

Die Auswirkungen der Due Diligence auf die Verkäuferhaftung beim Unternehmenskauf

Ein Rechtsvergleich Schweiz/Deutschland/USA

Oliver Beldi

Inhaltsverzeichnis

Ein Rechtsvergleich Schweiz/Deutschland/USA	1
I. Einleitung und Problemstellung, Abgrenzungen	3
II. Begriff, Gründe und Funktion der Due Diligence	4
A. Begriff	4
B. Gründe und Funktion	4
1. Behebung der Informationsasymmetrie	4
2. Gewährleistungs- und Risikoermittlungsfunktion	5
3. Preisbestimmungsfunktion	6
4. Beweissicherungsfunktion	7
5. Planungsfunktion	7
III. Haftungsgrundlagen gemäss schweizerischem Recht	8
A. Kaufrechtliche Mängelhaftung	8
1. Anwendung der kaufrechtlichen Regeln auf den Asset und Share Deal und weitere Haftungsgrundlagen	8
2. Anknüpfung der Mängelhaftung	9
B. Due Diligence als Prüfungsobliegenheit des Käufers	10
1. Fragestellung	10
2. Die Käuferobliegenheit der gewöhnlichen Aufmerksamkeit beim Asset Deal	10
3. Sorgfaltsmassstab	11
4. Wirkung von Gewährleistungszusagen	12
5. Die Käuferobliegenheit der gewöhnlichen Aufmerksamkeit beim Share Deal	12
6. Zwischenfazit	13
7. Exkurs: Hinweise für die Vertragsgestaltung	13
C. Aufklärungs- und Prüfungspflichten des Verkäufers	14
1. Vorvertragliche Aufklärungspflichten im allgemeinen	14
2. Vorvertragliche Aufklärungspflicht des Verkäufers bei Unternehmenskäufen	15

3. Auswirkungen der unterlassenen resp. durchgeführten Due Diligence auf die Aufklärungspflichten	16
4. Die Haftungsgrundlage der culpa in contrahendo	17
5. Haftungsgrundlage nach Abschluss des Kaufvertrags	17
6. Untersuchungspflicht des Verkäufers	18
7. Zwischenfazit und Kommentar	18
IV. Haftungsgrundlagen gemäss deutschem Recht	19
A. Kaufrechtliche Mängelhaftung	19
1. Einordnung des Unternehmenskauf in §§ 433 ff. BGB	19
2. Anknüpfung der Mängelhaftung	20
B. Due Diligence als Prüfungsobliegenheit des Käufers	21
1. Grundsatz	21
2. Grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers infolge unterlassener Due Diligence?	22
3. Culpa in contrahendo Haftung	24
4. Unterlassene Due Diligence als Mitverschulden	24
5. Rechtslage nach Durchführung einer Due Diligence	25
6. Zwischenfazit und Kommentar	26
C. Aufklärungs- und Untersuchungsverpflichtung des Verkäufers	27
1. Vorvertragliche Aufklärungspflichten beim Unternehmenskauf	27
2. Aufklärungspflichten bei Unterlassen einer Due Diligence bzw. bei deren Durchführung	28
3. Haftungsgrundlage vor und nach Abschluss	30
4. Untersuchungspflicht des Verkäufers	30
5. Zwischenfazit	31
V. Überblick über die kaufrechtlichen Haftungs- und Gewährleistungsregeln in den USA	31
A. Die Gewährleistungshaftung beim Unternehmenskauf im common law	31
1. Das caveat emptor Prinzip	31
2. Share Deal	32
3. Asset Deal	34
a) Mobilien	34
b) Immobilien	35
B. Haftungsrechtliche Relevanz der Due Diligence	35
C. Culpa in Contrahendo, Aufklärungspflichten	36
VI. Vergleich der Rechtsordnungen	37
a) Einordnung des Unternehmenskaufes bei den kaufrechtlichen Regeln	37
b) Verkäuferhaftung betreffend Mängel	37
c) Prüfungsobliegenheit	38
d) Haftung aus culpa in contrahendo	39
e) Aufklärungs- und Untersuchungspflichten	39
VII. Zusammenfassung und Würdigung	40

I. Einleitung und Problemstellung, Abgrenzungen

Die Due Diligence ist seit einiger Zeit auch in den zivilrechtlich geprägten Rechtssystemen anerkannt¹ und bildet einen standardmässigen Schritt im M&A-Prozess² auf dem europäischen Kontinent. Die Durchführung einer Due Diligence hat eine Vielzahl von Funktionen, weshalb es nicht «die» Due Diligence schlechthin gibt.³ Primärer Zweck bleibt die Erforschung des Kaufobjekts zwecks Reduzierung des Käuferrisikos beim Unternehmenskauf.

Mit Blick auf die erhebliche Relevanz der Due Diligence bei Unternehmenskäufen als letztlich (zumindest in der Schweiz und Deutschland) nicht gesetzlich normiertes Instrument ist es von Interesse, deren Auswirkungen auf die Verkäuferhaftung zu untersuchen. In der Praxis wird regelmässig die Haftung des Verkäufers im Unternehmenskaufvertrag durch Vereinbarung von Gewährleistungen und Zusicherungen geregelt. Bei fehlenden vertraglichen Bestimmungen gelangen grundsätzlich die gesetzlichen Regeln zu Anwendung. Der Rechtsanwender muss von den gesetzlichen Grundlagen Kenntnis haben, um die Wirkungen einer Due Diligence erkennen und den Vertrag effektiv gestalten zu können. Die nationalen Rechtsordnungen definieren die kaufrechtlichen Regeln und die Gewährleistungsregeln autonom, wobei insbesondere die hinsichtlich des Kaufgegenstandes geforderten Untersuchungshandlungen und die an diese geknüpften Rechtsfolgen sowie die Aufklärungspflichten des Verkäufers voneinander abweichen können. In vorliegender Arbeit soll dies für die Rechtsordnungen Schweiz (Kapitel III), Deutschland (Kapitel IV) und USA (Kapitel V) im Sinn eines Rechtsvergleichs untersucht werden. Dabei wird pro behandelte Rechtsordnung zunächst das kaufrechtliche Gewährleistungskonzept, die Wirkung der Due Diligence auf die Haftung sowie die Aufklärungspflichten des Verkäufers dargestellt. Vorab werden Begriff und Funktionen der Due Diligence summarisch beleuchtet (Kapitel II). Die Arbeit schliesst mit dem Vergleich der Rechtsordnungen in den relevanten Punkten sowie einer Zusammenfassung der Ergebnisse ab (Kapitel VI).

Die Irrtumshaftung und deliktische Haftung sowie die auf Stufe der erworbenen Unternehmung (Zielgesellschaft) ebenfalls haftungsrechtlich relevanten Themen der Zulässigkeit der Informationsbeschaffung im Rahmen der Due Diligence, des Datenschutzes und die Anforderungen der Kapitalmarktgesetzgebung (insb. des Insiderrechts) bleiben in dieser Arbeit ausgeklammert.

1 Der Begriff der Due Diligence stammt ursprünglich aus dem US-amerikanischen Kapitalmarkt- und Anlegerschutzrecht (securities laws). Vgl. zum Begriff nachfolgend Kapitel II.B.

2 M&A steht abgekürzt für Mergers & Acquisitions, wobei hierunter zusammengefasst der Kauf oder die Fusion von Unternehmen oder Unternehmensteilen in unterschiedlichen Transaktionsformen fallen. Vgl. zu den unterschiedlichen Transaktionsformen Merkt/Göthel, Gesellschaftsrecht, 558 ff.

3 Vgl. zu den Funktionen nachfolgend II.B.

Eine Unterscheidung nach den strukturellen Grundformen des Unternehmenskaufs des Asset Deals⁴ und Share Deals⁵ erfolgt nur dann, wenn diese für den Rechtsvergleich erforderlich ist.

II. Begriff, Gründe und Funktion der Due Diligence

A. Begriff

In der Praxis des Unternehmenskaufs bezeichnet der Begriff der Due Diligence die kaufvorbereitende Prüfung des zu erwerbenden Unternehmens. Der Begriff wird aber auch als Oberbegriff für die in rechtlicher Sicht für die unterschriftsreife Vorbereitung eines Unternehmenskaufs erforderlichen Arbeiten verwendet.⁶

Due Diligence kann etwa mit «gehörige Sorgfalt» übersetzt werden.⁷ Zweckmässig erscheint im deutschen Sprachgebrauch die Bezeichnung «Sorgfaltsprüfung», welche das organisierte und institutionalisierte Verfahren zur Prüfung des zu erwerbenden Unternehmens anhand einer Analyse (Erwerbsanalyse⁸) aller transaktionserheblichen Informationen und Einflussfaktoren unter Ausnutzung aller interner und externer Informationsquellen umfasst.⁹

B. Gründe und Funktion

1. Behebung der Informationsasymmetrie

Vor Abschluss eines Unternehmenskaufvertrags besteht zwischen den Vertragspartnern meist zwangsläufig eine je nach den betreffenden Umständen mehr oder weniger ausgeprägte Informationsasymmetrie.¹⁰ Die öffentlich erhältlichen Informationen lassen regelmässig keine Schlüsse über den Zustand der Gesellschaft, deren wirtschaftliche Ertragskraft oder Geschäftsrisiken zu (dies gilt insbesondere bei nicht börsenkotierten Unternehmen, welche keine kapitalmarkt-

4 Bei einem Asset Deal erwirbt der Käufer Sachen und Rechte des Unternehmens. Verkäufer ist hierbei das Unternehmen selbst. Tschäni, M&A Transaktionen, Kap. 3 N. 51 ff.; Hauck, Mängel, 15 ff.; Fritzen, Unternehmenskauf 2004, 7 ff.

5 Gegenstand des Share Deals bilden die Beteiligungsrechte (bspw. Aktien, Gesellschaftsanteile). Beim Share Deal handelt es sich grundsätzlich um einen Rechtskauf. Tschäni, M&A Transaktionen, 46 ff. Hauck, Mängel, 29 ff.; Fritzen, Unternehmenskauf 2004, 122 ff.

6 Vgl. statt vieler zu den verschiedenen Begriffsbestimmungen in der Literatur: Berens, Due Diligence, 10 ff.

7 Höhn, Einführung, 1.

8 Höhn, Einführung, 1.

9 Angersbach, Due Diligence, 29.

10 Berens, Due Diligence, 5; Kusche, Zulässigkeit 35; Hoch/Hsu/Roth Pellanda, Due Diligence, 332.

rechtlichen Informationspflichten haben). Die internen Firmenunterlagen sind dem Käufer in der Regel nicht bekannt.

Die Grundfunktion der Due Diligence ist es, Informationszustände zu verbessern (Offenlegungsfunktion¹¹) und hiermit die Qualität der Entscheide im Hinblick auf das Erreichen der Ziele zu erhöhen.¹² Ein Kaufinteressent kann sich durch Wissenserarbeitung (*screening*) zusätzliche Informationen über den Vertragsgegenstand verschaffen und die Zielgesellschaft resp. der Verkäufer kann durch Wissensvermittlung (*signalling*) versuchen, in gewissem Umfang die Informationsasymmetrie zu nivellieren.¹³ Im Zentrum steht die Suche nach *Deal Breakern*.¹⁴

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht erfüllt die Due Diligence die Anforderungen der so genannten normativen Entscheidungstheorie, wonach die Entscheidungsfindung von der Vollständigkeit der Informationen über die entscheidungsrelevanten Tatsachen abhängig ist.¹⁵ Da gerade Entscheide bei M&A-Transaktionen von erheblicher Tragweite sind, dürfen sie nach der genannten Theorie nur auf vollkommener Informationsgrundlage fallen.¹⁶

Eine Informationssymmetrie kann prinzipiell zu einem Marktversagen führen, da den Marktteilnehmern zu wenige Informationen als Entscheidungsgrundlage vorliegen. Die Due Diligence stellt in diesem Sinn einen Mechanismus dar, der ein Marktversagen im M&A-Markt verhindert, da sie das fundamentale Vertrauensproblem löst, welches in diesem Markt infolge der Informationsasymmetrie herrscht.¹⁷

2. Gewährleistungs- und Risikoermittlungsfunktion

Es besteht zwar auch die Möglichkeit, auf einer spärlichen Informationsbasis einen Kaufvertrag abzuschließen. Eine nachfolgende, retrospektive Anpassung der Transaktionsbedingungen an die tatsächlichen Umstände ist jedoch mit einigen praktischen Schwierigkeiten behaftet, die nicht unterschätzt werden sollten.¹⁸ Deshalb sollen in einer Due Diligence Problembereiche frühzeitig aufgedeckt und dem Kaufinteressenten aufgezeigt werden, inwiefern dem vorgesehenen Unternehmenskauf Hindernisse im Weg stehen (bspw. fehlende Bewilligungen), mit dem Ziel, erkannte Risiken in der Form von entsprechenden Gewährleistungsklauseln während der Gewährleistungsfrist auf den Verkäufer zu

11 Hoch/Hsu/Roth Pellanda, Due Diligence, 324.

12 Berens, Due Diligence, 12.

13 Berens, Due Diligence, 5, Liekefett, Due Diligence, 59.

14 Hoch/Hsu/Roth Pellanda, Due Diligence, 326; Meier, Due Diligence, 86 m.w.N.; Deal Breaker sind im Rahmen einer Due Diligence aufgedeckte Tatsachen, welche so fundamental sind, dass sie eine Akquisition als nicht mehr zweckmässig oder wünschbar erscheinen lassen.

15 Vgl. hierzu Liekefett, Due Diligence, 38 ff.

16 Liekefett, Due Diligence, 41.

17 Liekefett, Due Diligence, 59.

18 Kusche, Zulässigkeit, 37.

überwälzen (Risikoermittlungsfunktion)¹⁹, womit letztlich die Haftungsbasis des Verkäufers definiert wird. Die Due Diligence dient vor allem dem Käufer, der durch eine solche Prüfung erkennen kann, ob sich die der Transaktion zugrunde liegenden Vorstellungen vor der Due Diligence denen danach entsprechen oder ob die Vertragsmodalitäten anzupassen sind bzw. im äussersten Fall sogar ein Unterbleiben der geplanten Transaktion erfolgen muss.²⁰ Wie sich im Rahmen der nachfolgenden Kapitel zeigen wird, kann die Due Diligence auch für den Verkäufer von Nutzen sein, da sie seine Haftung auch reduzieren kann.

3. Preisbestimmungsfunktion

Zentrale Komponente jeder M&A-Transaktion ist der Wert des Zielobjekts und in Funktion davon der Preis. Die Due Diligence schafft hierbei die notwendige betriebswirtschaftliche Informationsgrundlage für die Preiskalkulation²¹ und die vorangehende Unternehmensbewertung²², da zunächst das Unternehmen selbst mit allen seinen Facetten analysiert wird. Hierauf basierend kann eine Projektion zukünftig möglicherweise zu erzielender Erträge erstellt werden²³, womit der Kaufinteressent die subjektiven Nutzen und Kosten gegeneinander abwägen kann.²⁴ Stehen dem Käufer nur publizierte, externe Daten zur Verfügung, ist nur eine pauschale, an vergleichbaren Marktdaten orientierte Bewertung möglich. Je detaillierter die vorhandenen Unternehmensinformationen sind, desto eher ist eine analytische Bewertung anhand von auf das Unternehmen passender Bewertungsmethoden möglich.²⁵

Weiter liefert die Due Diligence regelmässig das Argumentarium für effiziente und erfolgreiche Kaufpreisverhandlungen²⁶ resp. um den Verkäufer von überhöhten Preisvorstellungen abzubringen.²⁷ Grundsätzlich und typischerweise mindern in diesem Sinn die Erkenntnisse aus der Due Diligence den Kaufpreis der Zielgesellschaft. Gemäss empirischen Studien verringert sich der Kaufpreis bei 67,4% der ausgewerteten Unternehmenskäufe nach einer durchgeführten Due Diligence. Nur in 5,3% der Fälle wurde der Preis erhöht.²⁸

19 Höhn, Einführung, 7.

20 Kusche, Zulässigkeit, 34.

21 Vgl. Angersbach, Due Diligence, 42.

22 Kusche, Zulässigkeit, 38.

23 Vgl. auch Berens, Due Diligence, 18; Meier, Due Diligence, 89 f.

24 Angersbach, Due Diligence, 43; dabei stellt sich zunächst die Frage nach der durch die Unternehmensübernahme bewirkten Wertschöpfung, d.h. den angestrebten Synergien. Vgl. zu den Grundsätzen der Kaufpreisbestimmungen Breal Richard A./Myers Stewart C./Franklyn Allen: Principles of Corporate Finance, 9th edition, New York u.a. 2007.

