Rechts des Unternehmenskaufs nicht zu rechtfertigen. Zum einen ist auch der Verkauf kleinerer und mittlerer Unternehmen in der Unternehmenswirklichkeit so vielgestaltig, dass ein einheitlicher Regelungsansatz des Gesetzgebers kaum zu interessengerechten Ergebnissen führen kann. Zum anderen stellen auch aus der Perspektive der Volkswirtschaft „kleine“ oder „mittlere“ Unternehmen aus Sicht ihrer jeweiligen Inhaber regelmäßig einen so bedeutsamen Vermögenswert dar, dass sie gut beraten sind, sich bei dessen Verkauf- oder Kauf anwaltlich begleiten zu lassen.
- 5 Auch der Ansatz der Arbeitsgruppe, bei der Kodifizierung des Rechts des Unternehmenskaufs in erster Linie auf dispositive gesetzliche Regelungen, die von den am Unternehmenskauf beteiligten Parteien vertraglich abbedungen werden können, und nicht auf zwingendes Recht setzen zu wollen, macht das Anliegen kaum weniger

problematisch. Nicht zuletzt wegen der bislang nicht abschließend geklärten Frage der Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf den Unternehmenskauf kann auch eine dispositive gesetzliche Regelung im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 BGB eine erhebliche Bedeutung erlangen, weil für die Frage unangemessener Benachteiligung auf die wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, abgestellt wird. Auch würde sich bei einer tatsächlichen oder vermeintlichen vertraglichen Regelungslücke die Frage stellen, ob diese durch Rückgriff auf die neu geschaffenen dispositiven gesetzlichen Regelungen des Unternehmenskaufvertragsrechts geschlossen werden können und müssen. All dies kann für die Praxis des Unternehmenskaufs zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen, die die Stellung des deutschen Rechts auf dem Gebiet des Unternehmenskaufs im Wettbewerb mit anderen Rechtsordnungen entgegen der Intention der Arbeitsgruppe nicht stärken, sondern sogar schwächen würde.

- 6 Bereits nach geltendem Recht werben Schweizer Anwälte für die Anwendbarkeit Schweizer Rechts damit, dass durch die Wahl Schweizer Rechts die Anwendbarkeit des deutschen AGB-Rechts verhindert und damit die Rechtssicherheit für das zwischen den Vertragsparteien Vereinbarte erhöht werden kann. Solange die Frage der Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf Unternehmenskaufverträge nicht geklärt ist, könnte sich diese Problematik durch eine Kodifizierung des Rechts des Unternehmenskaufs daher weiter verschärfen. Vor diesem Hintergrund plädiert der DAV statt einer Kodifizierung eines Unternehmenskaufvertragsrechts für die Schaffung einer Bereichsausnahme, die ausdrücklich klarstellt, dass das AGB-Recht auf Unternehmenskaufverträge keine Anwendung findet.
- 7 Die nachfolgend dargestellten Kritikpunkte verdeutlichen exemplarisch, dass eine Kodifizierung des Rechts des Unternehmenskaufs mehr Fragen und Probleme aufwerfen als lösen würde. Eine Kodifizierung erscheint insbesondere deshalb problematisch, da auf dem Gebiet des Unternehmenskaufs kein grundlegender Reformbedarf besteht.

Kapitel 1: Definition des Unternehmenskaufs

- 8 Der Bericht erörtert in seinem Kapitel 1 zunächst den Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Neuregelung, die durch die Definition des Unternehmenskaufs bestimmt werden soll. Dabei folgt der Bericht nachvollziehbarerweise der allgemein

gebrauchten Unterscheidung von Asset Deal (Kauf der relevanten Wirtschaftsgüter) und Share Deal (Erwerb der Geschäftsanteile an dem Rechtsträger des Unternehmens).

- 9 In Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH v. 28.11.2001 - VIII ZR 37/01 m.w. Nachw.) soll ein Asset Deal dann als Unternehmenskauf im Sinne der vorgeschlagenen Neuregelung anzusehen sein, wenn nach der Vereinbarung der Parteien das Unternehmen Objekt des Kaufvertrags ist und die Übertragung des Unternehmens an den Erwerber in seiner Gesamtheit als Inbegriff von Sachen, Rechten und sonstigen Vermögenswerten erfolgt. Dies erscheint zwar im Grundsatz sachgerecht, kann jedoch eine Kodifizierung des Rechts des Unternehmenskaufs nicht rechtfertigen.
- 10 Auch wäre eine solche Definition dahingehend zu ergänzen, dass auch die in der Praxis häufig vorkommende Veräußerung von Unternehmensteilen (Betrieben oder Teilbetrieben), die als eigenständiges Unternehmen weitergeführt werden sollen („Carve-out“), erfasst wird. Sinnvoller als auf Grundlage einer abstrakten Definition eine Transaktion einer neu zu schaffenden gesetzlichen Regelung über den Unternehmenskauf zu unterwerfen, erscheint es, die Vertragsparteien die passenden Rechtsfolgen für die jeweilige Transaktion selbst wählen zu lassen. In jedem Fall sollte, um Unklarheiten zu vermeiden und der Privatautonomie Geltung zu verschaffen, den Parteien ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt werden, eine Transaktion entweder als Unternehmenskauf zu bestimmen – oder vorzusehen, dass trotz der Veräußerung einer Vielzahl von Vermögensgegenständen kein (Teil-) Unternehmensverkauf vorliegt.
- 11 Hinsichtlich des Asset Deals setzt sich der Bericht ausführlich mit der seit langem in Literatur und Rechtsprechung diskutierten Frage auseinander, wann der Erwerb von Anteilen am Unternehmensträger als Unternehmenskauf gelten soll. Vorgeschlagen wird auch hier, darauf abzustellen, ob nach der Vereinbarung der Parteien das Unternehmen Objekt des Kaufvertrags ist und an den Erwerber übergeben werden soll. Dabei tendiert der Bericht dazu, beim Erwerb (nahezu) aller Anteile, einer satzungsändernden oder auch schon einer beherrschenden Anteilsmehrheit von einem Unternehmenskauf auszugehen.

