

# M&A und Umwelthaftungsrecht in Deutschland

Von *Manuel Banck* und Prof. Dr. *Joachim Jickeli*

## Inhalt

- A. Einleitung
    - I. Interessenlage der Beteiligten
    - II. Erscheinungsformen des Unternehmenskaufs
    - III. Haftungsrisiken aus Umweltschäden
  - B. Die gesetzliche Verteilung des Haftungsrisikos
    - I. Haftungsrechtliche Grundlagen
    - II. Die Haftungsverteilung bei der allgemeinen zivilrechtlichen Umwelthaftung
    - III. Haftung des Käufers und Verkäufers nach dem UmweltHG
    - IV. Haftung nach dem Umweltschadengesetz
    - V. Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz
    - VI. Zwischenergebnis
  - C. Der Unternehmenskauf im Überblick
    - I. Grundsatz der freien Rechtswahl
    - II. Ansprüche des Käufers nach deutschem Recht (Regress nach einer Umwelthaftung des Käufers)
    - III. Due Diligence
    - IV. Zwischenergebnis
  - D. Spezielle Klauseln zur Verteilung des Haftungsrisikos
    - I. Garantien
    - II. Regresserleichterungen
    - III. Regresserschwerungen
    - IV. Regressausschluss
    - V. Schadensteilung
    - VI. Warranty and Indemnity Insurance
    - VII. Sicherheiten
  - E. Zusammenfassende Thesen
- Literaturverzeichnis

## A. Einleitung

Der Kauf eines Unternehmens birgt für den Käufer zahlreiche Risiken. Von entscheidender Bedeutung ist dabei das wirtschaftliche Risiko. Ziel des Käufers ist es in der Regel, den Unternehmenskauf so zu gestalten, dass er mit dem Unternehmen langfristig Gewinn machen kann. Bei dieser Kalkulation muss der Käufer die unterschiedlichsten Aspekte erkennen und bewerten. Typische Fragen, die sich der Käufer stellen muss, lauten etwa:

- Wie ist die Verteilung von Gewinnchancen und Verlustrisiken im vorhandenen Auftragsbestand?
- Bestehen Garantierisiken aus bereits erfolgten Lieferungen und Leistungen?
- Sind Steuern und Abgaben, die im Zusammenhang mit der Unternehmenstätigkeit in Veranlagungszeiträumen vor dem Übergangsstichtag entstanden sind, bereits zutreffend ermittelt, gezahlt und abgeführt?
- Welche Risiken bestehen in Bezug auf Betriebsstörungen oder Rechtsstreitigkeiten?

Das steigende Umweltbewusstsein innerhalb der Bevölkerung hat dazu beigetragen, dass der Gesetzgeber seit den 1970er Jahren etliche Gesetze und Verordnungen auf dem Gebiet des Umweltrechts erlassen hat und den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und der Tiere sogar zu einer Staatszielbestimmung mit Verfassungsrang erhoben hat (Art. 20 a GG). Beim Unternehmenskauf sind seitdem auch verstärkt umweltrechtliche Risiken und Fragen zu beachten. Die von BP, Honeywell und Transocean verursachte Umweltkatastrophe im Golf von Mexiko zeigt mit aller Deutlichkeit, in welchem Umfang heute der Wert eines Unternehmens von der Haftung für Umweltschäden abhängen kann.

Je nach Art des Unternehmens können durch den Betrieb und seine Erzeugnisse schädliche Umwelteinwirkungen verursacht werden oder – was häufig der Fall

ist – durch frühere Betriebstätigkeit verursacht worden sein. Hierzu zählen insbesondere Verunreinigungen von Boden, Grundwasser und Luft durch Schadstoffe, Gefährdungen oder Belästigungen der Umwelt durch Immissionen, die vom technischen Betriebsablauf ausgehen, durch Abfälle des Betriebs und durch vom Unternehmen hergestellte oder vertrieben Produkte, die gesundheits-schädliche Schadstoffe enthalten oder sonst den umweltrechtlichen Erfordernissen nicht genügen. Diese Aspekte sollten bei der Gestaltung eines Unternehmenskaufvertrages eine Rolle spielen.