25 Berens, Due Diligence, 165 ff.; vgl. zu den verschiedenen Bewertungsmethoden statt vieler Berens, Due Diligence, 165 ff.; Zu den üblicherweise verwendeten Bewertungsmethoden gehören: Discounted Cashflow, Flow to Equity-Methode; Equity-Methode, Entity-(WACC-) Methode, Adjusted Present Value-Methode.

26 Angersbach, Due Diligence, 45.

27 Höhn, Einführung, 7.

28 Hassel, Verkäuferhaftung, 11; Höhn, Einführung, 7.

4. Beweissicherungsfunktion

Die basierend auf den standardisierten *Due Diligence Questionnaires* erstellten *Due Diligence Reports* sind gleichsam eine Momentaufnahme des Unternehmens im geprüften Thema. Wird eine sogenannte *full scope due diligence*²⁹ durchgeführt, resultiert eine Zustands- und Standortbestimmung des gesamten Unternehmens. Das standardisierte und formalisierte Offenlegungsverfahren stellt sicher, dass die Daten systematisch erfasst werden. Die trägt letztlich zur Vermeidung von möglichen späteren Auseinandersetzungen bei.³⁰ In diesem Sinn kommt der Due Diligence eine Beweissicherungsfunktion zu.

Im Weiteren kann der Due Diligence Report als interner Entlastungsbeweis der Organe des Käufers gegenüber der Gesellschaft über die erbrachte Sorgfalt gewertet werden (Risikoabsicherung³¹). Eine dokumentierte Due Diligence kann für die beauftragten Berater den Nachweis erbringen, dass die den Umständen entsprechende Sorgfalt angewandt wurde und stellt damit einen Entlastungsbe-
weis dar.³² Haftungsrelevant ist die Due Diligence zudem bei der Durchführung eines Börsengangs. Insbesondere der Emissionsbegleiter (Bank, Bankenkonsortium) bezweckt, sich im Streitfall durch den Hinweis auf die Due Diligence von dem Vorwurf grob fahrlässigen Handelns zu befreien (*due diligence defense*).

5. Planungsfunktion

Auf Grund der Due Diligence kann der Kaufinteressent beurteilen, ob das zu erwerbende Unternehmen mit seinen anderen Aktivitäten und seiner Strategie in Einklang gebracht werden kann³³ und wie eine effiziente Integration des Unternehmens strategisch sinnvoll gestaltet werden kann (Planungsfunktion).³⁴ Bei sanierungsbedürftigen Zielgesellschaften können im Rahmen der Due Diligence die ersten konzeptionellen Überlegungen zur Sanierung angestellt werden.³⁵ Damit die Integration sinnvoll geplant werden kann ist erforderlich, dass die Due Diligence nicht nur auf Finanzen, Recht und Steuern beschränkt wird, sondern die Gesamtstrategie aufgearbeitet und mit der Strategie des Käufers abgeglichen wird. Dies ist jedoch in der Praxis noch die Ausnahme.

Die Erfolgswahrscheinlichkeit von Akquisitionen wird von 1:3 oder sogar nur 1:4 beurteilt³⁶, wobei überschätzte Synergiepotentiale sowie mangelnder Abgleich der Strategien der Unternehmen sowie unzureichende Planung gene-

29 D.h. es werden sämtliche relevanten Bereiche der Unternehmung geprüft (typischerweise betrifft eine solche Due Diligence die Bereiche Finanzen, Recht, Steuern, Technik, Personalwesen, Strategie, Organisation, Umwelt, Unternehmenskultur usw.).

30 Hassel, Verkäuferhaftung, 12 m.w.N.

31 Hoch/Hsu/Roth Pellanda, Due Diligence, 326; Meier, Due Diligence, 90 f.

32 Hassel, Verkäuferhaftung, 14.

33 Höhn, Einführung, 7.

34 Hassel, Verkäuferhaftung, 14.

35 Höhn, Einführung, 8.

36 Berens, Due Diligence, 344.

rell als Ursache für das Misslingen angegeben werden.³⁷ Die Berater überlassen oftmals nach der heissen Phase der Transaktion das Unternehmen wieder ausschliesslich der Geschäftsleitung und sind an der Integration nicht mehr beteiligt. Mit Blick auf die nahezu einmalige Gelegenheit der umfassenden Standortbestimmung nach einer Due Diligence würde eine höhere Gewichtung und sorgfältigere Handhabung der Planungsmöglichkeit auf Grund der in der Due Diligence ermittelten Informationen einen wesentlichen Beitrag an die Strategieplanung des Käufers und der Zielgesellschaft nach dem Kauf leisten.

III. Haftungsgrundlagen gemäss schweizerischem Recht

A. Kaufrechtliche Mängelhaftung

1. Anwendung der kaufrechtlichen Regeln auf den Asset und Share Deal und weitere Haftungsgrundlagen

Gemäss herrschender Lehre in der Schweiz wird der Unternehmenskaufvertrag unter das Kaufrecht subsumiert.³⁸ Der Kaufgegenstand sowohl beim Share Deal als auch beim Asset Deal ist gemäss wohl mittlerweile herrschender Lehrmeinung das Unternehmen selbst³⁹, auch wenn grundsätzlich unterschiedliche (natürliche oder juristische) Personen Verkäufer sind.⁴⁰ Beim Share Deal gilt dies mindestens dann, wenn die Transaktion auf den Erwerb der Kontrolle des Unternehmens ausgerichtet ist.⁴¹ Hierbei wird in der Lehre als Argument der Parteilike angeführt, der bei Erwerb aller oder einer bestimmten Mehrheit der Aktien auf die Übertragung des hinter den Anteilen stehenden Unternehmens gerichtet sei, was eine Gleichstellung mit dem Asset Deal rechtfertigt.⁴² Das Bundesgericht vertritt teilweise eine abweichende Meinung⁴³, indem es die beiden Transaktionsformen hinsichtlich Prüfungsobliegenheiten unterschiedlich betrachtet (vgl. hierzu Kapitel III B.5).

Bei beiden Transaktionsformen richtet sich die Gewährleistung nach den kaufrechtlichen Bestimmungen (Art. 192 OR und Art. 197 OR) resp. dem allgemeinen Vertragsrecht (Art. 97 OR).⁴⁴ Insbesondere beim Aktienkauf führen

37 Hassel, Verkäuferhaftung, 14.

38 Tschäni, M&A-Transaktionen, 160, Rn 59; Hauck, 50 ff.

39 Vgl. statt vieler Hauck, Mängel, 506 ff.; Vischer SJZ 106, 129; Böckli, Gewährleistungen, 62.

40 Vischer, SJZ 96, 233.

41 Vischer SJZ 106, 129; gl.M. bezüglich Asset Deals Schenker 247 f.

42 Hauck, Mängel, 507; Schenker, 239.

43 Vgl. BGE 107 II 422 E. 1.; Gemäss diesem Urteil bezieht sich die Prüfobliegenheit beim Share Deal bloss auf vorausgesetzte Eigenschaften der Aktien selber und nicht etwa auch auf deren Substanz resp. Vermögenswerte der Gesellschaft.

44 Vischer SJZ 106, 1.

die gesetzlichen Vorschriften zu wenig zufriedenstellenden Ergebnissen⁴⁵, weshalb diese in aller Regel durch vertragliche Bestimmungen ersetzt werden.⁴⁶ Als weitere, in dieser Arbeit nicht näher betrachtete Haftungsgrundlagen kommen hinzu die Gewährleistung auf Grund eines Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i.V. mit Art. 23 OR), der absichtlichen Täuschung (Art. 28 OR) sowie die Haftung im Fall von deliktischen Handlungen (Art. 41 ff. OR) oder von Garantiezusagen (Art. 111 OR).⁴⁷

2. Anknüpfung der Mängelhaftung

Grundsätzlich haftet der Käufer für vorausgesetzte Eigenschaften i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR gemäss den kaufrechtlichen Gewährleistungsrechten.⁴⁸ Der Begriff der vorausgesetzten Eigenschaften wird grundsätzlich weit ausgelegt.⁴⁹ Der Verkäufer haftet dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel hat, die ihren Wert oder die Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern.⁵⁰ Dabei ist jeder Mangel im Sinn einer substantiellen Abweichung von einem ordnungsmässigen Zustand, der den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit erheblich mindert, für die Gewährleistung relevant, falls dessen Nichtvorliegen vom Käufer vorausgesetzt werden durfte.⁵¹ Basis für den Vergleich bildet die Verkehrsanschauung.⁵² Da bei einem Unternehmen die Sollbeschaffenheit oft nur schwer zu bestimmen ist, existieren hier keine allgemein gültigen Qualitätsstandards.⁵³ Vielmehr ist der Sollzustand des Unternehmens der Zustand, den der Käufer als vernünftiger Geschäftspartner gemäss den konkreten Umständen im Einzelfall erwarten durfte.⁵⁴

Gemäss Lehrmeinung setzt der Käufer voraus, dass das Unternehmen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht in durchschnittlich gutem Zustand ist und das Unternehmen den Anforderungen einer ordnungsmässigen Betriebsführung entspricht und erheblich wertmindernde oder den Unternehmensbetrieb erheblich behindernde Mängel nicht vorhanden sind.⁵⁵ Angesichts des weiten Begriffs der vorausgesetzten Eigenschaften und mit Blick auf die zahlreichen zwingend anwendbaren Vorschriften, die für eine ordnungsmässige Buchführung zu beachten sind (bspw. Bilanzierungsvorschriften, Aufbewahrung von Geschäftsunterlagen,

45 Höhn, Einführung, 9.

46 Vgl. hierzu nachfolgend Kapitel III.B.5.

47 Vgl. Watter, Unternehmensübernahmen, Unternehmensübernahmen, N 342.

48 Zur Differenzierung zwischen Asset Deal und Share Deal vgl. Kapitel III.A.1.

49 Vgl. Watter, Unternehmensübernahmen, Unternehmensübernahmen, N 303 ff., N 353 f.; Böckli, Gewährleistungen, 69.

50 Art. 197 Abs. 1 OR.

51 Böckli, Gewährleistungen, 66.

52 Hauck, Mängel, 153.

53 Hauck, Mängel, 153.

54 Schenker, Gewährleistung, 239 und 248 f.

55 Böckli, Gewährleistungen, 66.

Kapitalmarktgesetzgebung und ggf. teilweise anwendbaren Vorschriften hinsichtlich Corporate Governance), dürfte dieser weiten Definition zuzustimmen sein.

B. Due Diligence als Prüfungsobliegenheit des Käufers

1. Fragestellung

Gemäss Art. 200 Abs. 2 OR haftet der Verkäufer nicht für Mängel, die der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen, sofern der Verkäufer diesbezüglich keine Zusicherungen abgegeben hat.⁵⁶ Diese Regelung besteht für den Rechtskauf nicht⁵⁷, was insbesondere beim Share Deal wesentlich ist.

Folglich ist nachfolgend zu prüfen, ob die Due Diligence von der Schweizerischen Lehre als standardmässiger Schritt im Rahmen einer Akquisition angesehen wird⁵⁸ und ob der Käufer seine Obliegenheit der gewöhnlichen Aufmerksamkeit verletzt, wenn er die Due Diligence unterlässt. Sofern dies bejaht würde, stellt sich unmittelbar die Frage nach dem erforderlichen Sorgfaltsmassstab.

2. Die Käuferobliegenheit der gewöhnlichen Aufmerksamkeit beim Asset Deal

Die gewöhnliche Aufmerksamkeit ist diejenige Aufmerksamkeit, die in den relevanten Kreisen üblich ist.⁵⁹ Gemäss wohl überwiegender Ansicht im schweizerischen Schrifttum gehört die Durchführung einer Due Diligence beim Unternehmenskauf zur Verkehrssitte.⁶⁰ Gerade mit Blick auf die von den Beratungsfirmen entwickelten und weitgehend identischen Due Diligence Prozessen⁶¹ darf davon ausgegangen werden, dass zur gewöhnlichen Aufmerksamkeit eine Due Diligence gehört⁶² und somit eine Käuferobliegenheit gegeben ist. Weiter spricht auch mittelbar die Tatsache, dass die Organe des Käufers unter ihrer gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflicht gehalten sind, eine Due Diligence durchzuführen dafür, dass diese zur gewöhnlichen Aufmerksamkeit gehört.⁶³ Das Unterlassen der Due

⁵⁶ Art. 200 Abs. 2 OR.

⁵⁷ Art. 192 ff. OR.

⁵⁸ Vgl. die Ausführungen in Kapitel I und Kapitel II.B.

⁵⁹ Vgl. BK-Giger, N 16 zu Art. 200 OR.

⁶⁰ Vgl. Blum, Gewährleistungen, 183 ff. m.w.N.; Tschäni, M&A-Transaktionen, 2. Kap. N. 18; Meier, Due Diligence, 83; a.M. Vischer, SJZ 96, 234 f.; kritisch wohl auch Hauck, Mängel, 388.

⁶¹ Die von den Beraterfirmen verwendeten Questionnaires und Due Diligence Reports sind sich in aller Regel sehr ähnlich.

⁶² Blum, Gewährleistungen, 183 ff.; Tschäni, M&A-Transaktionen, RN 18; differenzierend Vischer, SJZ 96, 229 und 235; Hauck, Mängel, 387 m.w.N. der jedoch auf 391 die Prüfungsobliegenheit als Ausnahme sieht.

⁶³ Höhn, Einführung, 12; Blum, Gewährleistungen, 184.

Diligence stellt mithin regelmässig eine Sorgfaltspflichtverletzung der Organe dar.⁶⁴ Entsprechend verwirkt der Käufer seine Ansprüche für diejenigen Mängel, welche er nach der Durchführung der Due Diligence hätte kennen sollen. Hierunter dürften zumindest diejenigen Mängel fallen, welche in den Kernthemen einer Due Diligence normalerweise geprüft werden (v.a. erhebliche Mängel bezüglich der Ordnungsmässigkeit der Betriebsführung, der Bilanzen und der Rechtseinhaltung im Unternehmen).⁶⁵

Immerhin scheinen auch diejenigen Schweizer Autoren, welche eine Verkehrssitte ablehnen, eine Prüfungsobliegenheit bei offensichtlich zur Vorsicht mahnender Umstände oder bei besonderer Sachkunde (insb. im Fall von krassen Wissensgefallen) analog zur Diskussion in Deutschland zu befürworten.⁶⁶

3. Sorgfaltsmassstab

Grundsätzlich werden bei der geforderten, gewöhnlichen Aufmerksamkeit hohe Anforderungen an die erforderliche Sorgfalt gestellt.⁶⁷ Mithin bedeutet dies, dass jede Fahrlässigkeit dem Käufer schadet.⁶⁸ Damit ist erforderlich, dass der Käufer sehr kritisch und i.d.R. durch Zuhilfenahme von fachkundigen Spezialisten die ihm offen gelegten Informationen zu beurteilen und bei Unsicherheiten weitere Informationen anzufordern hat.⁶⁹ Zudem erfolgt eine Wissenszurechnung vom Wissen der eingesetzten Fachleute an den Käufer.⁷⁰ Die geforderte Sorgfalt wird jedoch eingeschränkt durch Vorgaben, welche der Verkäufer dem Käufer für die Due Diligence Prüfung auferlegt.⁷¹ Beispielsweise kann die mögliche Sorgfalt durch eine Limitierung der verfügbaren Zeit, den Zeitpunkt der Due Diligence oder die Präsentation der Unterlagen eingeschränkt sein. Der Käufer ist damit gut beraten, solche Einschränkungen nachweisbar festzuhalten,⁷² damit die im Einzelfall mögliche Sorgfalt dokumentiert ist.