- 12 Eine solche Abgrenzung erscheint zwar im Ansatz nachvollziehbar, würde allerdings die bestehenden Unsicherheiten nicht entfallen lassen. Deshalb sollte auch hier den Parteien freigestellt sein, vertraglich festzulegen, ob der Verkauf von Gesellschaftsanteilen den Regeln des Unternehmenskaufs unterliegen soll oder nicht. Umgekehrt ist zu überlegen, ob nicht in bestimmten Konstellationen, die gerade bei kleineren, inhabergeführten Unternehmen relevant sind, auch der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung einen Unternehmenskauf darstellt, nämlich dann, wenn damit ein „Einstieg“ in das Unternehmen verbunden ist, etwa zur Vorbereitung einer Nachfolgeregelung, als Management Buy In oder Management Buy Out oder in ähnlichen Konstellationen. Denn auch in solchen Fällen zielt der Erwerb im Kern nicht auf den Eintritt in einer Gesellschafter-, sondern in eine (Mit-) Unternehmerstellung und wertbildend für beide Parteien ist der zugemessene Wert des Unternehmens. Schließlich müssten, wenn sich der Gesetzgeber zur Kodifizierung eines Unternehmenskaufrechts entschließen würde, öffentliche Erwerbsangebote grundsätzlich von der Einordnung als Unternehmenskauf ausgenommen werden. Denn hier mag zwar der Erwerber in der Sache auf den Erwerb des Unternehmens zielen; jeder einzelne Verkäufer hält aber eine reine Finanzbeteiligung und will nur diese, nicht das Unternehmen als solches verkaufen, und kann auch keinerlei Gewährleistung für die Beschaffenheit des Unternehmens übernehmen. Die vorgenannten Beispiele verdeutlichen, wie schwierig es in der Praxis ist, an eine abstrakte Definition des Unternehmenskaufs, selbst wenn sie für die Mehrzahl der Fälle zutreffend erscheint, konkrete Rechtsfolgen zu knüpfen. Dies gilt selbst dann, wenn die einschlägigen Regelungen über den Unternehmenskauf dispositiv ausgestaltet sind.

Kapitel 3: Pflichten vor Abschluss des Unternehmenskaufvertrags

- 13 Aus dem umfänglichen Katalog denkbarer Pflichten und Pflichtverletzungen spricht der Bericht Geheimhaltungspflichten, wohl in erster Linie des potenziellen Erwerbers, den Abbruch von Vertragsverhandlungen und vorvertragliche Aufklärungspflichten, wohl in erster Linie des potentiellen Verkäufers, an. Der Bericht erkennt dann an, dass einerseits angesichts der Vielzahl der möglichen Sachverhalte und andererseits angesichts der schon bestehenden gesetzlichen (auch richterrechtlichen) und üblicherweise vertraglich getroffenen Regelungen, z.B. NDA oder Exklusivitätsvereinbarungen, keine Notwendigkeit besteht, weitergehende Regelungen zu treffen. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

- 14 Umso mehr überrascht dann, dass der Bericht vorschlägt, den Umfang der Aufklärungs- und Informationspflichten des Verkäufers durch kodifizierte Regeln zu konkretisieren. Auch in diesem Bereich erscheint einerseits eine Regelung überflüssig, da vertragliche Regelungen und die Rechtsprechung seit langem für hohe Rechtssicherheit in diesem Bereich gesorgt haben. Soweit dennoch im Nachgang zu Unternehmensveräußerungen zu solchen Fragen gestritten wird, geht es in diesen Auseinandersetzungen im Kern regelmäßig um Tatsachenfragen, nicht um unterschiedliche Rechtsauffassungen. Eine Normierung würde daher nicht zu höherer Rechtssicherheit führen.
- 15 Andererseits ist zu befürchten, dass keine wie auch immer geartete Regelung der hohen Komplexität und der Unterschiedlichkeit der Konstellationen (z.B. Erwerb aufgrund oder ausnahmsweise ohne vorhergehende Due Diligence; Datenraum oder – bei kleineren Unternehmen – kein Datenraum, Verkaufsprospekt oder keiner, Management Buy Out vs. Management Buy In, etc.) auch nur für eine Mehrheit der Unternehmenskäufe sachgerecht in einem Gesetzeswerk geregelt werden kann. Es sollte daher wie bisher den Parteien überlassen bleiben, Umfang und Art der Aufklärungs- und Informationspflichten individuell zu regeln, zumal dies, wie auch vom Bericht erkannt, in unmittelbarem – wirtschaftlichen – Zusammenhang mit den Vereinbarungen zu den Gewährleistungen steht, wo üblicherweise unzureichende Informationen durch entsprechende Garantien des Verkäufers ausgeglichen wird. Im Übrigen geht der Umfang und die Verlässlichkeit der Information auch in die Festlegung des Kaufpreises bis hin zu den Zahlungsmodalitäten ein, wenn z.B. für nicht überschaubare Risiken Einbehalte erfolgen oder sogar die gesamte Höhe des Kaufvertrages mit Earn Out Klauseln von der Richtigkeit gemeinsamer Annahmen zur Ertragskraft des Unternehmens abhängig gemacht wird.

Kapitel 4: Kaufpreisbestimmung

- 16 In der Einführung des Berichts wird festgestellt, dass beim Unternehmenskauf hauptsächlich zwei Methoden zur Kaufpreisbestimmung angewandt würden: Der Locked-Box- und der Closing-Accounts-Mechanismus. Diese beiden Möglichkeiten werden in dem Bericht anschließend gegenübergestellt und beschrieben. Tatsächlich begegnen in der Praxis des Unternehmenskaufs neben diesen beiden Möglichkeiten jedoch eine Vielzahl weiterer Gestaltungsoptionen für die Kaufpreisbestimmung, die teilweise auch Elemente beider Mechanismen kombinieren. Daneben gibt es weitere Besonderheiten, z.B. bei earn-out-Klauseln, die teilweise noch Jahre nach dem

Abschluss (*Signing*) und dem Vollzug (*Closing*) des Unternehmenskaufvertrages eingreifen.