Ziel dieses Vortrags ist es, darzulegen, wie bei dem Kauf von Unternehmen die Risiken aufgrund der Haftung für Umweltschäden zwischen den Parteien nach den deutschen Gesetzen verteilt (unten B.) und welche abweichenden Lösungen durch Vertragsgestaltung erreichbar sind (unten C.). Zunächst sollen jedoch einige Grundlagen erarbeitet werden.

## **I. Interessenlage der Beteiligten**

### **1. Interesse des Verkäufers**

Das Interesse des Verkäufers liegt auf der Hand. Er möchte sich definitiv von dem Unternehmen trennen und dabei einen möglichst hohen Kaufpreis erzielen. Er möchte wegen eventuellen Kontaminationen keine Minderung des Kaufpreises hinnehmen müssen und nicht nach dem Verkauf des Unternehmens noch für Altlasten belangt werden. Seine Haltung ist dabei eine passive, abwehrende. Der Verkäufer strebt an, dass möglichst überhaupt keine Gefahrenabwehrmaßnahmen bzw. Sanierungsvorhaben getroffen werden müssen. Darüber hinaus will er möglichst keine Garantien für die Umweltverträglichkeit des zu verkaufenden Unternehmens abgeben. Viele der üblichen Garantien und Freistellungen bergen für den Verkäufer nämlich nur

schwer kalkulierbare Haftungsrisiken.

## **2. Interesse des Käufers**

Der Käufer auf der anderen Seite will für Umweltschäden aus Anlagen etc. nicht haften, da er diese Anlagen nicht in eigener Verantwortung erstellt hat und sie vor dem Kauf in der Regel nicht abschließend auf die von ihnen ausgehenden Umweltgefahren hin untersuchen kann. Sind die umweltrechtlichen Risiken bereits vor Abschluss des Kaufvertrages bekannt, will der Käufer diese nutzen, um seine Verhandlungsposition zu stärken und einen möglichst geringen Kaufpreis auszuhandeln. Die Relevanz möglicher Umweltschäden für die Ermittlung des Unternehmenswerts ist besonders schwierig, wenn der Haftungsgrund und der Haftungsumfang noch ungewiss sind.

Darüber hinaus versucht der Käufer im Regelfall, mit umfangreichen Garantien und Freistellungen sowohl die allgemeinen Risiken eines Unternehmenskaufs, als auch die speziellen umweltspezifischen Risiken abzudecken. Als Beispiel sei hier etwa die Pflicht zur Beseitigung von Altlasten genannt. Im Falle eines Gewährleistungsanspruchs oder eines Schadensersatzanspruchs trägt der Käufer allerdings neben dem Prozessrisiko auch das Insolvenzrisiko des Verkäufers und damit das Risiko der Durchsetzbarkeit seines Anspruchs.

## **II. Erscheinungsformen des Unternehmenskaufs**

Das deutsche Recht kennt zwei unterschiedliche Formen des Unternehmenskaufs: Den Asset-Deal und den Share-Deal.

### **1. Asset-Deal**

Beim Asset-Deal vollzieht sich der Unternehmenskauf durch den Erwerb

sämtlicher Wirtschaftsgüter (engl. Assets) des Unternehmens. Das Unternehmen wird also als Sach- und Rechtsgesamtheit verkauft. Die Sach- und Rechtsgesamtheit ist ein „sonstiger Gegenstand“ im Sinne des § 453 Abs. 1 BGB, so dass die Vorschriften über den Sachkauf entsprechende Anwendung finden. Der Kaufvertrag kann in einer einzigen Urkunde niedergelegt werden. Zu den Wirtschaftsgütern zählen alle zum Unternehmen gehörenden Sachen, Rechte und sonstige Gegenstände, also Grundstücke, bewegliche Sachen, die Firma, Marken, Lizenzen, Geschäftsgeheimnisse usw. Diese Rechte und Sachen müssen zur Erfüllung des Kaufvertrags nach den jeweils für sie geltenden speziellen Vorschriften im Wege der Singularsukzession übertragen werden. Dies kann nicht in einem einheitlichen Rechtsakt geschehen. Daher ist ein Asset-Deal in Deutschland kompliziert und aufwendig.