Bei einer unsorgfältig durchgeführten Due Diligence, bei der die vorhandenen Sachmängel nicht aufgedeckt werden, kann der Verkäufer vorbringen, die erforderliche Sorgfalt wurde gerade nicht erbracht. Gewisse schweizerische Lehrmeinungen gehen dahin, dass die Durchführung einer Due Diligence entsprechend zu einer Haftungsverschärfung des Käufers in rechtlicher Sicht führt.⁷³ In Deutschland ist dies mangels Bestehens einer Due Diligence-Obliegenheit

64 Höhn, Einführung, 12.

65 vgl. hierzu auch Hauck, Mängel, 387.

66 Hauck, Mängel, 389. Vgl. hierzu für das deutsche Recht Kapitel IV.B.

67 Schenker, Gewährleistung, 237 f.; vgl. für eine Übersicht über den Stand der Lehre Hauck, Mängel, 388.

68 Blum, Gewährleistungen, 185.

69 Blum, Gewährleistungen, 185.

70 BGE 95 II 125 E. 5; BGE 66 II 137 E. 5.

71 Blum, Gewährleistungen, 186.

72 Blum, Gewährleistungen, 186.

73 Schenker, Gewährleistung, 237 und 254 f.

nicht der Fall und die Haftung des Verkäufers bleibt trotz unsorgfältiger Prüfung des Kaufobjekts bestehen.⁷⁴

4. Wirkung von Gewährleistungszusagen

Sofern der Verkäufer Gewährleistungen im Sinn von Art. 200 Abs. 2 OR im Kaufvertrag abgibt, entfällt gemäss gesetzlichem Konzept die Käuferobliegenheit und damit das Erfordernis einer Due Diligence des Unternehmens. Eine vollständige und umfassende Beschreibung der Gewährleistungen könnte daher prinzipiell eine Due Diligence gänzlich überflüssig machen. Da jedoch kein Unternehmen dem anderen gleicht, dürfte eine solche Beschreibung ohne Prüfung des jeweiligen Unternehmens nicht möglich sein, da die Due Diligence gerade die Aufdeckung der spezifischen Risiken bezweckt.

Für nicht zugesicherte Eigenschaften bleibt die Obliegenheit bestehen. Die Untersuchung des Unternehmens wird zudem im Regelfall auch aus anderen Gründen angezeigt sein wie bspw. auf Grund der Verantwortlichkeit der Organe des Käufers, da diese basierend auf den gesellschaftsrechtlichen Grundlagen eine Sorgfaltspflicht tragen.

Wirtschaftlich gesehen sind Gewährleistungen gegenüber der Durchführung einer vorherigen Due Diligence nicht als gleichwertig zu gewichten. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist eine (ggf. unvollständige) Due Diligence stets angezeigt, auch wenn das Restrisiko verbleibt, dass die zur Verfügung gestellten Informationen nicht vollständig sind.⁷⁵

5. Die Käuferobliegenheit der gewöhnlichen Aufmerksamkeit beim Share Deal

Die schweizerische Lehre geht richtigerweise davon aus, dass es sich auch beim Share Deal um einen Unternehmenskauf handelt und entsprechend auch die Prüfungsobliegenheit aller vorausgesetzten, aber nicht zugesicherten Eigenschaften des Unternehmens und nicht nur hinsichtlich der Anteilsscheine besteht.⁷⁶ Das Bundesgericht hingegen hält an einer formalistischen Interpretation fest und sieht die übertragenen Aktien als Kaufgegenstand,⁷⁷ womit das Prüfungserfordernis bezüglich des Unternehmens grundsätzlich entfällt. Über die Anfechtbarkeit wegen Irrtums⁷⁸ und die Unverbindlichkeitserklärung auf Grund von Teilnichtigkeit⁷⁹ korrigiert das Bundesgericht die teilweise unbefriedigenden Ergebnisse dieser Betrachtungsweise. Die Irrtumsanfechtung ist gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts jedoch auch auf Grund fahrlässiger Unkenntnis

74 Hauck, Mängel, 389; Vgl. Kapitel IV.B.1.

75 Meier, Due Diligence, 286 f.

76 Watter, Unternehmensübernahmen, Rn. 316 ff, Böckli, Gewährleistungen, 62.

77 BGE 107 II 422.

78 BGE 79 II 160 ff.

79 Art. 20 Abs. 2 OR; BGE 107 II 423 ff.

möglich. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bestünden mithin zwei Grundlagen für einen Verzicht auf eine Prüfung des Unternehmens beim Share Deal. Dieses mit Blick auf die Anforderungen des Asset Deals inkonsequente Ergebnis müsste dadurch korrigiert werden, dass das Bundesgericht der Irrtumsanfechtung enge Grenzen setzt.⁸⁰ Richtigerweise und mit Blick auf das wirtschaftlich identische Kaufobjekt ist jedoch eine Prüfungsobliegenheit auch beim Share Deal betreffend die Vermögenswerte des Unternehmens zu befürworten. Folgt man der herrschenden Lehre, ergibt sich bezüglich der Prüfungsobliegenheit kein Unterschied zwischen Asset Deal und Share Deal.

6. Zwischenfazit

Das Unterlassen einer Due Diligence führt dazu, dass der Käufer seinen Prüfungsobliegenheit resp. der geforderten gewöhnlichen Aufmerksamkeit nicht nachkommt. Sofern keine expliziten, oder auf Grund der fehlenden Due Diligence ungenaue Zusicherungen mit dem Verkäufer vereinbart wurden, reduziert verwirkt der Käufer seine Gewährleistungsansprüche nach der vorliegend vertretenen Meinung beträchtlich, da er diejenigen Mängel, die bei einer Due Diligence hätten erkannt werden können, nicht mehr geltend machen kann.⁸¹

7. Exkurs: Hinweise für die Vertragsgestaltung

Für die Vertragsgestaltung ergibt sich mit Blick auf die Prüfungsobliegenheiten gemäss Art. 197 ff. OR und die von der schweizerischen Lehre befürwortete Usanz zur Durchführung einer Due Diligence bei Unternehmenskäufen, dass im Kaufvertrag zunächst auf deren Durchführung hingewiesen werden sollte. Weiter sollten die Begleitumstände (insb. zeitliche Beschränkungen) dargestellt werden, da diese für die Beurteilung der erbrachten Sorgfalt relevant sind.

Auf Grund der dispositiven Natur kann zwecks Reduktion der Käuferhaftung die Prüfungsobliegenheit gemäss Art. 200 Art. 2 OR vertraglich gänzlich wegbedungen werden. Dies besagt jedoch noch nichts über die tatsächliche Kenntnis des Käufers, welche sich dieser anrechnen lassen muss. Der Käufer möchte jedoch gerade die Wissenszurechnung resp. das Kennenmüssen im Griff behalten. Hierzu dient eine explizite, vertragliche Beschränkung des Kennenmüssens auf gewisse, exakt bezeichnete Unterlagen, woraus sich die relevanten Informationen direkt und vollständig ergeben. Weiter kann vereinbart werden, dass dem Käufer Informationen nicht bekannt sein müssen, sofern sie sich nur aus Querbezügen ergeben.⁸² Im Weiteren ist Art. 200 Abs. 1 OR auszuschliessen, ansons-

⁸⁰ Vgl. Watter, Unternehmensübernahmen, Rz 414.

⁸¹ Vgl. hierzu jedoch Höhn, Einführung, 11, welcher in einer Unterlassung «vorerst einmal keine Konsequenzen» sieht; a.M. auch Hauck, 386.

⁸² Blum, Gewährleistungen, 190.

ten der Verkäufer für Mängel nicht haftet, welcher der Käufer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gekannt hat.⁸³

Sofern in der Due Diligence Mängel festgestellt werden, genügt es betreffend der Rechtsgewährleistung beim Share Deal nicht, sich die Abwesenheit der Mängel zusichern zu lassen. Gemäss Art. 192 Abs. 2 OR ist hierzu eine ausdrückliche Verpflichtung des Verkäufers zur Übernahme erforderlich.

Eine Haftungsverschärfung für den Käufer findet sich zudem in Art. 201 Abs. 1 OR, wonach die Prüfung der Sache «sobald nach dem Geschäftsgang tunlich» vorzunehmen und allfällige Mängel sofort zu rügen sind. Unterlässt der Käufer die Prüfung oder Mangelanzeige, so gilt die Kaufsache nach Art. 201 Abs. 2 OR als genehmigt, sofern der Mangel hätte erkannt werden können und kein Täuschungstatbestand gemäss Art. 203 OR vorliegt. Nicht erkennbare Mängel muss der Käufer sofort nach Entdeckung rügen, um das Eingreifen der Genehmigungsfiktion des Art. 201 Abs. 3 OR zu verhindern. Da gemäss der von der Lehre vehement kritisierten Rechtsprechung⁸⁴ diese Rügeobliegenheiten und Fristen auch auf Unternehmenskäufe Anwendung finden, ist der Ausschluss von Art. 201 OR zum Schutz des Käufers vor dieser strengen Haftung elementar.⁸⁵

C. Aufklärungs- und Prüfungspflichten des Verkäufers

Die Due Diligence Prüfung findet in aller Regel vor dem Abschluss des Kaufvertrags oder zumindest vor dem Vollzug statt. So genannte *post-signing* oder sogar *post-closing* Due Diligence bilden eher die Ausnahme. In diesem Zusammenhang ist fraglich, inwiefern Aufklärungs- und Prüfungspflichten des Verkäufers vor dem Vertragsschluss von Gesetzes wegen und gegebenenfalls unabhängig von einer Due Diligence bestehen und sich damit auf die Haftungsbasis des Verkäufers auswirken. Weiter ist nachfolgend zu untersuchen, ob sich die Durchführung auf die Aufklärungspflichten auswirkt.

1. Vorvertragliche Aufklärungspflichten im allgemeinen

Mit Eintritt in die Verhandlungen und bis vor Abschluss eines Vertrags stehen die Parteien nach schweizerischem Recht in einer Sonderverbindung, welche als Vertragsverhandlungsverhältnis bezeichnet wird.⁸⁶ Die Parteien sind in diesem Rahmen zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet, was insbesondere eine Loyalitätspflicht sowie die Pflicht zur Aufklärung über vertragswesent-

83 Blum, Gewährleistungen, 205.

84 Vgl. Hauck, Mängel, 410.

85 Die Schweizer Gerichte lassen zur Milderung relativ grosszügig eine Anfechtung wegen Grundlagenirrtums gemäss Art. 24 OR zu, auf welchen Art. 201 OR keine Anwendung findet.

86 BGE 120 II 331 E. 5a.; BGE 133 III 449 E. 4.1; BK-KRAMER, allgemeine Einleitung zum OR, N. 139.

liche Umstände beinhaltet.⁸⁷ Eine allgemeine vorvertragliche Aufklärungspflicht über wesentliche Grundlagen des Vertrags besteht im schweizerischen Kaufrecht indessen nicht.⁸⁸ In welchem Mass eine vorvertragliche Aufklärungspflicht besteht, hängt gemäss Rechtsprechung und Doktrin von den Umständen des Einzelfalles ab, namentlich der Natur des Vertrags, der Art, wie sich die Verhandlungen abwickeln, sowie den Absichten und Kenntnissen der Beteiligten.⁸⁹

2. Vorvertragliche Aufklärungspflicht des Verkäufers bei Unternehmenskäufen

Das Vorgesagte muss ebenfalls bei Unternehmenskäufen gelten. So muss der Verkäufer den Käufer über wesentliche Umstände, insbesondere über Mängel mit erheblichem Einfluss auf die Entscheidungsfindung oder Preisbestimmung, aufklären. Die entsprechenden Aufklärungspflichten hängen vom betroffenen Unternehmen im Einzelfall ab, wobei der Umfang dieser Pflicht indessen umstritten ist.⁹⁰ Namentlich ist der Verkäufer über solche wesentlichen negativen Punkte aufklärungspflichtig, die dem Käufer aufgrund seiner vorliegenden Informationen nicht bekannt sein können und bei Kenntnis dessen Verhandlungsführung materiell verändern würden.⁹¹ Der Verkäufer darf im Allgemeinen davon ausgehen, dass der Käufer eines Unternehmens mit kaufmännischen Belangen vertraut ist⁹² und somit eine gewisse Erfahrung im Erkennen von Risiken mitbringt. Wesentliche Punkte dürften stets Mängel sein bezüglich des uneingeschränkten Eigentums des Verkäufers an den Aktien beim Aktienkauf, Mängel bezüglich der rechtlichen Existenz des Unternehmens, erhebliche Mängel bezüglich der Ordnungsmässigkeit der relevanten Bilanzen, erhebliche Mängel bezüglich der Ordnungsmässigkeit der Betriebsführung und Rechteinhaltung im Unternehmen und erhebliche betriebsrelevante Mängel im Unternehmen.⁹³ Aus diesem Katalog ergibt sich, dass die Aufklärungspflichten gemäss schweizerischer Lehre ungeachtet der Transaktionsform (Share oder Asset Deal) bestehen und sich auf das gesamte Unternehmen beziehen. Bei Rechtskauf (d.h. beim Share Deal) treten zusätzliche Aufklärungspflichten hinsichtlich des Rechts am Anteilsschein hinzu. Insgesamt werden bei Unternehmenskäufen auf Grund der komplexen

87 Vischer, SJZ 96, 231. vgl. weiter Peter Gauch/Walter Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I (7. A., Zürich 1998) Rn 947, m.w.N.

88 Wahrenberger, Aufklärungspflichten, 64 m.w.N.; ebenso wenig existiert eine allgemeine vorvertragliche Aufklärungspflicht, vgl. hierzu BK-Giger, N 52 zu Art. 184 OR; Blum, Gewährleistungen, 191.

89 Wahrenberger, Aufklärungspflichten, 64; Vischer, SJZ 96, 231; Böckli, Gewährleistungen, 78 f.

90 BK-Giger, N 35 zu Art. 199.

91 Böckli, Gewährleistungen, 79.

92 Böckli, Gewährleistungen, 79.

93 Vischer, SJZ 96, 232.

Materie und wohl auch mit Blick auf die Informationsasymmetrie richtigerweise hohe Anforderungen an die Aufklärungspflicht gestellt.⁹⁴

Die vorvertragliche Aufklärungspflicht des Verkäufers besteht in Anlehnung an Art. 200 Abs. 2 OR hingegen nicht in Bezug auf entscheidungsrelevante Tatsachen, insbesondere Mängel des Kaufobjekts, welche der Käufer kennen sollte, und damit nicht in Bezug auf entscheidungsrelevante Tatsachen, insbesondere Mängel des Kaufobjekts, bezüglich welcher den Käufer eine vorvertragliche Untersuchungsobliegenheit bzw. Pflicht trifft (es sei denn, es liegt eine absichtliche Täuschung des Verkäufers vor).⁹⁵ Mithin ist der Käufer vom Verkäufer über jene Umstände zu informieren, (i) welche der Käufer nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist,⁹⁶ (ii) wenn der Verkäufer weiss, dass sie für den Käufer von erheblichem Interesse sind⁹⁷ oder (iii) sofern der Käufer dies verlangt.⁹⁸

3. Auswirkungen der unterlassenen resp. durchgeführten Due Diligence auf die Aufklärungspflichten

Die nördlich des Bodensees intensiv geführte Diskussion über die Wirkung der Due Diligence auf die Aufklärungspflichten (Erhöhung oder Reduktion der Pflichten resp. keine Auswirkungen) findet in der Schweiz nicht im gleichen Mass statt.⁹⁹

In der Schweiz wird eine erhöhte Aufklärungspflicht befürwortet, wenn der Käufer dem Verkäufer explizite Offenlegungswünsche und so genannte *information requests* unterbreitet, welche dieser beantwortet, oder wenn der Verkäufer selbst Unterlagen zum Kaufobjekt zusammenstellt.¹⁰⁰ Solche Unterlagen müssen vollständig sein und vom Käufer gestellte Fragen müssen richtig beantwortet werden.¹⁰¹ Im Einzelfall kann die vorvertragliche Aufklärungspflicht des Verkäufers bei Unternehmenskäufen mit Blick auf das Treuegebot zudem weiter gehen, wenn bspw. die Due Diligence eine besonders enge Beziehung zwischen Verkäufer und Käufer bewirkt.¹⁰²

Der Verkäufer muss hingegen mit Blick auf die gewöhnliche Aufmerksamkeit im Rahmen der Durchführung einer Due Diligence Umstände nicht spezifisch offen legen, welche für den Käufer erkennbar waren. Eine aktive Aufklärungspflicht besteht, wenn der Verkäufer erkennt, dass der Käufer einen Mangel über-

94 Tschäni, M&A-Transaktionen, Kap. 2, N 4.

95 Vischer, SJZ 96, 233; Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2005 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 19.6.2006, Rz 22 f.