- 17 Bei der Vereinbarung eines festen Kaufpreises (im Rahmen eines Locked-Box-Konzepts) wird das Unternehmen zu einem vorher bestimmten Stichtag, in der Regel zum Ende des Geschäftsjahres oder auf der Basis eines Zwischenabschlusses, bewertet und veräußert. Probleme können sich ergeben, wenn bestimmte in diesem Zusammenhang vereinbarte wirtschaftliche Zielgrößen (z.B. Eigenkapital, Verschuldungsquote, Umsätze u.a.m.) nicht erreicht werden. In der Folge kann es zu einer Veränderung (Herabsetzung oder Erhöhung) des Kaufpreises kommen oder es entstehen aufgrund von Verfehlungen bestimmter Schlüsselgrößen Sekundäransprüche (Freistellung von Risiken, Auffüllung des Eigenkapital u.a.m.). Im letzteren Fall macht es wirtschaftlich keinen Unterschied, ob der Verkäufer einen geringeren Kaufpreis erhält oder einen Teil des Kaufpreises in die Gesellschaft einlegt. Bei der Vereinbarung eines variablen Kaufpreises (im Rahmen eines Closing-Accounts-Konzepts) wird der Kaufpreis demgegenüber errechnet aufgrund von vorher vereinbarten Schlüsselgrößen (oft das vorhandene Eigenkapital oder ein bestimmtes Ergebnis wie z.B. Jahresüberschuss, EBIT oder EBITDA) zum Zeitpunkt des *Closing*.
- 18 In beiden Fällen kommt es in der Regel auf bestimmte wirtschaftliche Zielgrößen an, die entweder den vereinbarten Kaufpreis verändern können oder den Kaufpreis bestimmen. Diese Größen werden individuell zwischen den Parteien ausgehandelt. Die Rechtsprechung bietet aufgrund der individuellen Regelungen in den Unternehmenskaufverträgen keine Anhaltspunkte für die Beilegung von daraus resultierenden Streitfragen. Noch viel weniger können sie durch den Gesetzgeber abstrakt vorgegeben werden. Problematisch sind in der Praxis insbesondere solche (Kaufpreis-)Klauseln, die auslegungsbedürftig sind. Nicht selten geht es dabei auch um komplexe Bilanzierungsfragen und die Ausübung von Wahlrechten (insbesondere bei Fragen der Bilanzkontinuität). Auch Klauseln zu Steuern sind sehr individuell (Steuersatz, Verzinsung, gegenläufige Effekte, Anrechnung etc.) und daher einer gesetzlichen Regelung zur Kaufpreisanpassung entzogen.
- 19 Der Bericht kommt zu dem Ergebnis, dass eine gesetzliche Regelung in Bezug auf die Kaufpreisbestimmung bei Unternehmenskäufen und die hierbei genutzten Mechanismen nicht sinnvoll ist. Vor dem Hintergrund der vielfältigen Regelungen zur

Kaufpreisgestaltung bei Unternehmenskäufen mit sehr unterschiedlichen Inhalten ist dieser Empfehlung nachdrücklich zuzustimmen.

Kapitel 5: Fälligkeit und Verzinsung des Kaufpreises

- 20 Die Fälligkeit des Kaufpreises wird in der Regel im Unternehmenskaufvertrag festgelegt. Üblicherweise ist der (ggf. vorläufige) Kaufpreis beim *Closing* fällig. Dabei wird durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen sichergestellt, dass die Übertragung des Unternehmens (Anteile oder Sachgesamtheiten) nur gegen Zahlung des Kaufpreises erfolgt. Das kann z.B. durch eine aufschiebende Bedingung der dinglichen Anteilübertragung, die Vereinbarung eines Zug-um-Zug-Mechanismus oder Einrichtung eines Treuhand-Kontos erfolgen.
- 21 Ab Fälligkeit gelten grundsätzlich die allgemeinen Regelungen zur Verzinsung (Fälligkeits- und Verzugszinsen sowie Prozesszinsen). Diese Regelungen sind jedoch dispositiv. In der Regel werden in Unternehmenskaufverträgen hierfür ausdrückliche Regelungen getroffen. Unklar kann die Verzinsung des Kaufpreisanpassungsbetrages bei der Verwendung von Kaufpreisanpassungsklauseln im Zusammenhang mit einem sog. *Closing-Account*-Konzept sein. Der Bundesgerichtshof geht bei Schiedsgutachtenklauseln (im weiteren und im engeren Sinne) davon aus, dass die Fälligkeit des Kaufpreises (oder ggfs. Teilen davon) erst nach der Entscheidung des Schiedsgutachters über die Höhe des geschuldeten Kaufpreises eintritt. Die Empfehlung des Berichts schlägt vor dem Hintergrund der erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung für die Bestimmung der Fälligkeit des Kaufpreises und der Verzinsung eine (dispositive) gesetzliche Regelung vor, nach der die Fälligkeit einer Leistung erst mit der verbindlichen Feststellung durch den Gutachter eintritt. Wenn man eine derartige dispositive gesetzliche Regelung treffen will, sollte eine solche aufgrund der weit über die Vorschriften zum Unternehmenskauf hinausgehende Bedeutung jedoch nicht in ein Regelwerk für den Unternehmenskauf integriert werden. Vielmehr wäre sie als allgemeine Regelung in das allgemeine Schuldrecht bei den Bestimmungen über die Fälligkeit oder in das Verfahrensrecht aufzunehmen.
- 22 Unabhängig davon bestehen jedoch Bedenken, eine derartige Regelung für den Unternehmenskauf als gesetzlichen Standard vorzusehen. Eine solche Regelung kann insbesondere dann unbillig sein, wenn der Käufer wie im Regelfall ab dem *Closing* infolge eines Übergangs des Gewinnbezugsrechts schon die Erträge aus dem