## **2. Share-Deal**

Beim Share-Deal hingegen erwirbt der Käufer des Unternehmens Anteile an dem Rechtsträger, unter dessen Form das zum Verkauf stehende Unternehmen betrieben wird. Der Share-Deal stellt einen Rechtskauf im Sinne des § 453 Abs. 1 BGB dar, der seit der Schuldrechtsmodernisierung im Jahre 2001 wie ein Sachkauf zu behandeln ist. Kaufgegenstand sind dabei Aktien, Geschäftsanteile, oder Gesellschaftsanteile an einer Gesellschaft.

## **3. Bedeutung der Unterscheidung für die Umwelthaftung**

Für die Umwelthaftung spielt die Unterscheidung zwischen Asset-Deal und Share-Deal eine entscheidende Rolle. Das liegt daran, dass beim Share-Deal der Rechtsträger und damit die ihn treffenden Haftungsansprüche übernommen werden. Beim Asset-Deal tritt diese Rechtsfolge nur ein, wenn die Haftung vom vorherigen auf den neuen Rechtsträger übergeleitet wird. Gleiche haftungsrechtliche Ergebnisse stellen sich bei den beiden Modellen deshalb nur ein, wenn beim

Asset-Deal wirklich alle Vermögenswerte einschließlich dem handelsrechtlichen Namen des Unternehmens (der Firma, § 17 HGB) übernommen werden.<sup>1)</sup> Werden nur selektiv einzelne Vermögenswerte übernommen und z. B. eine umweltgefährdende Anlage nicht, scheidet eine Haftung des Käufers aus dem Anlagenbetrieb aus. Bei einem Share-Deal kann dieses Ergebnis nicht erreicht werden. Selbst wenn nach Übernahme der Anteile die Anlage aus dem Unternehmensverbund herausgelöst und an den Verkäufer (zurück) übereignet würde, bliebe eine schon eingetretene die Haftung des Rechtsträgers hiervon unbeeinflusst. Freistellungsansprüche oder dergleichen könnten zwar ergänzend vereinbart werden, werfen aber die Frage nach der Bonität des Verkäufers auf. Die Wahl zwischen Asset- und Share-Deal stellt daher eine erste und grundlegende Gestaltungsmöglichkeit der Parteien in Bezug auf die Risikoverteilung dar.

### III. Haftungsrisiken aus Umweltschäden

Durch die Gesetzgebung im Umweltrecht und das gestiegene Umweltbewusstsein der Bevölkerung sind die Haftungsrisiken aus Umweltschäden deutlich angestiegen. Sie sind darüber hinaus aus zwei Gründen besonders gefährlich für den Käufer. Zum einen sind Umweltschäden und die damit einhergehende Haftung schwer vorauszusehen, so dass ein erhebliches Prognoserisiko besteht. Zum anderen ist die Beseitigung von Altlasten oder die Sanierung eines Grundstücks extrem kostenintensiv, so dass die Haftung aus Umweltschäden schnell mehrere Millionen Euro kostet und somit monetär extreme Ausmaße annimmt. Im BP-Fall geht man inzwischen sogar von einem Haftungsumfang von 70 Milliarden Dollar aus. Das Problem verschärft sich im deutschen Recht dadurch, dass Umwelthaftungsrisiken nicht nur eine zi-

---

<sup>1)</sup> S. i. e. unten B.

vilrechtliche Dimension aufweisen.