96 BGE 125 III 89; vgl. Art. 200 Abs. 2 OR.

97 BGE 66 II 140 E.6.

98 BK-Giger, N 39 zu Art. 199 OR.

99 Vgl. hierzu Kapitel IV.C.

100 Böckli, Gewährleistungen, 78.

101 Vischer, SJZ 96, 232.

102 Vischer, SJZ 96, 232.

sieht.¹⁰³ Zusammengefasst dürfte die Durchführung einer Due Diligence grundsätzlich die Anforderungen an die Aufklärungspflichten des Verkäufers erhöhen.

4. Die Haftungsgrundlage der culpa in contrahendo

Die Verletzung von Aufklärungspflichten wird gemäss schweizerischer Lehre als Tatbestand der culpa in contrahendo betrachtet.¹⁰⁴ Die culpa in contrahendo basiert auf dem Grundsatz des Verhaltens nach Treu und Glauben und dient als Haftungsgrundlage für die schuldhaften Verletzungen vorvertraglicher Pflichten, die sich mit Aufnahme von Vertragsverhandlungen ergeben und zu loyalem und redlichen Verhalten zwingen.¹⁰⁵ Der Käufer kann mittels culpa in contrahendo schuldhaft Schädigungen durch den Verkäufer auf Grund von Verhandlungsfehlern geltend machen, die einen Mangel des Vertragswerkes bewirkt haben.¹⁰⁶ Bspw. betrifft dies den Fall von ungenügenden Zusicherungen, welche auf die schuldhafte Handlung und Unterlassung des Verkäufers zurückzuführen sind.¹⁰⁷ Dabei darf dem Käufer nicht der Vorwurf eigener Verhandlungsfehler gemacht werden können.¹⁰⁸ Der Käufer kann damit im vorvertraglichen Stadium Schadenersatz auf Grund von unterlassener Aufklärung im vorgenannten Sinn geltend machen.

5. Haftungsgrundlage nach Abschluss des Kaufvertrags

Grundsätzlich richtet sich die Haftung des Verkäufers für Sachmängel nach Abschluss des Vertrags nach Art. 200 Abs. 1 OR. In der Lehre ist umstritten, ob die culpa in contrahendo nach Abschluss des Vertrags durch die Sachgewährleistung verdrängt wird.¹⁰⁹ Überwiegend wird dies befürwortet und mit dem Verweis auf die kaufrechtliche Sonderhaftungsordnung für Sachmängel begründet.¹¹⁰

Dies führt letztlich zum Ergebnis, dass die culpa in contrahendo nach Vertragsschluss Basis bietet für Sachmängel, über welche der Verkäufer den Käufer in Kenntnis dessen Unkenntnis nicht aufgeklärt hat¹¹¹ oder für Mängel, welche nicht als Sachmangel qualifiziert werden können.¹¹² Auf Grund der weiten Auslegung der vorausgesetzten resp. zugesicherten Eigenschaften dürften damit nur noch Mängel von minderer Bedeutung übrig bleiben,¹¹³ welche nach Vertragsschluss über die culpa in contrahendo geltend gemacht werden können.

103 Blum, Gewährleistungen, 194.

104 Wahrenberger, Aufklärungspflichten, 28; wohl auch zustimmend Böckli, Gewährleistungen, 78.

105 Wahrenberger, Aufklärungspflichten, 28 m.w.N.

106 Böckli, Gewährleistungen, 78.

107 Böckli, Gewährleistungen, 78.

108 Böckli, Gewährleistungen, 78.

109 Blum, Gewährleistungen, 194.

110 Blum, Gewährleistungen, 195.

111 Vgl. hierzu auch Blum, Gewährleistungen, 195.

112 Blum, Gewährleistungen, 197.

113 Blum, Gewährleistungen, 197.

Schliesslich ist noch der Vollständigkeit halber zu erwähnen, dass nach Abschluss des Vertrags weitere, in Kapitel III A.1 genannte Haftungsgrundlagen unter den gegebenen Voraussetzungen anwendbar sind.

6. Untersuchungspflicht des Verkäufers

Als weitere Haftungsbasis des Verkäufers kommt eine von der Durchführung einer Due Diligence unabhängige, eigenständige Untersuchungspflicht des Kaufgegenstandes in Frage. Eine generelle, der vorvertraglichen Aufklärungspflicht vorangehende, Untersuchungspflicht existiert nicht.¹¹⁴ Allerdings wird eine solche Pflicht in einem eingeschränkten Mass befürwortet.¹¹⁵ Das Ausmass dieser vorvertraglichen Untersuchungspflicht des Verkäufers richtet sich analog der Untersuchungspflicht des Käufers gemäss Art. 201 OR nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere der Natur des Vertrags, der Art, wie sich die Verhandlungen abwickeln, sowie den Absichten und Kenntnissen der Beteiligten.¹¹⁶

Bei Unternehmenskaufverträgen bedeutet diese vorvertragliche Untersuchungspflicht, dass der Verkäufer sich vor Abschluss des Unternehmenskaufvertrags unter Umständen mittels geeigneter Massnahmen über das Vorhandensein bzw. Nichtvorhandensein von Mängeln, deren Abwesenheit der Käufer nach Art. 197 Abs. 1 OR voraussetzen darf, untersuchen muss. Eine umfassende Untersuchung würde letztlich bedeuten, eine *Vendor Due Diligence* durchzuführen,¹¹⁷ was jedoch über das Ziel hinausschiesst. Die Verletzung der vorvertraglichen Prüfungspflicht stellt jedoch keine eigenständige Haftungsgrundlage dar, sondern erweitert die Haftungsbasis des Verkäufers aus culpa in contrahendo.¹¹⁸

7. Zwischenfazit und Kommentar

Die Durchführung einer Due Diligence dürfte an den vorvertraglichen Aufklärungspflichten des Verkäufers vom Grundsatz her nur wenig ändern. Immerhin ist festzustellen, dass mit steigender Intensität des Vertragsverhandlungsverhältnisses auch die Anforderungen an die Aufklärungspflichten steigen dürften. Hingegen muss der Verkäufer den Käufer nach Durchführung nur über wesentliche negative Vertragspunkte aufklären muss sowie nur über Mängel, welche den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit des Unternehmens als Ganzes aufheben, sowie über solche, die dieser nicht erkennt und dies für den Verkäufer erkennbar ist. Sofern wesentliche Mängel und Umstände im Rahmen einer üblichen Due Diligence nicht erkannt werden konnten oder nicht hätten erkannt werden müssen, besteht hierfür eine vorvertragliche Informations- und Aufklärungspflicht. Eine schuldhafte Unkenntnis des Käufers von relevanten Umständen schliesst

114 Vischer, SJZ 96, 232.

115 BK-Giger, N 1 ff. zu Art. 201 OR; Blum, Gewährleistungen, 195; Vischer, SJZ 96, 232.

116 Vischer, SJZ 96, 232.

117 Vischer, SJZ 96, 233.

118 Vgl. hierzu m.w.N. Blum, Gewährleistungen, 196.

demgegenüber eine Haftung wegen unterlassener Aufklärung aus.¹¹⁹ Die Aufklärungspflichten gehen jedenfalls nicht soweit, dass diese Funktion der Due Diligence ersetzen respektive die Informationsasymmetrie zu beheben vermögen.

Der Verkäufer darf sich mithin nicht auf die Beantwortung des *Due Diligence Questionnaires* beschränken. Er kann seine Haftungsrisiken im Griff behalten mittels offensiver Informationspolitik, insbesondere betreffend schwer erkennbarer Umstände. Hierunter fallen beispielsweise Risiken, die sich nur unter Vergleich von einer Mehrzahl von Dokumenten ergeben. Die *Vendor Due Diligence* erschiene als probates Mittel zur Entgegnung des Vorwurfs mangelhafter Aufklärung. Auf Grund des substantiellen Aufwands wird eine *Vendor Due Diligence* in der Regel jedoch für andere Zwecke durchgeführt (bspw. schwacher Nachfragemarkt). In der Regel wird der Prüfungsumfang und dadurch die Haftung des Verkäufers durch eine entsprechende Formulierung im Vertrag eingegrenzt werden (sog. best knowledge-Vorbehalte), womit der Verkäufer nur für ihm bekannte Umstände haftet.¹²⁰ Mit Blick auf die Vertragsgestaltung ist in diesem Zusammenhang regelmässig wesentlich, dass die Wissenszurechnung der Organe definiert wird.

IV. Haftungsgrundlagen gemäss deutschem Recht

A. Kaufrechtliche Mängelhaftung

1. Einordnung des Unternehmenskauf in §§ 433 ff. BGB

Nach geltendem deutschem Recht ist der Kauf des Unternehmens als eine Einheit in Form eines Kaufes sämtlicher Anteile oder Beteiligungen (Share Deal) oder als Gesamtheit von Sachen und Rechten (Asset Deal) möglich.¹²¹ Grundsätzlich ist ein Asset Deal ein Sachkauf, auf den die Vorschriften der §§ 433 ff. BGB gemäss § 453 Abs. 1 BGB anzuwenden sind. Ein Share Deal ist grundsätzlich ein Rechtskauf i.S.d. §§ 453 Abs. 1 und 433 ff. BGB.

Auf Grund von § 453 BGB ist das Sachmängelgewährleistungsrecht auch auf Unternehmenskäufe anwendbar.¹²² Nach dieser Vorschrift finden die §§ 433 ff. BGB auch beim Kauf von Rechten und «sonstigen Gegenständen» Anwendung.¹²³ Somit werden über den Sachkauf und den Rechtskauf alle handelbaren Wirtschaftsgüter erfasst, selbst wenn sie, wie Kundenbeziehungen, Know-how, die Firma oder der Goodwill, nicht als Sachen oder Rechte ausgestaltet sind.¹²⁴

119 Wahrenberger, Aufklärungspflichten, 102.

120 Blum, Gewährleistungen, 200.

121 § 453 i.V.m § 433 BGB; Rittmeister, Gewährleistung, 24; Adam, Unternehmenskauf, 29; Berens, Due Diligence, 99; Knott, NZG, 249.

122 Rittmeister, Gewährleistung, 24.

123 Rittmeister, Gewährleistung, 24; Knott, NZG, 249.

124 Rittmeister, Gewährleistung, 24.

Der Kaufgegenstand ist beim Unternehmenskauf das Unternehmen als Rechts- und Sachgesamtheit und nicht die Addition der einzelnen Vermögensgegenstände. Im Fall, dass der Share Deal wirtschaftlich einem Asset Deal entspricht, ist diese Transaktionsform gleich zu behandeln.¹²⁵ Dies lässt sich nicht abstrakt und formelhaft, sondern nur durch eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung des jeweiligen Einzelfalls feststellen.¹²⁶ Grundsätzlich dürfte dies der Fall sein, wenn überwiegende Wertquoten verkauft werden.¹²⁷ In diesem Fall «schlägt der Rechtskauf in einen Sachkauf um».¹²⁸

Die Unterscheidung zwischen Share Deal und Asset Deal ist somit für das Haftungssystem bei den Unternehmenskaufverträgen gemäss deutschem Recht formal nicht mehr von Bedeutung;¹²⁹ der materiell-rechtliche Inhalt bleibt indes unterschiedlich.

2. Anknüpfung der Mängelhaftung

Der unter deutschem Kaufrecht resp. der für die Mängelhaftung massgebliche Beschaffenheitsbegriff findet sich in § 434 Abs. 1 Nr. 1 BGB und wird grundsätzlich weit ausgelegt.¹³⁰ Der Begriff erfasst alle tatsächlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen der Kaufsache. Da kein Unternehmen eine standardisierbare Beschaffenheit aufweist, entscheidet die Vereinbarung einer Beschaffenheit beim Unternehmenskauf über die Anwendung des gesetzlichen Gewährleistungsrechts.¹³¹

Allgemein liegt ein Mangel vor, wenn die Ist-Beschaffenheit in einer für den Käufer ungünstigen Weise von der Soll-Beschaffenheit abweicht.¹³² Dabei wird grundsätzlich ein subjektiver Fehlerbegriff angewendet, wonach es bei der Frage nach dem Vorliegen eines Sachmangels entscheidend auf die zwischen den Parteien vereinbarte Beschaffenheit des Unternehmens ankommt.¹³³ Der Beschaffenheitsbegriff ist daher zunächst ausschliesslich am Willen der Parteien auszurichten.¹³⁴

125 Breuer, Mängelhaftung, 165; der Kauf der Unternehmung als Einheit in Form des Asset Deals war bis vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechtes vom 26.11.2001 zuweilen bestritten. Gemäss altem wie neuem Kaufrecht handelt es sich indessen beim Share Deal um einen Rechtskauf.

126 Rittmeister, Gewährleistung, 27.

127 Breuer, Mängelhaftung, 165, der diese Schwelle bei 75% sieht. Der BGH nahm in der bisherigen Rechtsprechung auch einen Unternehmenskauf an im Fall der Übertragung «nahezu aller» Anteile.

128 Vgl. zur Umschlagstheorie Hauck, Mängel, 473 ff.

129 Rittmeister, Gewährleistung, 24 Fussnote 65 m.w.N.

130 Hassel, Verkäuferhaftung, 54.

131 Knott, NZG, 251.

132 Berens, Due Diligence, 99 m.w.N.

133 Deutscher Bundestag, Begründung zum Gesetzesentwurf, BT – Drucksache 14/6040, 211 (<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406040.pdf>).

134 Breuer, Mängelhaftung, 165.

Kann dies nicht festgestellt werden, muss die Beschaffenheit anhand objektiver Kriterien festgestellt werden.¹³⁵ Ein Sachmangel der Kaufsache liegt hierauf basierend vor, wenn sie sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder gewöhnliche Verwendung eignet (§ 434 Abs. 1 BGB).¹³⁶ Eine Feststellung der Beschaffenheit nach der vorausgesetzten Verwendung dürfte für den Unternehmenskauf ausser Betracht fallen, da es eine übliche Beschaffenheit eines Unternehmens wenn überhaupt nur in einzelnen wenigen Bestandteilen gibt.¹³⁷ Ebenso wenig dürfte der Gedanke einer gewöhnlichen Verwendung dienen,¹³⁸ da die Verwendung je nach Käufer und dessen Absichten abweichen kann. In der Literatur wird intensiv diskutiert, wie der Beschaffenheitsbegriff im Fall einer fehlenden Parteienvereinbarung auszulegen sei.¹³⁹ Insgesamt scheint in der Tendenz die Lehre einen weiten Beschaffenheitsbegriff zu befürworten.¹⁴⁰ Auf Grund des erweiterten Verständnisses der Beschaffenheit fallen neuerdings auch Merkmale wie die Ertragsfähigkeit sowie die Finanzdaten unter den § 434 Abs. 1 S. 1 BGB.¹⁴¹ Es ist indessen unstreitig, dass insbesondere Erträge, Umsätze einzelner Bilanzzeiträume und die Ertragsfähigkeit des Unternehmens als Beschaffenheit vereinbart werden können.¹⁴²

B. Due Diligence als Prüfungsobliegenheit des Käufers

1. Grundsatz

Eine generelle Untersuchungspflicht vor Abschluss eines Vertrags betreffend die Kaufsache, wie sie im schweizerischen Recht besteht, existiert im deutschen Recht grundsätzlich nicht.¹⁴³ Ohne zusätzliche, besondere Begleitumstände lässt sich beim Unternehmenskauf eine entsprechende Prüfungs- und Rügeobliegenheit, deren Nichtbeachtung die Verwirkung der Ansprüche aus vorvertraglicher Pflichtverletzung zur Folge hat, nicht ableiten.¹⁴⁴

135 Fritzen, Unternehmenskauf, 26.

136 Berens, Due Diligence, 99.

137 Rittmeister, Gewährleistung, 49.

138 Rittmeister, Gewährleistung, 49.

139 Fritzen, Unternehmenskauf, 26 ff.; Rittmeister, Gewährleistung, 50 ff. Hauck, Mängel, 101 ff.; Hassel, Verkäuferhaftung, 41.