Unternehmen erhält. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Verfahren bis zur verbindlichen Feststellung oder sogar bis zu einer gerichtlichen Klärung erhebliche Zeit in Anspruch nimmt. Der Verkäufer verlöre in einem solchen Fall schon das Gewinnbezugsrecht und würde jedoch zusätzlich keine Verzinsung für den noch ausstehenden (Teil-)Kaufpreis erhalten. Eine mögliche interessengerechte Lösung kann hier beispielsweise in einer an die Kostenentscheidung im Zivilprozess bei teilweisem Obsiegen und teilweisem Unterliegen (§ 92 ZPO) angelehnten Regelung liegen.

- 23 Auch dieses Beispiel verdeutlicht, wie schwierig es ist, bei Unternehmenskäufen angesichts ihrer spezifischen Besonderheiten und individuellen Ausgestaltung eine abstrakt generelle Regelung zu treffen, die den unterschiedlichen Interessen der Parteien im konkreten Einzelfall gerecht wird. Dies gilt selbst dann, wenn sie vom Gesetzgeber dispositiv ausgestaltet wird.

Kapitel 6: Pflichten zwischen Vertragsschluss und Vollzug

- 24 Aufgrund des zeitlichen Auseinanderfallens zwischen dem schuldrechtlichen Unternehmenskaufvertrag (*Signing*) und dem dinglichen Vollzug (*Closing*) bedarf es beim Unternehmenskauf oftmals besonderer Regelungen für die Schwebezeit zwischen *Signing* und *Closing*. Diese Schwebezeit kann aufgrund der besonderen Komplexität von Unternehmenskäufen und den daran beteiligten Dritten (Behörden, Mitgesellschafter, Lieferanten, Kunden etc.) erhebliche Zeit in Anspruch nehmen. Dabei ist insbesondere an behördliche Genehmigungen (z.B. im Rahmen der Fusionskontrolle oder der AWG-Freigabe) zu denken, deren Einholung lange dauern kann und nicht allein der Verfügungsgewalt der Parteien des Unternehmenskaufvertrages unterliegt.
- 25 Insoweit identifiziert der Bericht zwar grundsätzlich ein umfassendes Regelungsbedürfnis. Er kommt jedoch selbst zu dem Ergebnis, dass sich aufgrund der Komplexität eine umfassende, ins Detail gehende gesetzliche Regelung nicht empfiehlt. Dem ist zuzustimmen.
- 26 Für den Sonderfall, in dem eine Partei den Eintritt einer zu ihrer Zahlungs- bzw. Leistungspflicht führenden Bedingung vereitelt, kann auf die Regelung zur Vereitelung des Bedingungseintritts (§ 162 BGB) zurückgegriffen werden. Wegen der damit verbundenen Beweislast erwägt die Arbeitsgruppe eine gesetzliche Regelung, die über die Bestimmung des § 162 BGB hinausgeht und die Pflichtenlage der Parteien zum

Bedingungseintritt präzisiert. In der Praxis werden dafür in den Unternehmenskaufvertrag oftmals Regelungen aufgenommen, die auf die jeweilige Interessenlage der Parteien abstellen. Aufgrund der Vielzahl der dabei möglichen Konstellationen erscheint eine abstrakt generelle gesetzliche Regelung, die für den konkreten Einzelfall regelmäßig nicht passgenau sein wird, überflüssig. Dies würde auch dann gelten, wenn sie dispositiv ausgestaltet wäre.

- 27 Auch die weitergehende Überlegung des Berichts, dass nach Unterzeichnung, aber vor Vollzug Ereignisse eintreten können, die eine wesentlich nachteilige Auswirkung auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens haben, zu einem eng umgrenzten Rücktrittsrecht des Käufers führen sollen, wird der Interessenlage der Parteien nicht immer gerecht. In einer solchen Konstellation wäre der Verkäufer gebunden und in seinen Entscheidungen beschränkt, während der Käufer entscheiden könnte, ob der das Rücktrittsrecht ausübt. Daran wird verdeutlicht, dass auch insoweit eine interessengerechte Lösung den Vertragsparteien vorbehalten bleiben und nicht durch eine (dispositive) gesetzliche Regelung vorgezeichnet werden sollte. Dies gilt umso mehr als gerade im internationalen Kontext abweichende Marktstandards im Hinblick auf die Üblichkeit von sog. Material Adverse Change (MAC) Klauseln existierten.

Kapitel 7: Mängelrechte

Mangelbegriff

- 28 Bisher ist ungeklärt, wie der Beschaffenheitsbegriff – Ausgangspunkt der Mangeldefinition – im Bereich des Unternehmenskaufs auszulegen ist. Dieser Ausgangspunkt der Arbeitsgruppe ist richtig. Die Besonderheit ist, dass beim Unternehmenskauf zwischen Mängeln des einzelnen Gegenstandes und Mängeln des Unternehmens im Ganzen zu differenzieren ist. Nach einer engen Ansicht sollen nur solche Eigenschaften relevant sein, die dem Kaufgegenstand selbst auf Dauer anhaften. Nach einem überwiegend vertretenen Verständnis werden auch Umstände einbezogen, die das Unternehmen nur mittelbar betreffen.
- 29 Auf der Rechtsfolgenrechte wird teilweise vertreten, das Gewährleistungsrecht im Unternehmenskauf vollständig auszuschließen und dadurch entstehende Lücken über Garantien und die Grundsätze vom Verschulden bei Vertragsverhandlungen zu

schließen. Nach anderer Ansicht greifen die Mängelrechte ein, wenn die Mängel die vertraglich vorausgesetzte Verwendung nach den Gesamtumständen beeinträchtigen.