Für den Käufer können sich nach der Übernahme des Unternehmens auch strafrechtliche und ordnungsrechtliche Sanktionen ergeben. So haftet der Käufer für fortgesetzte schädliche Umwelteinwirkungen unter Umständen selbst bei einem Asset-Deal auch für die bereits vor dem Übergangsstichtag verursachten schädlichen Bodenveränderungen und Altlasten als Zustandsstörer. Dies kann z. B. bei der Übernahme eines kontaminierten Grundstücks der Fall sein. In strafrechtlicher Hinsicht kommt der Erwerber in die Gefahr, die Straftatbestände der Bodenverunreinigung (§ 324 a StGB) oder des unerlaubten Betriebens von Anlagen (§ 327 StGB) zu verwirklichen, wenn er kontaminierte Grundstücke weiterbenutzt oder eine genehmigungspflichtige Anlage weiterführt, ohne dass bislang eine Genehmigung eingeholt worden ist.

Für den Verkäufer besteht die Gefahr, dass er trotz der erfolgten Veräußerung für Umwelteinwirkungen in Anspruch genommen wird, die vor dem Übergangsstichtag verursacht worden sind. Als bisheriger Eigentümer übertragener Grundstücke haftet er z. B. bei einem Asset-Deal zeitlich unbegrenzt für Sanierungsverpflichtungen aus schädlichen Bodenveränderungen und Altlasten (§ 4 Abs. 6 BBodSchG).

## **B. Die gesetzliche Verteilung des Haftungsrisikos**

### **I. Haftungsrechtliche Grundlagen**

#### **1. Die umwelthaftungsrechtlichen Normen im Überblick**

Das deutsche Zivilrecht kennt zahlreiche Haftungsgrundlagen für Umweltschäden, die dogmatisch höchst unterschiedlich verankert sind.<sup>2)</sup> Eine

---

<sup>2)</sup> S. hierzu im Einzelnen den Überblick im Beitrag von *Igl*, Umwelthaftungsrecht in

Haftung kann sich zunächst aus den allgemeinen Institutten des Zivilrechts ergeben, namentlich aus Vertragsverletzungen und Eingriffen in absolute Rechte, aber auch aus der Verletzung von Schutzgesetzen und dem nachbarschaftsrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis. Daneben existiert mit dem Umwelthaftungsgesetz eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung für Umwelteinwirkungen, die von bestimmten Anlagen ausgehen. Neu geschaffen hat der Gesetzgeber im Jahre 2007 das Umweltschadensgesetz. Danach ist jeder – zum Teil verschuldensunabhängig – verantwortlich, wenn durch seine berufliche Tätigkeit ein Umweltschaden verursacht wird. Auch aus dem Produkthaftungsgesetz kann der Unternehmensinhaber in Anspruch genommen werden, wenn er Hersteller eines Produkts ist, das fehlerhaft in den Verkehr gebracht wurde. Anhand der unterschiedlichen Ansatzpunkte im Hinblick auf die Haftung für Umweltschäden wird deutlich, dass das Umwelthaftungsrecht nach wie vor kein in sich geschlossenes Rechtsgebiet darstellt. Bei Unternehmenskäufen sollten die Beteiligten daher mit besonderer Vorsicht agieren, wenn die konkrete Unternehmenstätigkeit umweltrechtliche Aspekte berührt.

## **2. Der Kreis der Haftenden im deutschen Zivilrecht**

Haftungsansprüche sind relative Rechte. Sie richten sich gegen das Rechtssubjekt, das den Haftungstatbestand verwirklicht hat. Soll daneben auch eine andre Person haften, kann das auf zwei Wegen erreicht werden.

Zum einen kann eine weitere, selbständige Anspruchsgrundlage die Haftung weiterer Rechtssubjekte anordnen. So verhält es sich bei § 831 BGB. Ergibt sich eine umweltrechtliche Haftung aus deliktischem Verhalten eines in einem Unternehmen beschäftigten Verrichtungsgehilfen haftet daher ergänzend auch

---

Deutschland - gegenwärtiger Stand, Erfolg und künftige Entwicklungsperspektiven (in diesem Heft).



der Rechtsträger, der das Unternehmen betreibt. Allerdings kann sich der Rechtsträger exkulpieren (§ 831 Abs. 1 S. 2 BGB). Um diese Konsequenz zu vermeiden, hat die Rechtsprechung die Mitarbeiter in der Leitungsebene des Unternehmens direkt nach § 823 Abs. 1 BGB haftbar gemacht, wenn der Schaden durch Organisationsmängel verursacht worden war (Organisationshaftung).