140 Vgl. statt vieler Hauck, Mängel, 324; Rittmeister, 65.

141 Hauck, Mängel, 324.

142 Breuer, Mängelhaftung, 165.

143 Berens, Due Diligence, 105; Breuer, Mängelhaftung, 83; Rittmeister, Gewährleistung, 122; Müller, Due Diligence, 2197; Hölter/Semler, 671 Rn 39.

144 Angersbach, Due Diligence, 144.

2. Grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers infolge unterlassener Due Diligence?

Der Käufer verwirkt gemäss § 442 Abs. 1 S. 1 BGB seine Mängelrechte, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt. Ist dem Käufer gemäss § 442 Abs. 1 S. 2 BGB ein Mangel dagegen infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so kann er Mängelrechte nur dann geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache gem. § 443 BGB übernommen hat.¹⁴⁵ Es ist mithin fraglich, ob im Fall eines Unternehmenskaufs eine grobe Fahrlässigkeit vorliegen könnte, wenn der Käufer die Due Diligence unterlässt. Ist dies der Fall, kann per Umkehrschluss gefolgert werden, dass eine Prüfungsobliegenheit besteht.

Grundsätzlich wird Grobfahrlässigkeit bei demjenigen angenommen, der die im konkreten Einzelfall erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Mass vernachlässigt und dasjenige unbeachtet lässt, was in diesem Fall jedem hätte einleuchten müssen.¹⁴⁶ Ansatzpunkte für eine Grobfahrlässigkeit sind u.a. die fehlende Untersuchung bei augenfälligen Mängeln, das Vorliegen von besonderen Verdachtsmomenten oder bei besonderer Sachkunde.¹⁴⁷ Dies ist auch der Fall, wenn der Verkäufer bzw. ein Dritter auf bestimmte Mängel konkret hinweist und der Käufer gleichwohl keine Untersuchung vornimmt. Entsprechend ist von einer Grobfahrlässigkeit auszugehen, wenn bei Vorliegen besonderer Verdachtsmomente die Prüfung unterlassen oder dem Käufer offensichtliche Widersprüche zu den ihm übergebenen Informationen oder klar auf der Hand liegende Mängel entgangen sind.

Eine Grobfahrlässigkeit kommt gemäss der neueren Lehre auch dann in Frage, wenn den Käufer eine selbständige Untersuchungspflicht der Kaufsache trifft und er dieser nicht nachgekommen ist. Eine Untersuchungspflicht kann insbesondere bei Vorliegen einer Verkehrssitte bestehen.¹⁴⁸ Dabei ist die Verkehrssitte die in den betreffenden Kreisen tatsächliche Übung, also eine verkehrsrübliche Handlungsweise.¹⁴⁹ Sie ist nur von rechtlicher Bedeutung, sofern sie allgemein und ausnahmslos gilt.¹⁵⁰ Insbesondere besteht eine Vermutung, dass eine Verkehrssitte nicht besteht.¹⁵¹

Die Rechtsprechung hatte bisher noch keinen einschlägigen Fall zum Unternehmenskauf zu entscheiden.¹⁵² In der deutschen Lehre befürwortet offenbar nur eine Mindermeinung das Bestehen einer Verkehrssitte zur Durchführung einer

145 Rittmeister, Gewährleistung, 121.

146 Bamberger/Roth, Faust, § 442, Rn. 19; Müller, Due Diligence, 2197.

147 Bamberger/Roth, Faust, § 442, Rn. 20; vgl. hierzu eingehend Fritzen, Unternehmenskauf, 168 ff.

148 Vgl. § 276 Abs. 2; Fritzen, Unternehmenskauf, 172; Müller, Due Diligence, 2197.

149 Fritzen, Unternehmenskauf, 173.

150 Fritzen, Unternehmenskauf, 175.

151 Fritzen, Unternehmenskauf, 175.

152 Müller, Due Diligence, 2198.

Due Diligence,¹⁵³ da es «die» Due Diligence noch nicht gibt.¹⁵⁴ Als Begründung wird insbesondere angeführt, dass sich dieses Instrument mangels erforderlichem Verbreitungsgrad und mangels verfestigter Übung in klar umrissenen Konturen noch nicht zu einer Verkehrssitte verdichtet habe.¹⁵⁵ Weiter existiere kein genereller Prüfmassstab und die *due diligence request lists* seien ebenfalls je nach Berater und je nach den Umständen des Einzelfalles unterschiedlich.¹⁵⁶ Gerade bei kleineren Unternehmen, Familienbetrieben oder Ein-Mann-GmbHs sei eine Due Diligence wohl kaum die Regel.¹⁵⁷ Außerdem würde eine angenommene Verkehrssitte den Interessen der Kaufvertragsparteien nicht entsprechen und könne der genaue Umfang und Inhalt einer Due Diligence auch gar nicht bestimmt werden.¹⁵⁸ Vor diesem Hintergrund vertritt die bisherige, herrschende Auffassung, dass keine grobe Fahrlässigkeit bei Unkenntnis von den Mängeln bei unterlassener Due Diligence vorliegt¹⁵⁹ und welche somit den Ausschluss der Mängelansprüche des Käufers ablehnt, der keine Due Diligence durchgeführt hat.¹⁶⁰ Zudem ist weder eine unvollständige noch unsorgfältige Prüfung generell geeignet, die für § 442 BGB erforderliche grobe Fahrlässigkeit zu begründen.¹⁶¹

Hingegen gibt es anders lautende Minderheitsmeinungen, wonach nunmehr eine hinreichende verfestigte Verkehrssitte anzunehmen sei, jedenfalls bei einem mittleren bis grossen Unternehmens- bzw. Beteiligungskauf eine derartige Prüfung vorzunehmen.¹⁶² Nach dieser Auffassung verliert der Käufer seine Gewährleistungsrechte, sofern er keine Due Diligence durchführt, da er dann grob fahrlässig handelt.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Gewährleistungsansprüche gemäss herrschender Lehre erhalten bleiben, auch wenn keine Prüfungshandlungen durchgeführt werden.¹⁶³ Ansprüche aus § 434 BGB sind jedoch dann ausgeschlossen, wenn der Käufer die Mängel der Kaufsache bei Abschluss des Ver-

153 Hauck, Mängel, 374 m.w.N.; Fritzen, Unternehmenskauf, 175.

154 Fritzen, Unternehmenskauf 175; Knöfler, Auswirkungen, 76; Müller, Due Diligence, 2197.

155 Hauck, Mängel, 375; Rittmeister, Gewährleistung, 123.

156 Rittmeister, Gewährleistung, 123.

157 Knöfler, Auswirkungen, 75.

158 Fritzen, Unternehmenskauf, 175.

159 Rittmeister, Gewährleistung, 123; als seltene Ausnahme kann aus § 242 BGB i.V.m. § 377 HGB abgeleitet werden, dass der Käufer verpflichtet ist, das Unternehmen innert angemessener Frist zu untersuchen und zu prüfen (vgl. hierzu Berens, Due Diligence, 105; Hauck, Mängel, 404 m.w.N.; Rittmeister, Gewährleistung, 123).

160 Vgl. für den Meinungsstand in der Lehre u.a. Berens, Due Diligence, 106; Breuer, Mängelhaftung, 84 f.; Knöfler, Auswirkungen, 72 ff.; Fritzen, Unternehmenskauf, 172 ff.; Voss, Warranties, 214 f.; Müller, Due Diligence, 2198; vgl. eingehend Hassel, Verkäuferhaftung, 102 ff; gemäss Rittmeister, Gewährleistung, 122, ist diese Übung herrschend, was jedoch noch nicht für die Annahme einer Verkehrssitte ausreicht; a.M. soweit erkennbar Knöfler, 72 ff; a.M. Hölter/Semler, 672 Rn 41.

161 Angersbach, Due Diligence, 143; so auch Breuer, Mängelhaftung, 87.

162 Berens, Due Diligence, 106; Knöfler, Auswirkungen, 72 ff. scheint die Annahme einer Verkehrssitte für den Fall des Kaufs eines grossen Unternehmens zu befürworten.

163 Berens, Due Diligence, 105.

trags kannte (§ 442 Abs. 1 S. 1 BGB).¹⁶⁴ Sofern der Käufer jedoch eine Due Diligence durchführt und Kenntnis von Mängeln an der Kaufsache vor Abschluss des Kaufvertrags erhält, führt dies zum Ausschluss der Gewährleistungsansprüche.¹⁶⁵

3. Culpa in contrahendo Haftung

Gemäss weitgehend identischem Verständnis der culpa in contrahendo in der Schweiz und in Deutschland eröffnet diese dem Käufer auf Grund einer vorvertraglichen Vertrauensbeziehung Anspruch auf Schadenersatz bei Verletzung des Vertrauensverhältnisses. Anwendungsbereich sind Schäden, die dem Käufer durch fahrlässige oder vorsätzliche Fehlangaben bzw. fahrlässiges oder vorsätzliches Unterlassen einer gebotenen Aufklärung entstehen. Eine Anwendung der culpa in contrahendo gemäss §§ 280 Abs.1, 311 Abs. 2 BGB setzt grundsätzlich voraus, dass die spezielleren kaufrechtlichen Mängelhaftungsansprüche nicht einschlägig sind.¹⁶⁶ Der Anwendungsbereich der culpa in contrahendo Haftung reduziert sich damit auf Nebenpflichtverletzungen, die nicht zu einem Mangel führen.

Die meisten Autoren bewerten die Frage des Haftungsausschlusses wegen grob fahrlässiger Unkenntnis auf Grund unterlassener oder unsorgfältiger Due Diligence einheitlich und differenzieren was den Pflichtmassstab des Käufers anbelangt nicht zwischen Ansprüchen aus Sachgewährleistungsrecht und Ansprüchen aus vorvertraglicher Pflichtverletzung,¹⁶⁷ weshalb auch die Anforderungen an die Grobfahrlässigkeit dieselben sind. Da gemäss der überwiegenden Ansicht wie gezeigt unter deutschem Recht keine Untersuchungs- und Prüfungspflicht besteht, ist eine unterlassene Due Diligence für die Begründung von Schadenersatzansprüchen aus culpa in contrahendo somit grundsätzlich unschädlich.¹⁶⁸

4. Unterlassene Due Diligence als Mitverschulden

Gemäss einer weiteren Ansicht kann ein Mitverschulden nach § 254 BGB in Frage kommen, wenn der Käufer, wie bspw. bei Vorliegen einer Verkehrssitte, zur Überprüfung des Unternehmens verpflichtet ist.¹⁶⁹ Gemäss § 254 BGB muss derjenige, der die Sorgfalt außer Acht lässt, die nach Lage der Dinge erforderlich erscheint, um sich selbst vor Schaden zu bewahren, den Verlust oder die

¹⁶⁴ Berens, Due Diligence, 105.

¹⁶⁵ Art. 434 BGB.

¹⁶⁶ Breuer, Mängelhaftung, 167; Über die Frage der Konkurrenz zwischen culpa in contrahendo und Kaufrechtsgewährleistung besteht Uneinigkeit in der Lehre. Gemäss überwiegender Ansicht wird eine kumulative Anspruchskonkurrenz zwischen Gewährleistungsrecht und Haftung aus culpa in contrahendo abgelehnt (vgl. hierzu eingehend Hassel, Verkäuferhaftung, 128).

¹⁶⁷ Hauck, Mängel, 381 m.w.N.

¹⁶⁸ Berens, Due Diligence, 100.

¹⁶⁹ Hauck, Mängel, 382.

Kürzung seines Schadensersatzanspruchs hinnehmen.¹⁷⁰ Wird diese Sorgfalt verletzt, erfolgt grundsätzlich eine Anspruchreduktion. Dafür könnte sprechen, dass bei sorgfältiger Prüfung bestimmte Mängel möglicherweise vor Vertragsschluss entdeckt werden könnten. Die Bestimmung von § 254 BGB geht jedoch den Spezialnormen der §§ 442, 651 S. 2 BGB nach, weshalb diese auf Schadensersatzansprüche wegen Sach- oder Rechtsmängeln nicht anwendbar ist¹⁷¹ und somit ein Mitverschulden gemäss § 254 BGB ausser Betracht fällt.¹⁷² Sofern eine Aufklärungspflicht des Verkäufers besteht, ist ein Mitverschulden ebenfalls abzulehnen.¹⁷³ Gleiches gilt für den Fall, wenn der Verkäufer unvollständige Angaben macht, da der Käufer auf richtige und vollständige Angaben vertrauen darf.¹⁷⁴ Der BGH hat überdies bei der Prüfung von Ansprüchen aus culpa in contrahendo nie ein anspruchminderndes Mitverschulden bejaht, wenn der Käufer auf Informationen des Verkäufers vertraut und keine weiteren Nachforschungen angestellt hatte.¹⁷⁵

5. Rechtslage nach Durchführung einer Due Diligence

Gemäss § 442 Abs. 1 S. 1 BGB sind die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen, wenn er den Mangel bei Vertragsschluss kennt. Dabei ist es ohne Belang, wie der Käufer vom Mangel Kenntnis erlangt, also ob im Rahmen einer Due Diligence Prüfung der Zielgesellschaft oder durch ausdrückliche Information des Verkäufers.¹⁷⁶ Insofern besteht hier kein Unterschied, ob der Käufer nun eine Due Diligence durchgeführt oder unterlassen hat. Im Übrigen liegt die Beweislast beim Verkäufer, d.h. er muss, will er sich auf den Ausschluss seiner Verantwortlichkeit für den Mangel berufen, die Kenntnis des Käufers beweisen.¹⁷⁷

Dies führt bei strikter Auslegung zum zunächst merkwürdig anmutenden Resultat, dass ein vorsichtiger Käufer, der eine Due Diligence durchführt, bezüglich die Mängelrechte schlechter gestellt werden könnte, als ein unvorsichtiger Käufer.¹⁷⁸ Denn wie gezeigt stellt das Unterlassen keine grobe Fahrlässigkeit dar und die Mängelrechte bleiben erhalten. Dieses Ergebnis wird von der Lehre teilweise abgelehnt.¹⁷⁹ In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Käufer die Due Diligence in eigenem Interesse durchführt und sich mit Behebung der Informationsasymmetrie in verschiedener Hinsicht in einer vorteilhafteren Ausgangslage befindet (Vertragsverhandlungen, Vermeidung von Prozessen,

170 Bamberger/Roth, Grüneberg, § 254, Rn. 1.

171 Bamberger/Roth, Grüneberg, § 254, Rn. 4.

172 Bamberger/Roth, Faust, § 442, Rn. 33.

173 Fritzen, Unternehmenskauf, 181.

174 Fritzen, Unternehmenskauf, 182.

175 Hauck, Mängel, 382.

176 Fritzen, Unternehmenskauf, 183.

177 Bamberger/Roth, Faust, § 442, Rn. 34.

178 Fritzen, Unternehmenskauf, 183.

179 Berens, Due Diligence, 328.

etc.). Bei besonders gravierenden Mängeln kann sich der Käufer vom Kauf distanzieren, womit sich die Kenntnis auch in diesem Fall für vorteilhaft erweist. Der Käufer hat nach Durchführung der Due Diligence dieselben Informationen wie der Verkäufer, weshalb kein Bedürfnis mehr besteht, den Käufer vor diesen ihm bereits zuvor bekannten Mängeln des Unternehmens zu schützen. Die Haftungsreduktion des Verkäufers ist nicht Folge der Due Diligence, sondern Folge der Kenntnis des Käufers.¹⁸⁰ Eine teleologische Reduktion von § 442 Abs. 1 S. 1 BGB zwecks Beheben des vorstehend erwähnten möglichen Widerspruchs, wie dies in der Literatur teilweise befürwortet wird, ist damit nicht gerechtfertigt.¹⁸¹

6. Zwischenfazit und Kommentar

Somit ist im Ergebnis der Käufer, der keine Due Diligence durchführt, gemäss deutschem Recht in einer vergleichsweise guten Lage. Grundsätzlich trägt der Käufer keine Prüfungsobliegenheit. Ein Unterlassen der Due Diligence wirkt sich wie gezeigt weder unter § 442 Abs. 1 S. 2 BGB noch bei der Berücksichtigung eines Schadenersatzanspruchs als Mitverschulden aus. Der Verkäufer haftet für die Richtigkeit der offen gelegten Informationen. Eine Prüfungsobliegenheit könnte hingegen dann bestehen, wenn die Due Diligence als Verkehrssitte betrachtet würde. Dies ist gegenwärtig nicht der Fall. Sofern besondere Verdachtsmomente vorliegen ist eine Prüfung angezeigt, damit sich der Käufer nicht dem Vorwurf der groben Fahrlässigkeit aussetzt. Sofern in den (weitgehend standardisierten) Unternehmenskaufverträgen umfassende und weitgehende Garantien und Gewährleistungen aufgenommen werden, kommt ein Haftungsausschluss wegen grober Fahrlässigkeit des Käufers ohnehin nicht in Betracht.¹⁸²

Angesichts der inzwischen zumindest inhaltlich weitgehenden Standardisierung der Due Diligence ist anzunehmen, dass sich eine Verkehrssitte zumindest z.T. in Deutschland herabgebildet. Zwar kann nicht bestritten werden, dass kein Unternehmenskauf mit einem anderen identisch ist und damit die jeweilige Due Diligence entsprechend neu strukturiert und durchgeführt werden muss. Auf Grund der Komplexität von Unternehmen, wird es wohl auch in Zukunft keine allgemein gültige Checkliste geben. Hingegen ist die Tatsache, dass eine Due Diligence gemäss empirischen Erhebungen in 80%–95% der Unternehmenstransaktionen durchgeführt wird, ein starkes Indiz für deren Institutionalisierung in der M&A-Transaktion. Die fehlende Vereinheitlichung liegt in der Natur der Sache.