- 30 Der Vorschlag der Arbeitsgruppe zielt darauf ab, den weiten Beschaffenheitsbegriff zu normieren und dafür regelmäßig wertbildende Faktoren als "Standardbeschaffenheit" zu kodifizieren. Das erscheint schon deshalb nicht praxisgerecht, weil eine solche Regelung der Vielfalt der in der Praxis begegnenden Konstellationen keine Rechnung trägt: die Umsatz- und Ertragszahlen oder Angaben in Jahresabschlüssen, die beispielhaft von der Arbeitsgruppe genannt werden, haben eine sehr unterschiedliche Relevanz für den Unternehmenskauf je nachdem, ob es sich um den Kauf eines Start-Up-Unternehmens im Technologie-Bereich, eines Gastronomiebetriebes in der Krise oder eines etablierten, stabilen produzierenden Unternehmen handelt. Während es im ersten Fall mehr oder weniger ausschließlich auf die Inhaberschaft und die Marktreife der in der Entwicklung befindlichen Technologie ankommt, spielen im anderen Fall der Bestand des Mietvertrages, die Beschäftigungsverhältnisse der Mitarbeiter und die Chance des Erwerbers auf Erhalt einer Gaststättenerlaubnis eine Rolle. Im dritten Fall ist ein komplexes Geflecht aus Cash Flow, Investitionsbedarf, ggf. Zulassung der Produkte durch etwaige Kontrollbehörden, Versorgung mit Rohstoffen etc. maßgeblich. Die Idee, gesetzlich bestimmte, regelmäßig relevante wertbildende Faktoren zu definieren, erscheint vor diesem Hintergrund praxisfern. Die Bezugnahme auf Umsatz- und Ertragsangaben als Beschaffenheitsvereinbarung ist zudem schon deshalb problematisch, da diese entweder vergangenheitsbezogen (und daher nicht unbedingt von Aussagekraft für die Zukunft) sind oder es sich um Prognosen handelt, bei denen vom Verkäufer nicht erwartet werden kann, dass er für sie einsteht.
- 31 Das Grundproblem der Abgrenzung, wann ein Mangel an einzelnen Gegenständen zu einem Mangel des Unternehmens führt, ist mit der Definition der relevanten Beschaffenheit auch noch nicht gelöst. Die von der Arbeitsgruppe dazu empfohlene Kodifizierung, die auf die Erheblichkeit des einzelnen Gegenstandes für die Fortführung des Unternehmens abstellt, ist zwar nicht falsch, hilft den Gerichten aber nicht weiter als die bisher in der Praxis gelebten Grundsätze und rechtfertigen den Aufwand für eine Kodifizierung nicht. Die Bedeutung einzelner Gegenstände und ihre Relevanz für den Vertrag können nur die Parteien selbst definieren, zumal es stark darauf ankommt, was der Käufer selbst "mitbringt". Kommt es nicht zu einer vertraglichen Regelung der Parteien darüber, müssen die Gerichte aufgrund einer Gesamtschau der Situation

entscheiden. Eine (notwendigerweise lückenhafte) gesetzliche Regelung kann dabei falsche Akzente setzen, wie die oben genannten Beispiele zeigen.

- 32 Zudem bleibt die Frage der Bewertung des so definierten Unternehmensmangels ungelöst: Während es sicher richtig ist, dass der Käufer beim Unternehmenskauf in der Regel darauf vertrauen wird, dass die Angaben im letzten Jahresabschluss im Wesentlichen richtig sind, beeinträchtigt es nicht notwendigerweise die Fortführung des Unternehmens, wenn diese Erwartung unzutreffend ist. Auch der Einfluss auf die Wertbildung kann sehr unterschiedlich sein, abhängig davon, ob es Angaben sind, die sich längerfristig auf den Ertrag auswirken (weil etwa die Gewerbesteuerbelastung falsch ausgewiesen wurde) oder ob es darum geht, dass eine Verbindlichkeit zu niedrig ausgewiesen wurde: Im ersten Fall schlägt der Fehler dauerhaft auf das Ergebnis und den Cash Flow und damit mit einem "Multiple" auf die Bewertung des Unternehmens durch. Im anderen Fall wäre wohl allenfalls die Differenz zur tatsächlichen Höhe der Verbindlichkeit relevant. Daher kann die beabsichtigte Kodifizierung im Einzelnen vertraglich ausgehandelte Regelungen nicht sinnvoll ersetzen.

Rechtsfolgen eines Mangels und Rechte des Käufers

- 33 Da die Käuferrechte, die gemäß §§ 437 ff. BGB dem Käufer bei einem Sachmangel zustehen, auf den Unternehmenskauf nur sehr eingeschränkt passen, schlägt die Arbeitsgruppe vor, gesetzlich festzulegen, dass das Rücktrittsrecht nach Vollzug (bis auf wenige Ausnahmen) sowie der "große Schadenersatz" in der Regel ausgeschlossen sein sollen.
- 34 Das entspricht im Grundsatz der vertraglichen Praxis. Eine gesetzliche Regelung würde zwar nicht schaden, erscheint allerdings auch nicht notwendig. In der Regel stehen Minderung bzw. "kleiner Schadenersatz" ohnehin im Fokus der Parteien und – wenn im Ausnahmefall möglich – ist auch die Nacherfüllung ein durchaus adäquates Mittel. Warum sie ausdrücklich ausgeschlossen werden sollte, wie von der Arbeitsgruppe vorgeschlagen, erschließt sich nicht ohne Weiteres. Wenn z.B. die Genehmigung einer vorher fehlerhaften Anteilsübertragung nachgeholt oder ein auf den Anteilen lastendes Pfandrecht abgelöst werden kann, um den Mangel zu heilen, kann das im Einzelfall durchaus eine sachgerechte Lösung darstellen.

- 35 Umgekehrt ist der Vorschlag der Arbeitsgruppe, einen Rücktritt vor Vollzug des Unternehmenskaufvertrages oder, wenn das Unternehmen "ohne wesentliche Veränderungen durch den Käufer an den Verkäufer zurückgegeben werden kann", auch nach Vollzug zu ermöglichen, außerordentlich kritisch zu bewerten. Zum einen wird der Verkäufer im Vertrauen auf die Durchführung des Vertrages anderen Interessenten abgesagt haben. Eine "Wiederauflage" des Unternehmensverkaufs am Markt wird nur unter erheblichem Aufwand und in der Regel unter hohen Wertverlusten möglich sein. Auch ohne Eingriffe des Käufers ist außerdem denkbar, dass etwa wichtige Vertragspartner ihre Zusammenarbeit eingestellt haben, weil sie mit dem neuen Inhaber nicht kooperieren möchten, wichtige Mitarbeiter das Unternehmen verlassen haben, Genehmigungen übertragen wurden, die nicht ohne Weiteres zurückfallen, um nur einige Beispiele zu nennen, die eine Abgrenzung schwierig machen – von etwaigen steuerlichen Folgen ganz zu schweigen.

Ausschluss der Mängelrechte bei Kenntnis des Käufers

- 36 Die im Rahmen des § 442 BGB für den Ausschluss der Mängelrechte bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis von der Arbeitsgruppe vorgeschlagene Klarstellung, dass diese bei angemessener Offenlegung der relevanten Tatsachen angenommen wird, erscheint angesichts dessen, dass sie sowohl der vertraglichen Praxis als auch der Rechtsprechung entspricht, zwar ebenfalls nicht schädlich, aber unnötig. Auch sie kann eine besondere Kodifizierung des Unternehmenskaufs nicht rechtfertigen.

Kapitel 8: Wissenszurechnung

- 37 Die Frage der Wissenszurechnung ist im Recht des Unternehmenskaufs essenziell: Zum einen spielt sie eine Rolle im Rahmen des § 442 BGB (vgl. dazu bereits Rn. 36) für den Ausschluss der Mängelrechte des Käufers bei Mängeln. Zum anderen ist sie aber auch für die Frage der Haftung des Verkäufers bedeutsam. Hat der Verkäufer wissentlich falsche Zusicherungen gemacht oder wesentliche Umstände nicht offengelegt, greifen wegen Arglist gemäß § 444 BGB vereinbarte Haftungsbegrenzungen nicht ein. Das ist angesichts der erheblichen Summen und potenziellen Risiken beim Unternehmenskauf ein scharfes Schwert. Die Frage, welche Anforderungen an die Kenntnis und Erkundigungspflichten des Verkäufers gelten, ist daher von ganz erheblicher Bedeutung.

- 38 Der Vorschlag der Arbeitsgruppe, der darauf zielt, die vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze zur Wissenszurechnung als gesetzlichen Regelfall zu kodifizieren, würde in der Praxis zu einer unzumutbaren Haftungserweiterung für den Verkäufer führen. Der Verkäufer muss sich dann das (irgendwann einmal in der Organisation des Unternehmens vorhandene) Wissen als eigenes zurechnen lassen, das typischerweise aktenmäßig festgehalten ist. Da Unternehmenskäufe in der Regel im Interesse beider Parteien hoch vertraulich gehalten werden und in die Vorbereitung und Verhandlung der Transaktion beim Unternehmen nur ganz wenige Personen einbezogen werden, ist es eine im praktischen Ergebnis nahezu unerfüllbare Aufgabe für den Verkäufer, sich all dieses Wissen zu beschaffen mit der Folge, dass ihn möglicherweise (unverschuldet) eine unbegrenzte Haftung treffen kann. Während für den Käufer der Schaden in der Regel innerhalb einer haftungsbegrenzten Rechtseinheit "eingekapselt" ist, soll der Verkäufer wegen konstruierten Wissens aufgrund "typischerweise aktenmäßig festgehaltenen Wissens" unbegrenzt mit seinem gesamten Vermögen haften. Insbesondere bei einem möglicherweise vergleichsweise geringen Kaufpreis, erscheint dies nicht interessengerecht und könnte manchen Verkäufer sogar dazu veranlassen, sein Unternehmen einzustellen und zu liquidieren anstatt zu veräußern.
- 39 In der Vertragspraxis hat sich daher ein übliches System etabliert, bei dem die Parteien vereinbaren, wessen Wissen auf Verkäuferseite relevant sein soll und welche Erkundigungen der Verkäufer einzuholen hat. Dies erlaubt den Parteien, den gewünschten Ausgleich zwischen Vertraulichkeit und angemessener Risikoverteilung zu finden. Sinnvoller und praxisgerechter als die von der Arbeitsgruppe vorgeschlagene Lösung wäre daher eine gesetzgeberische Klarstellung dahingehend, dass eine solche abschließende vertragliche Zurechnung von Wissensträgern ohne Überlagerung durch gesetzliche Regelungen möglich ist.

Kapitel 9: Verjährung

- 40 Für den Bereich der Verjährung empfiehlt die Arbeitsgruppe lediglich zwei Klarstellungen: Für Mängelrechte soll die zweijährige Verjährung nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB gelten, wie es schon jetzt nach überwiegender Meinung der Rechtslage entspricht. Insofern erscheint eine Regelung zwar unschädlich, aber auch überflüssig. Auch hinsichtlich des Verjährungsbeginns wäre eine Klarstellung, wann von der Übergabe auszugehen ist, entbehrlich. In aller Regel werden der Zeitpunkt, in dem der

Anteilserwerb vollzogen ist, und der Zeitpunkt, in dem der Käufer maßgeblichen Einfluss auf das Unternehmen erhält, zusammenfallen.