Wenn mit der herrschenden Lehre die eine Prüfungsobliegenheit des Käufers abgelehnt wird, ist es dennoch angezeigt, das Zielunternehmen zu untersuchen, um sich nicht der Gefahr der groben Fahrlässigkeit bei ggf. angenommener Verkehrssitte auszusetzen und damit seine Gewährleistungsrechte gem. § 442 Abs. 1 S. 2 zu wahren. Dies ist insbesondere in den Fällen relevant, in welchen unge-

¹⁸⁰ Eggenberger, Voraussetzungen, 267.

¹⁸¹ Eggenberger, Voraussetzungen, 265.

¹⁸² § 442 Abs 1 S. 2 BGB; Rittmeister, Gewährleistung, 126.

nügende Gewährleistungen existieren. Der Käufer sollte im Weiteren dann nachhaken, wenn er augenfällige Mängel erkennt, ihm besondere Verdachtsmomente zugetragen werden oder er eine deutlich größere Sachkunde als der Verkäufer besitzt. Ansonsten muss der Kaufinteressent beim derzeitigen Stand der Lehre nicht untersuchen.

Wie bereits beim schweizerischen Recht ausgeführt, kann eine Due Diligence auch unter deutschem Recht aus anderen Gründen indiziert sein.¹⁸³

C. Aufklärungs- und Untersuchungsverpflichtung des Verkäufers

1. Vorvertragliche Aufklärungspflichten beim Unternehmenskauf

Prinzipiell gilt der Grundsatz, dass derjenige, der einen Vertrag abschliesst, sich selbst vergewissern muss, ob der Vertrag für ihn von Vorteil ist.¹⁸⁴ Entsprechend existiert auch in deutschem Recht keine generelle Aufklärungspflicht.¹⁸⁵ Die Frage nach dem Bestehen einer Aufklärungspflicht des Verkäufers richtet sich nach dem Einzelfall.¹⁸⁶

Der Verkäufer kann analog zum Schweizer Recht unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo haftbar werden, wenn er eine gebotene Aufklärung des Käufers unterlässt.¹⁸⁷ Die Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht ist in § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht explizit geregelt. Da sich der Käufer jedoch bei einer unterlassenen Aufklärung ebenso wie bei einer falschen Angabe eine unzutreffende Vorstellung von dem Unternehmen macht, wird er von dieser Vorschrift ebenfalls erfasst.¹⁸⁸

Allgemein ist anerkannt, dass eine Aufklärungspflicht besteht, wenn das Verschweigen einer Tatsache gegen Treu und Glauben verstossen würde, was insbesondere dann zutrifft, wenn der Käufer die Information nach der Verkehrsauffassung erwarten darf.¹⁸⁹ Dies ist der Fall, wenn offensichtlich ist, dass bestimmte Umstände massgeblich für den Kaufentschluss des Käufers sind.¹⁹⁰

Über den Umfang der Aufklärungspflichten wird in der deutschen Literatur intensiv diskutiert.¹⁹¹ Der Umfang der Aufklärungspflichten ist grundsätzlich abhängig von der Geschäftsgewandtheit des Käufers und von dessen Möglichkeit des Erkennens von entscheiderelevanten Umständen sowie den tatsächlichen

183 Vgl. hierzu Kapitel III.B.4.

184 Knöfler, Auswirkungen, 138.

185 Hauck, Mängel, 297.

186 Rittmeister, Gewährleistung, 152 m.w.N.

187 Knöfler, Auswirkungen, 138.

188 Rittmeister, Gewährleistung, 151.

189 Vgl. u.a. Berens, Due Diligence, 100 m.w.N.; Knöfler, Auswirkungen, 138 m.w.N.; Fritzen, Unternehmenskauf, 180.

190 Knöfler, Auswirkungen, 139.

191 Knöfler, Auswirkungen, 138 m.w.N.; Fritzen, Unternehmenskauf, 194; Hassel, Verkäuferhaftung, 134.

Fehlvorstellungen des Käufers.¹⁹² Weiter wird eine Aufklärungspflicht für alle Fälle angenommen, in denen eine Partei bei der anderen einen Irrtum erregt hat und die andere Partei erkennbar unter Einfluss dieses Irrtums zum Vertragsschluss schreitet.¹⁹³ Welche Angaben im diesem Zusammenhang von dem Verkäufer zu machen sind, ist durch Abwägung der Umstände des Einzelfalls zu ermitteln.¹⁹⁴

Da es sich bei der culpa in contrahendo um eine Vertrauenshaftung handelt, erhöhen sich die Anforderungen auf die Aufklärungspflichten, je intensiver die Vertragsverhandlungen sind bzw. wenn spezifische Umstände vorliegen. Im Zeitpunkt der Durchführung einer Due Diligence ist regelmässig bereits eine intensive Verhandlungssituation entstanden, da wohl nur einem ernsthaften potentiellen Erwerber Einblick gewährt wird,¹⁹⁵ wodurch die Auskunftspflicht erweitert wird. Der Käufer gibt durch die detaillierte Prüfung zu erkennen, dass für ihn die verschiedenen Einzelheiten der Unternehmenssituation oder des Unternehmensvermögens für den Kaufpreisentcheid bestimmend sein können, womit er sein gesteigertes Aufklärungsbedürfnis zum Ausdruck bringt. Die Aufklärungspflichten erstrecken sich mithin auf solche Umstände, die der Käufer gerade nicht aus den vorgelegten Unterlagen erkennen konnte.¹⁹⁶ In Bezug auf den Umfang der Pflichten des Verkäufers zur Aufklärung spielt es eine Rolle, inwieweit sich der Käufer fachlicher Unterstützung und Beratung bedient und welche Erfahrung er selbst beim Kauf von Unternehmen hat.¹⁹⁷

2. Aufklärungspflichten bei Unterlassen einer Due Diligence bzw. bei deren Durchführung

Das Unterlassen einer Due Diligence Prüfung reduziert die Aufklärungspflichten des Verkäufers nach der wohl überwiegenden Ansicht grundsätzlich nicht.¹⁹⁸ Da eine Due Diligence nicht notwendig ist, kann in der unterlassenen Durchführung kein Verzicht auf eine Aufklärung des Verkäufers gesehen werden.¹⁹⁹ Wenn der Verkäufer basierend auf den vorgenannten Ausführungen verpflichtet ist, eine Tatsache zu offenbaren, so kann es ihm nicht zu Gute kommen, wenn der Käufer nicht danach fragt.²⁰⁰ Im Übrigen ist es irrelevant, ob der Umstand bei einer tatsächlich durchgeführten Due Diligence zu Tage getreten wäre.²⁰¹ Ebenso wenig kann in der Unterlassung einer Due Diligence der Verzicht auf die Aufklärung

192 Vgl. u.a. Berens, Due Diligence, 100 m.w.N.; Rittmeister, Gewährleistung, 153.

193 Knöfler, Auswirkungen, 140; Hassel, Verkäuferhaftung, 134.

194 Rittmeister, Gewährleistung, 153.

195 Knöfler, Auswirkungen, 139.

196 Knöfler, Auswirkungen, 143; Rittmeister, Gewährleistung, 156.

197 Rittmeister, Gewährleistung, 155 m.w.N.

198 Eggenberger, Voraussetzungen, 257; Knöfler, Auswirkungen, 141; Hauck, Mängel, 382; Rittmeister, Gewährleistung, 157; Müller, Due Diligence, 2198.

199 Voss, Warranties, 181.

200 Fritzen, Unternehmenskauf, 180.

201 Fritzen, Unternehmenskauf, 180; a.M. Eggenberger, Voraussetzungen, 258.

gesehen werden.²⁰² Eine unterlassene Due Diligence wirkt sich somit grundsätzlich nicht auf das Bestehen von Aufklärungspflichten aus.²⁰³

Gleiches gilt für die Situation nach Durchführung einer Due Diligence. Der Umstand, dass der Erwerber vor der Durchführung einer Due Diligence anhand einer *due diligence request list* bestimmt, welche Informationen er vom Verkäufer haben möchte, führt nicht zum Erlöschen von dessen Aufklärungspflichten.²⁰⁴ Der Verkäufer kommt vielmehr nur dann seiner Aufklärungspflicht nach, wenn er dem Erwerber sämtliche Unterlagen zur Verfügung stellt, aus denen sich die aufklärungspflichtigen Umstände des zu verkaufenden Unternehmens leicht ersehen lassen.²⁰⁵ Auch kann dem Käufer nicht entgegengehalten werden, dass dieser den Umfang der Prüfung selbst bestimmt hat. Grundsätzlich muss die Due Diligence in einer kurzen Zeit erfolgen und es werden regelmässig aus Geheimhaltungsüberlegungen nicht sämtliche Unterlagen offen gelegt. Hieraus kann nicht der Schluss gezogen werden, dass der Käufer nicht an weiteren Informationen interessiert sei resp. dieser die für ihn wesentlichen Aspekte selbst beurteilen wolle und deshalb nur nach den für ihn wesentlichen Umständen fragen würde.²⁰⁶ Die Durchführung der Due Diligence bedeutet vielmehr, dass die Aufklärung des Käufers durch den Verkäufer in bestimmten Punkten erwartet werden kann, ohne dass sich der Käufer danach erkundigt.²⁰⁷ Hieraus ist zu schliessen, dass infolge Durchführung der Due Diligence ein erhöhtes Bedürfnis an Aufklärung signalisiert wird, zu deren Erfüllung der Verkäufer basierend auf dem Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet ist. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass seit 2001 der BGH in der stark einzelfallbezogenen Rechtsprechung strengere Massstäbe zu Lasten des Verkäufers anstellt und ebenfalls von einer gesteigerten vorvertraglichen Aufklärungspflicht ausgeht.²⁰⁸

In der Lehre wird jedoch auch die gegenteilige Auffassung vertreten, wonach die Due Diligence die Aufklärungspflichten reduziert.²⁰⁹ Zunächst werde die Aufklärungspflicht durch den Beizug von Experten verringert, da diese die erforderliche besondere Sachkunde mitbringen würden. Der eine Due Diligence durchführende Käufer schränke weiters mittels seines Fragenkatalogs bezie-

202 Fritzen, Unternehmenskauf, 181.

203 Fritzen, Unternehmenskauf, 181.

204 Rittmeister, Gewährleistung, 158.

205 Rittmeister, Gewährleistung, 158.

206 Fritzen, Unternehmenskauf, 196.

207 Knöfler, Auswirkungen, 141.

208 Hauck, Mängel, 301 m.w.N.; Hassel, Verkäuferhaftung, 135; Wusste der Verkäufer bspw., dass es um das Unternehmen nicht besonders gut bestellt ist, liess dies nach Ansicht des BGH die Aufklärungspflicht des Verkäufers nicht entfallen. Vielmehr musste der Verkäufer alle die Überlebensfähigkeit ernsthaft gefährdenden Umstände im Einzelnen nennen: «Überdies trifft den Verkäufer in solchen Fällen, wie der Senat in den beiden genannten Urteilen betont hat, im Hinblick auf die wirtschaftliche Tragweite des Geschäfts und die regelmäßig erschwerte Bewertung des Kaufobjekts durch den Kaufinteressenten grundsätzlich eine gesteigerte Aufklärungs- und Sorgfaltspflicht (BGH 28.11.2001, NJW 2002, 1042, 1043).»

209 Hassel, Verkäuferhaftung, 141 f.

hungsweise der *due diligence request list* die für ihn interessierenden Themen ein. Hieraus wird gefolgert, dass wenn der Käufer auf Umstände keinen erkennbaren Wert lege (weil er sie nicht in seine Due Diligence einbezieht), so könne der Verkäufer darauf vertrauen, dass der Käufer gegebenenfalls Fragen stelle. Diese Ansicht ist hingegen problematisch, da hieraus gefolgert werden müsste, dass die Due Diligence bestimmte Aufklärungspflichten gar nicht erst entstehen liesse und so sich das Risiko bezüglich dieser Umstände völlig auf den Käufer verlagern würde.²¹⁰ Im Ergebnis würde dies einen vollständigen Wegfall der Ersatzpflicht zum Ergebnis haben, weshalb diese Ansicht abzulehnen ist.

Für eine «Neutralität» der Due Diligence bezüglich von Aufklärungspflichten wird angeführt, dass sich diese nahtlos in die Rechtsprechung einfüge: Wenn die Redepflicht des Verkäufers nicht einmal entfällt, wenn der Käufer nach Umständen fragt und im Anschluss auf Informationserteilung nicht beharrt, so muss das Nichtfragen des Käufers erst recht unschädlich sein.²¹¹

3. Haftungsgrundlage vor und nach Abschluss

Die Verletzung von vorvertraglichen Aufklärungspflichten richtet sich grundsätzlich nach der culpa in contrahendo,²¹² weshalb für die weiteren Erläuterungen zur Abgrenzung zum Gewährleistungsrecht auf Kapitel IV B.3 verwiesen werden kann. Analog der schweizerischen Regelung wird dem Käufer durch Begründung einer vorvertraglichen Vertrauensbeziehung die Erhebung von Schadenersatzansprüchen ermöglicht, soweit eine Haftung wegen Sachmängeln ausgeschlossen ist.²¹³

4. Untersuchungspflicht des Verkäufers

Eine selbständige Untersuchungspflicht des Verkäufers bezüglich des Kaufgegenstandes ist im deutschen Recht und in der Literatur nicht erkennbar. Wie bereits erwähnt muss sich jeder selbst vergewissern, ob der Vertrag für ihn vorteilhaft ist. Darauf darf sich der Vertragspartner einstellen und muss nicht über Umstände aufklären, von denen er annehmen kann, dass nach ihnen gefragt wird, falls die andere Partei Wert darauf legt.²¹⁴ Dieser Grundsatz wird durchbrochen, wenn nach der Verkehrssitte oder Treu und Glauben mit einer Information zu rechnen war.

Eine selbständige Untersuchungspflicht ist daher nur sehr eingeschränkt anzunehmen. Mit Blick auf die unter gegebenen Umständen gesteigerte Aufklärungspflicht ist jedoch eine eingeschränkte Untersuchungspflicht des Verkäufers zu befürworten, wenn ein gesteigertes Interesse des Käufers an einem bestimmten

210 Hassel, Verkäuferhaftung, 139.

211 Hassel, Verkäuferhaftung, 141.

212 Berens, Due Diligence, 99.

213 Berens, Due Diligence, 99.

214 BGH 13.7.1988, NJW 1988, 763, 764.

Sachverhalt erkennbar ist und der Sachverhalt primär durch den Verkäufer eruiert werden kann. Die Untersuchung wird damit notwendiges Gegenstück zur Aufklärungspflicht des Verkäufers. Die Aufklärungspflicht kann sinnvoll nur wahrgenommen werden, wenn der aufklärungsbedürftige Sachverhalt dem Verkäufer hinreichend bekannt ist. In diesem Sinn erweitert sich die Haftungsbasis des Verkäufers basierend auf der culpa in contrahendo auch unter deutschem Recht.

5. Zwischenfazit

Eine pauschale Aussage über den Einfluss der Due Diligence auf die Aufklärungspflichten nach deutschem Recht ist angesichts der divergierenden Meinungen in der Lehre kaum möglich. Insgesamt ist festzustellen, dass gemäss überwiegender Meinung weder die Unterlassung einer Due Diligence noch deren Durchführung eine Reduzierung der Aufklärungspflichten bewirken. Der Verkäufer kann sich nicht von seinen Aufklärungspflichten mit dem Argument entledigen, der Käufer hätte eine Due Diligence durchgeführt. Schliesslich will sich der Käufer mit einer Due Diligence schützen und gerade nicht seiner Rechtsposition verschlechtern.²¹⁵ In der Tendenz kann angenommen werden, dass sich mit Durchführung der Due Diligence der Haftungskreis des Verkäufers bezüglich Aufklärungspflichten erhöht.

Unter deutschem wie schweizerischem Recht lassen sich Bestand und Umfang der Aufklärungspflichten nur anhand des Einzelfalls eruieren, da die Informationsbedürftigkeit für den jeweiligen Käufer für den betroffenen Umstand verschieden ist.

V. Überblick über die kaufrechtlichen Haftungs- und Gewährleistungsregeln in den USA

A. Die Gewährleistungshaftung beim Unternehmenskauf im common law

1. Das caveat emptor Prinzip

Ausgangspunkt für die Gewährleistung beim Unternehmenskauf im US-amerikanischen Recht ist der allgemein im Kaufrecht des common law geltende Grundsatz des caveat emptor *emptor*» (oder: «*let the buyer beware*»)).²¹⁶ Dieses Prinzip wird bspw. im Black's Law Dictionary definiert wie folgt: «*Let the buyer beware. This maxim summarizes the rule that a purchaser must examine, judge and test for himself*».²¹⁷ Danach liegt es allein im Verantwortungsbereich

²¹⁵ Fritzen, Unternehmenskauf, 180.

²¹⁶ Eggenberger, Voraussetzungen, 53.

²¹⁷ Black's Law Dictionary 9th Edition 2009.

des Käufers, die Kaufsache auf Mangelfreiheit zu untersuchen und entdeckte Mängel zu rügen oder das Vorhandensein etwaiger verdeckter Mängel durch die Aufnahme von Zusicherungen oder Garantie abzusichern.²¹⁸ Eine schuldensunabhängige Gewährleistungsverpflichtung für Mangelfreiheit findet sich im US-amerikanischen Kaufrecht nicht.²¹⁹ Entsprechend haftet der Verkäufer prinzipiell nicht für die Mangelfreiheit des Kaufgegenstands und das Mängelrisiko liegt allein beim Käufer. Das amerikanische Gewährleistungsrecht ist im Bereich des Unternehmenskaufs vom Grundsatz her sehr verkäuferfreundlich eingestellt.²²⁰

Für den Share Deal und den Asset Deal²²¹ ist jedoch das Prinzip des caveat emptor infolge der (vorrangigen) Geltung von Rechtserlassen nicht gleichermassen anwendbar, was in den folgenden Abschnitten für die beiden Erwerbsarten getrennt untersucht wird.

2. Share Deal

Beim Share Deal muss prinzipiell zwischen der Gewährleistung nach dem Uniform Commercial Code (UCC) und der Haftung gemäss Wertpapierrecht («*securities law*») unterschieden werden.²²² Der UCC ist ein Modellgesetz, welches wichtige Teile des Kaufrechts einheitlich für (fast) alle Bundesstaaten regelt und wesentliche Gebiete des Vertragsrechts weitgehend vereinheitlicht.²²³ Im Fall von Lücken im UCC kommen die allgemeinen Regeln des common law zur Anwendung.²²⁴

Gemäss Sect. 8 UCC sichert der Verkäufer eines verbrieften Anteilsscheins für den Fall der Übertragung des Anteils zu, dass die Übertragung wirksam und rechtskräftig ist («*effective and rightful*»), dass die Urkunde echt und nicht verfälscht ist und dem Verkäufer nichts bekannt ist, was die Gültigkeit des Anteilsscheins beeinträchtigen könnte.²²⁵ Zusicherungen zum Kaufobjekt (d.h. dem Unternehmen) sind im UCC nicht vorgesehen.²²⁶

Die Gewährleistungsansprüche im Fall des Share Deals werden in den jeweiligen «*securities laws*»²²⁷ der Gliedstaaten geregelt. Diese gelten jedoch nur innerhalb des jeweiligen Staates.²²⁸

218 Voss, Warranties, 32.

219 Knöfler, Auswirkungen, 37.

220 Knöfler, Auswirkungen, 37.

221 Vgl. für eine eingehende Darstellung von Varianten zur Übernahme resp. Kombination von Unternehmen unter US-amerikanischem Recht Merkt, Due Diligence/Göthel, 558.

222 Merkt, Due Diligence, 1041.

223 Knöfler, Auswirkungen, 38; Voss, Warranties. 37 und 64; Die Vereinheitlichung ist jedoch nicht vollständig, da die UCC in einzelnen Staaten zum Teil in modifizierter Form gelten, wobei die Gesetze jedoch regelmässig nur in Details abweichen.

224 Voss, Warranties, 37.

225 Sect. 8.306 (2) UCC.

226 Merkt, Due Diligence, 1042.

227 Knöfler, Auswirkungen, 38.

228 Knöfler, Auswirkungen, 38.

V. Überblick über die kaufrechtlichen Haftungs- und Gewährleistungsregeln in den USA

Auf Bundesebene gilt generell der Security Act von 1934, der in § 17 (a) eine allgemeine Haftungsvorschrift enthält. Danach macht sich jeder haftbar, der sich eines Täuschungsmittels oder -plans bedient oder sich Geld oder Eigentum durch unrichtige Angaben über eine wesentliche Tatsache verschafft oder sich in einer Form betätigt, die in betrügerischer oder irreführender Weise auf den Käufer wirkt oder wirken kann.²²⁹

Zusätzlich gilt bundesweit weiter der Securities Exchange Act von 1934, der den Handel mit Wertpapieren, die bereits zugelassen sind und damit auch den Verkauf ganzer Unternehmen im Weg der Anteilsübertragung regelt.²³⁰ Der Securities Exchange Act findet immer dann Anwendung, wenn der Anteilserwerb unter Benutzung zwischenstaatlicher Einrichtungen wie Post, Telefon usw. erfolgt. Gemäss Rule 10 b-5 (2) der dazugehörigen Rules and Regulations ist es unzulässig, in betrügerischer Weise unrichtige Angaben im Zusammenhang mit dem Verkauf von Beteiligungen zu machen bzw. wesentliche Angaben in betrügerischer Absicht zu unterlassen.²³¹ Gemäss Rechtsprechung hat die Verletzung dieser Vorschrift ein individuelles Klagerecht des Verletzten zur Folge,²³² welches damit den Käufer jedenfalls bei betrügerischen Machenschaften des Verkäufers schützt. Der US Supreme Court hat es abgelehnt, der *sale of business doctrine* zu folgen, wonach der Erwerb nahezu aller Anteile einer Gesellschaft als Asset Deal zu qualifizieren sei, womit die für den Asset Deal geltenden Regeln die *securities laws* verdrängt hätten.²³³

Damit bleibt festzustellen, dass beim Share Deal die Verkäuferhaftung für den eigentlichen Kaufgegenstand, nämlich das Unternehmen, kaum geregelt ist. Die Haftung des Verkäufers kann gegebenenfalls beansprucht werden, wenn der Anteil nicht wirksam übertragen wird oder in betrügerischer Weise Angaben gemacht wurden.

Somit kommt der vertraglichen Gewährleistungsdefinition eine zentrale Bedeutung zu und nur mit der umfassenden Prüfung des Kaufgegenstandes ist es im Weg des Share Deals möglich, das Synallagma des Unternehmenskaufvertrags sinnvoll zu gestalten und die Äquivalenz der gegenseitigen Leistungspflichten sicherzustellen. Nur in dem Umfang, in dem der Käufer vom Verkäufer Zusicherungen in Bezug auf den Kaufgegenstand erhält, geht die rechtlich relevante Haftung auf ihn über.

229 Merkt, Due Diligence/Göthel, 295 RN 528.

230 Vgl. Berens, Due Diligence, 8.

231 Merkt, Due Diligence/Göthel, 637 RN 1349.

232 Knöfler, Auswirkungen, 39 m.w.N.

233 Knöfler, Auswirkungen, 39; vgl. nachfolgendes Kapitel.

3. Asset Deal

a) Mobilien

Bezüglich den Asset Deal kommen die Vorschriften des UCC gemäss Sect. 2 zur Anwendung.²³⁴ Der UCC enthält in den Sect. 2-312 bis 3-18 detaillierte Regelungen über ausdrückliche und stillschweigende Gewährleistungen und deren Einschränkungen²³⁵ betreffend den Erwerb von Mobilien. Dabei unterscheidet der UCC zwischen gesetzlicher (konkludenter) und vertraglicher Gewährleistung (*«implied and express warranties»*)²³⁶ sowie bezüglich Zusicherungen in Bezug auf das Eigentumsrecht (*«warranties of title»*).

Die *implied warranties* existieren auf Grund gesetzlicher Vorschriften und sind unterteilt in Gewährleistungen für Marktgängigkeit (*«warranty of merchantability»*) und die Eignung für besondere Zwecke (*«warranty of fitness for particular purpose»*).²³⁷ Die Zusicherung für die Marktgängigkeit beinhaltet die Gewähr, dass die Kaufsache von durchschnittlicher Qualität und für den normalen Gebrauch geeignet ist.²³⁸ Die Eignung für einen bestimmten Zweck resp. Gebrauch wird nur angenommen, wenn der Verkäufer den bestimmten Gebrauchszweck kannte und der Käufer sich auf die fachmännische Wahl der Kaufsache seitens des Verkäufers verliess.²³⁹ Die konkludenten Zusicherungen spielen bei Unternehmenskäufen regelmässig eine untergeordnete Rolle, da diese auf den Kaufgegenstand Unternehmen nicht passen. Vom Grundsatz her ist festzustellen, dass die *implied warranties* die Wirkungen der caveat emptor Doktrin reduziert haben.

Die *express warranties* nehmen mithin einen bedeutenderen Stellenwert für die Ausgestaltung des Gewährleistungsregimes eines Unternehmenskaufs in Form eines Asset Deals ein. Gemäss Sect. 2.131(1)(a) UCC ist Voraussetzung für das Zustandekommen einer *express warranty* die Zusicherung in tatsächlicher Hinsicht (sog. *«affirmation of fact»*) oder ein Versprechen (*«promise»*) in Bezug auf den Kaufgegenstand, wobei die Zusicherung Basis des Vertrags geworden sein muss (sog. *«basis of the bargain»*).²⁴⁰ Anhand des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls sowie aus dem Blickwinkel des Erklärungsempfängers ist zu beurteilen, ob eine Angabe zum Vermögensgegenstand eine Zusage darstellt, die eine vertragliche Gewährleistung des Verkäufers begründet oder lediglich eine Meinungsäusserung ist.²⁴¹

234 Knöfler, Auswirkungen, 40.

235 Voss, Warranties, 64.

236 Voss, Warranties, 64.

237 Voss, Warranties, 64.

238 Merkt, Due Diligence, 1042; Hierbei ist erforderlich, dass der Verkäufer Kaufmann ist, d.h. von Berufs wegen Handel mit Sachen dieser Art betreibt.

239 Merkt, Due Diligence, 1042.

240 Knöfler, Auswirkungen, 41.

241 Knöfler, Auswirkungen, 41.

b) Immobilien

Bezüglich Immobilien, welche regelmässig ebenfalls im Rahmen von Asset Deals übertragen werden, ist lediglich die gesetzliche Gewährleistung («*implied warranty*») des frei verkäuflichen Eigentumstitels («*marketable title*») vorgesehen.²⁴² Darüber hinaus bestehen keine gesetzlichen Gewährleistungen wie bspw. bezüglich der Beschaffenheit der Immobilie im common law, weshalb der Grundsatz des caveat emptor praktisch uneingeschränkt gilt. Entsprechend ist beim Immobilienkauf zwingend ein passender Katalog von *warranties* zu vereinbaren, ansonsten der Käufer praktisch schutzlos bleibt.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass sowohl beim Share und Asset Deal die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen ungenügend sind. Sofern die Transaktion in der Form eines Asset Deals ohne Immobilien durchgeführt wird, ist eine Haftung für die Beschaffenheit gegeben, was jedoch eine explizite Zusage erfordert, welche als Geschäftsgrundlage qualifiziert werden kann. Für Immobilien kann der Käufer ohne zusätzliche *warranties* lediglich auf die Übertragung des unbelasteten Eigentumstitels bestehen.

B. Haftungsrechtliche Relevanz der Due Diligence

Die vorgenannten Grundzüge des US-amerikanischen Gewährleistungsrechts lassen erkennen, dass die Ausgestaltung der Haftung weitgehend dem Käufer überlassen wird und nur am Rande eine gesetzliche Haftung des Verkäufers vorgesehen ist.

Wenn der Käufer den Verkäufer haftbar machen will, muss er den Kaufgegenstand selber im Detail untersuchen und sich passende und umfassende Zusicherungen und Gewährleistungen ausbedingen. Auf Grund des dürftigen gesetzlichen Schutzes weisen die Gerichte regelmässig darauf hin,²⁴³ dass auf Grund des caveat emptor Prinzips der Käufer für seinen Schutz selbst verantwortlich ist und demnach hierzu entsprechende *warranties* vereinbaren muss.

Um ein zufrieden stellendes vertragliches Gewährleistungsregime zu erstellen, sind die eingehende Prüfung des Kaufobjekts und damit eine Due Diligence unverzichtbar. Gerade bei einem Unternehmenskauf müssen im Detail sämtliche Bereiche geprüft und die Risiken gewichtet werden, um den Umfang und die Haftungsfolgen bei Verletzungen wirksam bestimmen zu können. Es liegt dabei auf der Hand, dass das Unternehmen prinzipiell vor Vertragsunterzeichnung oder zumindest vor dem Vollzug (*post-signing* oder *pre-closing due diligence*) untersucht werden muss, damit die identifizierten Risiken im Vertrag erfasst werden können. Bei der Informationsgewinnung und damit Ausgestaltung der Verkäuferhaftung ist die Due Diligence von essentieller Bedeutung.

²⁴² Merkt, Due Diligence, 1043.

²⁴³ Vgl. Knöfler, Auswirkungen, 42 m.w.N.

Der Sorgfaltsmassstab der Untersuchung spielt mit Blick auf die *caveat emptor* Doktrin keine Rolle, da der Käufer auch bei angemessenen sorgfältiger Untersuchung des Unternehmens nicht automatisch wegen eines nicht entdeckten Mangels Gewährleistungsrechte geltend machen kann.²⁴⁴

C. Culpa in Contrahendo, Aufklärungspflichten

Der UCC enthält in Sec. 1-203 UCC eine allgemeine Pflicht zum Verhalten nach Treu und Glauben^{245, 246}. Die Bedeutung des Prinzips analog zur der schweizerischen und deutschen Rechtsordnung als allgemein anerkannte Pflicht hat es jedoch in den USA nicht und es besteht kein identisches Rechtsinstrument.²⁴⁷ Auch wenn das amerikanische Rechtssystem grundsätzlich dieses Prinzip rezipiert hat, werden die daraus fliessenden Pflichten nicht auf die Verhandlungsphase erstreckt.²⁴⁸ Nach gewissen Lehrmeinungen sind entsprechend die Haftungsansprüche («*tort remedies*») nicht auf vorvertragliche Haftung anwendbar.²⁴⁹ Der UCC enthält keine Bestimmung zur vorvertraglichen Haftung.