- 41 Die zweite vorgeschlagene Klarstellung, dass für eine etwaig vereinbarte oder geschuldete Kaufpreisanpassung die allgemeinen Verjährungsregelungen nach §§ 195, 199 BGB gelten sollen, erscheint demgegenüber nicht sachgerecht. Soweit überhaupt ein Bedürfnis für eine (dispositive) gesetzliche Regelung gesehen wird, wäre insoweit eine praxisgerechtere Regelung sinnvoll. Kaufpreisanpassungsmechanismen beruhen in der Regel auf den wirtschaftlichen Kennzahlen des verkauften Unternehmens zu einem bestimmten Stichtag, in der Regel zum *Closing*. Diese Berechnungen können innerhalb angemessener Frist überprüft und nachgerechnet werden und sollten das auch, schon um steuerliche Verwerfungen zu vermeiden. Dazu treffen die Parteien in der Regel Vereinbarungen, die sehr schnell (zumeist innerhalb weniger Wochen bzw. Monate) zu Rechtssicherheit führen sollen. Angesichts der häufig hohen wirtschaftlichen Werte, die mit einer Kaufpreisanpassung verbunden sein können, kann den Parteien kaum zugemutet werden, dass über Jahre hinweg Rechtsunsicherheit darüber besteht, ob ein bereits gezahlter Kaufpreis zurückerstattet werden muss. Die entsprechenden finanziellen Mittel stünden dann nicht für Ausschüttungen an die Investoren des Verkäufers oder für Investitionen in andere Unternehmen zur Verfügung. Umgekehrt wird es dem Käufer, der den Kaufpreis in der Regel partiell fremdfinanziert, schwerfallen, so lange nach Durchführung des Erwerbs noch eine Nachfinanzierung im Rahmen der Akquisitionsfinanzierung zu erlangen. Zudem wären auch mögliche anfallenden Zinsen erheblich. Wenn überhaupt eine gesetzliche Regelung getroffen werden soll, sollte diese daher eine deutlich kürzere Verjährungsfrist für Kaufpreisanpassungsansprüche vorsehen.

Kapitel 10: Übergang von Rechtsverhältnissen auf den Erwerber (Asset Deal)

- 42 Dass die Arbeitsgruppe überlegt, den Übergang von Rechtsverhältnissen auf den Erwerber im Rahmen des Asset Deal im Ausgangspunkt zu erleichtern, ist grundsätzlich nachvollziehbar. Es ist allerdings auch insoweit zweifelhaft, ob überhaupt ein Regelungsbedarf besteht. In der Praxis gibt es ausreichend Lösungsmöglichkeiten – etwa durch die Vereinbarung einer vorweggenommenen Zustimmung des Dritten zur Überleitung des Vertragsverhältnisses oder einer Verpflichtung zur Zustimmungserteilung.

- 43 Der im Bericht erwogene Lösungsansatz, den Übergang sämtlicher Vertragsverhältnisse aus Gründen der Praktikabilität zu Lasten des Dritten anzuordnen, überzeugt jedenfalls nicht. Die Kontrahentenwahlfreiheit des Vertragspartners stellt ein zentrales Prinzip einer auf Privatautonomie basierenden Rechtsordnung dar. Eingriffe sollten daher mit der gebotenen Vorsicht vorgenommen werden. Zudem entspricht es nicht in allen Fällen dem Interesse der Parteien des Unternehmenskaufs, sämtliche Verbindlichkeiten zu übertragen.
- 44 Keinesfalls dürfen bei einer Kodifizierung neue Rechtsunsicherheit und Intransparenz entstehen. Es muss stets klar sein, wem das jeweilige Rechtsverhältnis zuzuordnen ist. Der von der Arbeitsgruppe angeführte Vorschlag, dem Dritten innerhalb eines bestimmten Zeitraums ein Widerspruchsrecht zu gewähren, erscheint insoweit wenig praktikabel. So droht den Beteiligten während der Widerspruchsfrist eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Dies zeigt auch der rechtsvergleichende Blick nach Österreich. Das dort jüngst eingeführte Widerspruchsrecht steht erheblich in der Kritik.
- 45 Ferner würden sich im Falle eines automatischen Übergangs der Vertragsverhältnisse beim Unternehmenskauf, insbesondere weil dieser nicht nur zwischen Dritten, sondern auch konzernintern erfolgen kann, schwierige Fragen nach dem Verhältnis zum Umwandlungsrecht und der Anwendbarkeit bzw. Übertragbarkeit der dort geltenden Form- und Publizitätserfordernisse stellen.

Kapitel 11: Übergang öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen

- 46 Der Vorstoß der Arbeitsgruppe, den Übergang personenbezogener öffentlich-rechtlicher Positionen zu vereinfachen, ist grundsätzlich begrüßenswert. Insbesondere die schnelle Umsetzung betriebsbezogener Genehmigungen, etwa bei erlaubnispflichtigen Gewerben im Sinne der §§ 29 ff. GewO, ist in der Praxis bedeutsam. Es ist richtig, dass ein Übergang dieser persönlichen Rechtspositionen im Rahmen des Unternehmenskaufs und der Unternehmensnachfolge die Aufnahme bzw. Kontinuität des Geschäftsbetriebs vereinfachen kann.
- 47 Im Hinblick auf die den juristischen Personen stark angenäherten Rechte und Pflichten von Personengesellschaften lässt sich eine Gleichstellung des Übergangs zwar rechtfertigen. Dennoch ist zu beachten, dass bei den Personengesellschaften ein Gesellschafter in weiten Teilen deutlich stärker im Vordergrund steht und wegen der

rechtlichen Ausgestaltung eine größere Bedeutung für die – oftmals gerade auf natürliche Personen zugeschnittene – Beurteilung höchstpersönlicher Genehmigungen hat. Ein Austausch oder das Hinzutreten einzelner Gesellschafter wirkt sich bei den Personengesellschaften üblicherweise stärker aus als bei juristischen Personen. Zugleich gibt es auch eine Vielzahl stark auf einzelne Gesellschafter ausgerichteter juristischer Personen wie die Ein-Personen-GmbH. Jedenfalls eine differenzierte Behandlung, die diese faktischen Gegebenheiten in den Blick nimmt, kann den Bedürfnissen der Praxis besser gerecht werden und unnötige bürokratische Hürden abbauen. Vor allem der Vorschlag, ab dem Zeitpunkt des Unternehmensübergangs für einen gewissen Zeitraum eine Fortgeltung von unternehmensbezogenen Erlaubnissen und anderen Berechtigungen anzuerkennen, kann den Unternehmenskauf jedoch durchaus vereinfachen und geringfügig beschleunigen.