An Stelle der culpa in contrahendo tritt das auf dem Haftungs- und Vertragsrecht basierende sog. *promissory estoppel* Prinzip, welches im Restatement (Second) of Contracts (1981), § 90, geregelt ist. Dieses Prinzip stellt eine bei der Vertragsauslegung angewandte Doktrin dar, nach der Ungerechtigkeiten vermieden werden sollen, wenn eine Partei ein einseitiges, nicht mit einer Gegenleistung verbundenes Leistungsversprechen abgibt und der andere Vertragspartner, der sich darauf verlässt, einen Nachteil erleidet.²⁵⁰ Die *promissory estoppel* wird in den USA allgemein als Äquivalent zur Gegenleistung angesehen.²⁵¹

Entsprechend gibt es gemäss Lehrmeinung keinen exakten Gegenpart zur culpa in contrahendo im US-Rechtssystem, wobei jedoch andere funktionell ähnliche Mechanismen eingesetzt werden. Aus diesem Grund üben die Gerichte eine Zurückhaltung in der Anwendung der culpa in contrahendo aus²⁵² und die Rechtsprechung ist bei der Anwendung der Prinzipien des *good faith* jedoch noch immer sehr zurückhaltend. In den Gliedstaaten wird die culpa in contrahendo

244 Voss, Warranties, 11.

245 «Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement».

246 Black's Law Dictionary definiert die culpa in contrahendo wie folgt: «The principle that parties must act in good faith during preliminary contract negotiations; esp., the principle that a breach by the offeror after the offeree has begun performance of a unilateral contract and is stopped by the offeror before completion will give rise to liability in tort».

247 Kessler/Fine, Culpa in Contrahendo, 440.

248 Mirmina, survey, RN 3, 93.

249 Mirmina, survey, RN 3, 93.

250 Voss, Warranties, 26.

251 Voss, Warranties, 27.

252 Kessler/Fine, Culpa in Contrahendo, 439.

zögerlich in eine Aufklärungspflicht ausgedehnt.²⁵³ Dem *caveat emptor* Prinzip folgend, ist demnach noch keine generelle Informationspflicht des Verkäufers gegenüber dem Käufer erkennbar. Die Due Diligence ist damit zwingendes Instrument zur Erlangung der für den Kaufabschluss erforderlichen Informationen, damit der Käufer die Haftung des Verkäufers sinnvoll definieren kann.

VI. Vergleich der Rechtsordnungen

In den vorangegangenen Kapiteln wurden die rechtsordnungsimmanenten Haftungsgrundlagen sowie die Untersuchungs- und Aufklärungspflichten in Form einer Bestandesaufnahme summarisch erfasst. Diese Bestandesaufnahme erlaubt nachfolgend den Vergleich der drei Rechtsordnungen und der bisherigen Erkenntnisse, wobei demselben Aufbau gefolgt wird.

a) Einordnung des Unternehmenskaufes bei den kaufrechtlichen Regeln

In den drei betrachteten Rechtsordnungen wird der Unternehmenskauf bei den Vorschriften des Kaufes lokalisiert. Im schweizerischen Recht gilt der Asset Deal gemäss einhelliger Meinung als Sachkauf, auf welchen die Regeln der Sachmängelgewährleistung Anwendung finden. Demgegenüber gehen die schweizerische Lehre und Rechtsprechung beim Share Deal bei der Einordnung als Sach- resp. Rechtskauf auseinander. Die Ungleichbehandlung ist in der Lehre und Rechtsprechung als Problem erkannt worden. Seit der Schuldrechtsmodernisierung im deutschen Recht wird das Unternehmen als «sonstiger Gegenstand» gemäss § 453 BGB zutreffend dem Sachkauf zugewiesen. In den USA kommen mangels Geltung der *sale of business doctrine* je nach Transaktionsform abweichende Bestimmungen zur Anwendung. Da sowohl für Asset als auch Share Deal in den USA nur ungenügende Schutznormen für den Käufer existieren, ergeben sich materiell soweit erkennbar keine wesentlichen Unterschiede.

b) Verkäuferhaftung betreffend Mängel

Die zivilrechtlich geprägten Rechtsordnungen erfassen die Verkäuferhaftung anhand des Gewährleistungsrechtes. Grundlage und Ausgangspunkt für die Mängelhaftung sind die Begriffe der vorausgesetzten Eigenschaften (Schweiz) resp. Beschaffenheit (Deutschland). In beiden Ländern werden diese Begriffe weit ausgelegt, womit im Bereich des Unternehmenskaufes insbesondere auch korrekte Finanzdaten erfasst werden.

In der Schweiz ist das Unternehmen beim Share Deal gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und entgegen der herrschenden Lehre nicht direkter Kaufgegenstand, weshalb sich die Verkäuferhaftung primär auf die Anteilscheine richtet. Dies wird in der Rechtsprechung über die Irrtumsanfechtung

²⁵³ Turnbull v. Larosa, 702 P.2d 1331 (Alaska 1985) mit Verweis auf UCC § 1-203; Mark Sawko et al. vs. Jackson Properties Inc. et al. CV 1999-016121 (Superior Court of Arizona).

teilweise korrigiert. In Deutschland findet gemäss wohl herrschender Lehre basierend auf § 453 Abs. 1 BGB die Sachgewährleistung einheitlich sowohl für den Asset wie auch den Share Deal bei Übertragung von überwiegenden Wertquoten Anwendung, womit für den Rechtsanwender in dieser Frage Klarheit herrscht. Das amerikanische Recht regelt die Gewährleistung des Käufers kaum, weshalb die Verkäuferhaftung praktisch ausschliesslich der Parteivereinbarung unterliegt.

c) Prüfungsobliegenheit

In der Schweiz und in Deutschland wird das Thema der Prüfungsobliegenheiten des Käufers bezüglich das Unternehmen in der Literatur rege diskutiert. Die deutsche und die schweizerische Lehre unterscheiden sich erheblich betreffend die Annahme einer Prüfungsobliegenheit. Gemäss Art. 200 Abs. 2 OR ist anders als bei § 442 Abs. 1 S. 2 BGB vom Käufer die gewöhnliche Aufmerksamkeit gefordert, worunter in der Schweiz ohne anders lautende Parteivereinbarung die Prüfung des Kaufgegenstands und damit gemäss der wohl herrschenden Lehre die Durchführung einer Due Diligence gehört. Die Unterlassung einer Due Diligence oder zumindest einer eingeschränkten Prüfung bei schweizerischen Transaktionen bewirkt somit, anders als in Deutschland, eine Haftungsverschärfung des Käufers betreffend Mängel resp. eine Haftungsreduktion des Verkäufers. Weiter führt in der Schweiz auch die unsorgfältige Durchführung zu einer Verschärfung der Haftung des Käufers.²⁵⁴ Sofern sich der Käufer keine passenden Zusicherungen im Kaufvertrag ausbedingt, reduziert der Käufer seine Gewährleistungsansprüche ohne Due Diligence in der Schweiz erheblich. Die strikten Rügefristen im schweizerischen Recht führen zu einer weiteren, einschneidenden Verschärfung der Käuferhaftung.

Gemäss deutschem Recht entfallen Sachgewährleistungsansprüche bei grober Fahrlässigkeit des Käufers, welche jedoch nur unter strengen Voraussetzungen angenommen wird. Da im deutschen Schrifttum gemäss überwiegender Meinung keine Verkehrssitte zur Durchführung einer Due Diligence besteht, gilt das Unterlassen einer Due Diligence nicht als grobe Fahrlässigkeit. Als Begründung für die unterschiedliche Annahme einer Verkehrssitte ist denkbar, dass die schweizerische Lehre mit Blick auf die ohnehin gesetzlich vorgesehene Prüfungsobliegenheit eher bereit ist, diese zu bejahen. Im Vergleich werden in der Schweiz prinzipiell höhere Anforderungen an die Sorgfalt gestellt.²⁵⁵ Dies ist wohl darauf zurückzuführen ist, dass in der Schweiz eine Eigenschaftszusicherung schneller angenommen wird als eine Beschaffenheitsgarantie nach deutschem Recht.²⁵⁶

In der Schweiz werden anders als im deutschen Schrifttum die besonderen Umstände oder die besondere Sachkunde, welche Anlass zu einer Due Diligence sein können, nicht erwähnt. Auch in Deutschland werden jedoch diese Fälle als

254 Vgl. Kapitel III B.3.

255 Vgl. Kapitel III.B.3.

256 Vgl. Hauck, Mängel, 396.

Ausnahmefälle behandelt, weshalb sich materiell keine wesentlichen Unterschiede ergeben. In beiden Ländern wird dem Käufer der Erkenntnisgewinn aus der Due Diligence zugerechnet. In beiden Ländern bleibt die Due Diligence ein grundsätzlich freiwilliges Instrument der Informationsgewinnung²⁵⁷ und trotz deren Übernahme ins nationale Recht erfährt die jeweilige kaufrechtliche Dogmatik und das Rechtsverhältnis Käufer/Verkäufer keine Änderung.

Während in der schweizerischen und deutschen Rechtsordnung der Verkäufer von Gesetzes wegen weitgehend haftet (für die vorausgesetzten Eigenschaften resp. die Beschaffenheit), bleibt der US-amerikanische Käufer ohne Gewährleistungszusagen seitens des Verkäufers weitestgehend schutzlos. Das US-Rechtssystem schützt den Käufer eines Unternehmens mangels auf Unternehmenskäufe sinnvoll anwendbarer *implied warranties* kaum. Entsprechend ist es für den Käufer in diesem Rechtssystem essentiell, eine Due Diligence durchzuführen, damit der Haftungsumfang des Verkäufers überhaupt definiert werden kann. Ein Unternehmenskauf in den USA ohne die Abfassung eines umfassenden Gewährleistungskatalogs dürfte selten vorkommen. Entsprechend kann die Durchführung einer Due Diligence in den USA als Verkehrssitte qualifiziert werden.

d) Haftung aus culpa in contrahendo

In der Schweiz und Deutschland wird die Haftung aus culpa in contrahendo mit Blick auf Unternehmenskaufverträge regelmässig thematisiert. Gemäss überwiegender Meinung in beiden Rechtsordnungen wird die culpa in contrahendo Haftung im Anwendbarkeitsbereich der Gewährleistungsregeln durch diese verdrängt.

In der Schweiz scheiden Ansprüche des Käufers prinzipiell aus, wenn dem Käufer Kenntnis resp. grobfahrlässige Unkenntnis vorgehalten werden kann. In Deutschland ist eine unterlassene Due Diligence für die Begründung von Schadenersatzansprüchen aus culpa in contrahendo grundsätzlich unschädlich.

Im US-Rechtssystem wird vorvertragliche Haftung über die allgemeinen Grundsätze, insbesondere über das *promissory estoppel* Prinzip erfasst. In den USA besteht lediglich im Anwendungsbereich des UCC eine generelle Verhaltenspflicht nach Treu und Glauben, welche jedoch nicht auf die Phase vor Vertragsschluss ausgeweitet wird.

e) Aufklärungs- und Untersuchungspflichten

Bestand und Umfang der Aufklärungspflichten des Verkäufers müssen unter deutschem und schweizerischem Recht anhand des Einzelfalls festgestellt werden. Grundsätzlich kann der Schweizer und deutsche Verkäufer im Einzelfall und ungeachtet der Durchführung einer Due Diligence verpflichtet sein, den Käufer ungefragt über wesentliche Umstände aufzuklären.

²⁵⁷ Betr. Deutschland vgl. Angersbach, Due Diligence, 25.

Aus der Untersuchungspflicht des Käufers gemäss Art. 200 Abs. 2 OR wird eine reduzierte Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung des Käufers unter schweizerischem Recht abgeleitet. Insbesondere wird die Aufklärungspflicht des Verkäufers abgelehnt für Mängel des Kaufobjekts, welche der Käufer kennen sollte, d.h. bezüglich welcher den Käufer eine vorvertragliche Untersuchungsobliegenheit bzw. -pflicht trifft. In der deutschen Literatur herrscht keine einheitliche Meinung betreffend die Auswirkungen der Due Diligence auf die Aufklärungspflichten. In der Tendenz erhöhen sich die Anforderungen an den Verkäufer bezüglich die Aufklärung des Käufers mit Durchführung der Due Diligence auf Grund der damit zusammenhängenden Intensivierung des vorvertraglichen Verhandlungsverhältnisses. Die Rechtsprechung des BGH geht in diese Richtung.²⁵⁸ Insbesondere kann der Verkäufer durch den Informationsbedarf des Käufers das Informationsdefizit und gegebenenfalls Irrtümer erkennen. Weiter haftet der Verkäufer für die Richtigkeit der offen gelegten Informationen. Eine Untersuchungspflicht des Verkäufers wird in diesen beiden Rechtsordnungen nur sehr eingeschränkt und als Reflex der Aufklärungspflichten anzunehmen sein. Wird ein Unternehmenskauf nach US-amerikanischem Recht abgeschlossen, unterliegt der Verkäufer keiner Aufklärungspflicht. Basierend auf dem caveat emptor Prinzip ist der Käufer gehalten, das Kaufobjekt selbst zu untersuchen. Die Rechtsprechung in den Gliedstaaten scheint jedoch in Einzelfällen eine Aufklärungspflicht basierend auf dem Prinzip von Treu und Glauben anzunehmen.

VII. Zusammenfassung und Würdigung

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass die gesetzlichen Gewährleistungsregeln und Regeln zur Verkäuferhaftung beim Unternehmenskauf je nach Rechtsordnung erheblich voneinander abweichen. Weiter wurde dargestellt, dass die gesetzlichen Bestimmungen den Anforderungen der Praxis in aller Regel nicht gerecht werden. Der Kaufgegenstand Unternehmen ist regelmässig kaum eingegrenzt und die Parteien können ihre Haftung auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen kaum kalkulieren, weshalb sich die Vertragsparteien daher nicht auf die jeweilige kaufrechtliche Haftung verlassen dürfen. Für den Kauf grosser und mittlerer Unternehmen ist damit im Einklang mit der (sich herbildenden) Verkehrssitte eine Due Diligence erforderlich, um das gesetzliche Gewährleistungs- und Haftungssystem durch eigene Regeln sinnvoll zu ersetzen. Angesichts der Rechtsunsicherheit im schweizerischen Gewährleistungsrecht beim Share Deal und des praktisch vollständigen Fehlens von Anspruchsgrundlagen im amerikanischen Recht ist ein vertraglicher Gewährleistungskatalog aus Sicht des Käufers zwingend.

258 Vgl. Kapitel IV.C.2.

Das schweizerische Recht erscheint im Bereich des Unternehmenskaufes mit Blick auf die weite Auslegung des Eigenschaftsbegriffes zunächst käuferfreundlich. Bei näherer Betrachtung ergeben die gesetzlichen Regeln erhebliche Nachteile für den Käufer, da diesen strenge Prüfungs- und Rügeobligationen treffen, bei deren Missachtung der Käufer seine Gewährleistungsrechte weitgehend einbüsst. Zur Wahrung der Rechte aus der Sicht des Käufers ist eine Due Diligence daher empfehlenswert. Das deutsche Recht ist klar am käuferfreundlichsten ausgestaltet. Der weite Beschaffenheitsbegriff, die fehlende Prüfungsobligationen und die erhöhten Anforderungen an die Aufklärungspflicht des Verkäufers tragen dazu bei, dass der Käufer im deutschen Recht auch ohne Due Diligence über weite Strecken geschützt wird. Das amerikanische Recht hingegen sieht basierend auf dem noch immer geltenden caveat emptor Prinzip nur sehr eingeschränkt gesetzlich anwendbare Schutzmechanismen für den Käufer vor und dient daher primär den Interessen des Verkäufers. Der Käufer kommt daher nicht umhin, eine Due Diligence für die Ausgestaltung der Verkäuferhaftung durchzuführen.