- 48 Es ist gleichwohl zu befürchten, dass ein solcher Vorstoß in der Umsetzung nur begrenzt und mit hohem Aufwand umzusetzen ist. Fraglich ist bereits, ob dem Bund tatsächlich die Gesetzgebungskompetenz für die meisten Erlaubnisse zufällt, handelt es sich doch in weiten Teilen um dem Landesrecht zugewiesene Materien. Eine allgemeine bundesrechtliche Vorschrift, die die Übertragbarkeit öffentlich-rechtlicher Berechtigungen auf den Erwerber anordnet, kann neue Unklarheiten schaffen. Im Bericht wird zugestanden, dass damit die Umsetzung höchst fraglich ist.
- 49 In der Praxis lässt sich das „Übergangsrisiko“ bereits durch eine vorausschauende Gestaltung minimieren. Für die M&A-Praxis stellt sich das Problem nur in den begrenzten Fällen des Asset-Deals bei Einzelunternehmen. Die Übertragbarkeit öffentlich-rechtlicher Erlaubnisse anzugehen, kann sinnvoll sein; muss aber sehr gut geprüft werden. Eine besondere Dringlichkeit ist jedenfalls in der Praxis nicht erkennbar.

Kapitel 12: AGB-Rechtliche Dimension

- 50 Der größte Diskussionsbedarf besteht hinsichtlich der Frage, ob und inwieweit das AGB-Recht auf Unternehmenskaufverträge Anwendung findet. Im Schrifttum herrscht zu dieser Frage nach wie vor Uneinigkeit. Höchststrichterliche Rechtsprechung hierzu fehlt. Die Arbeitsgruppe bemängelt zu Recht, dass dies zu einem erheblichen Maß an Rechtsunsicherheit führe.

- 51 Eine Anwendung der AGB-Kontrolle auf Unternehmenskaufverträge erscheint weder wünschenswert noch sachgerecht. Bei Unternehmenskauftransaktionen stehen sich im Grundsatz wirtschaftlich erfahrene Akteure gegenüber, die im Rahmen ihrer Privatautonomie agieren. Auch kleinere Transaktionen werden in aller Regel durch Rechtsberater begleitet.
- 52 Da Regelungen des AGB-Rechts nicht dispositiv sind, ist ihre Anwendung zwingend. Für grenzüberschreitende Unternehmenskaufverträge dürfte diese Frage aufgrund anderweitiger Rechtswahl eine weniger große Rolle spielen. Zwar handelt es sich nach Auffassung der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder beim AGB-Recht um den Hauptgrund für die Abwahl deutschen Sachrechts. Es darf jedoch stark bezweifelt werden, dass eine etwaige Kodifizierung internationale Akteure „zurück in das deutsche Recht“ holt. Die Rechtspraxis orientiert sich ohnehin an internationalen Standards. Die Parteien schaffen sich das für ihre Transaktion passende Haftungsregime. Hiermit verträgt sich die Unabdingbarkeit gewisser AGB-Bestimmungen nicht.
- 53 Sinnvoll wäre es dagegen, eine Bereichsausnahme des AGB-Rechts für Unternehmenskaufverträge zu schaffen. Die seitens der Arbeitsgruppe ins Feld geführte tatbestandliche Eingrenzung des AGB-Rechts – die solche Vertragsbedingungen aus dem Regime der §§ 305 ff. BGB ausnehmen möchte, die „ausgehandelt“ sind – vermag kaum die erforderliche Rechtsklarheit zu schaffen. Vielmehr ist auch hier eine aufwändige Dokumentation dieses Aushandlungsprozesses erforderlich. Gleiches gilt für den Vorschlag, dass die „Gegebenheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs“ zu beachten sind, statt der bislang geregelten Berücksichtigung der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten (§ 307 Abs. 1 und 2 BGB).
- 54 Auch eine größenabhängige Eingrenzung des AGB-Rechts auf großvolumige Verträge erscheint nicht zielführend, ist doch – wie bereits dargelegt – der weit überwiegende Teil der Transaktionen ohnehin rechtlich begleitet.

Verteiler

- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
- Bundesministerium für Finanzen

- Fraktionen im Deutschen Bundestag
- Ausschuss für Recht im Deutschen Bundestag
- Ausschuss für Wirtschaft im Deutschen Bundestag
- Ausschuss für Finanzen im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppen Recht der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Wirtschaft der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien

- Justizministerien und -senatsverwaltungen der Länder
- Wirtschaftsministerien der Länder

- Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)
- Europäische Kommission - Vertretung in Deutschland

- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Landesgruppen und -verbände des DAV
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV
- Handelsrechtsausschuss des DAV

- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Deutscher Notarverein
- Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW)
- Deutscher Richterbund
- Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)
- Deutscher Steuerberaterverband
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
- Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
- Bundesverband Deutscher Banken
- Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V. (SdK)

Presse:

- Die Aktiengesellschaft
- GmbH-Rundschau
- NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
- WM Wertpapiermitteilungen
- ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
- Börsenzeitung
- Handelsblatt
- Frankfurter Allgemeine Zeitung
- Juris
- GfK
- Hamburger Abendblatt
- Der Tagesspiegel
- Der Spiegel
- Legal tribune online
- NJW