Zum anderen kann eine bestehende Haftung auf weitere Personen erstreckt werden. Das ist das Funktionsprinzip der §§ 31 und 278 BGB. Juristische Personen und Personengesellschaften<sup>3)</sup> haften daher generell für tatbestandsmäßiges Handeln ihres Führungspersonals, insbesondere im Fall der deliktsrechtlichen Organisationshaftung. Im Bereich der vertraglichen Haftung haftet der Rechtsträger weitergehend für alle Erfüllungsgehilfen ohne Exkulpationsmöglichkeit, unabhängig von deren Stellung im Unternehmen.

Haftet nach diesen Grundsätzen ein Rechtsträger, der keine natürliche Person ist, so stellt sich die weitere Frage, ob die an dem Rechtsträger Beteiligten, die Anteilseigner, haften. Bei juristischen Personen ist das nicht der Fall, sie schirmen die Anteilseigner von der Haftung ab. Bei Personengesellschaften gilt dagegen das Prinzip der unbeschränkten Haftung der Anteilseigner für die Gesellschaftsschulden (§ 128 HGB<sup>4)</sup>). Eine Ausnahme besteht allein für die Kommanditisten in der KG, die nur auf die vereinbarte Einlagesumme haften (i. e. s. §§ 161 ff. HGB).

### **3. Konsequenzen für den Share<sup>2)</sup> und Asset<sup>2)</sup>Deal**

Aus diesen Grundlagen ergibt sich der fundamentale Unterschied zwischen

---

<sup>3)</sup> Zur analogen Anwendbarkeit des § 31 BGB auf die Personengesellschaften s. BGH NJW 1952, 537, 538.

<sup>4)</sup> Der BGH hat diesen Grundsatz auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts erstreckt, soweit sie im Außenverhältnis tätig geworden ist, s. BGHZ 142, 315 = NJW 1999, 3483, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 und BGHZ 154, 88 = NJW 2003, 1445.

einem share- und einem Asset-Deal. Beim Share-Deal findet kein Wechsel des Rechtsträgers sondern nur der Anteilseigner statt. Da Schulden auf dem Rechtsträger lasten besteht insoweit Haftungskonstanz. Damit ist auch geklärt, dass die neuen Anteilseigner mit dem übernommenen Gesellschaftsvermögen das Haftungsrisiko für in der Vergangenheit verwirklichte Umweltschädigungen tragen. Nur bei Personengesellschaften stellt sich die Frage, ob die persönliche Haftung die alten oder die neuen Anteilseigner trifft. Da der Käufer einen bestehenden Gesellschaftsanteil übernimmt, trifft ihn auch die Haftung für Altverbindlichkeiten.<sup>5)</sup> Werden Haftungstatbestände nach der Übertragung der Anteile verwirklicht, haften neben dem Rechtsträger ohnehin die neuen Gesellschafter.

Ganz anders stellt sich dagegen die Situation beim Asset-Deal dar. Die Vermögensgegenstände werden auf einen neuen Rechtsträger übertragen. Eine Haftung des neuen Rechtsträgers kommt nur in Betracht, wenn entweder eine Norm die Überleitung der Haftung anordnet, die Haftung im Wege einer Schuldübernahme (§§ 414, 415 BGB) durch Rechtsgeschäft übernommen wird oder ein belasteter Gegenstand, z. B. ein kontaminiertes Grundstück, erworben wird. Eine mögliche Haftung der Anteilseigner des neuen Rechtsträgers richtet sich nach dessen gesellschaftsrechtlicher Verfassung.

Als haftungsüberleitende Norm kommt vor allem § 25 Abs. 1 HGB in Betracht.

---

<sup>5)</sup> Daneben besteht aber auch eine Nachhaftungspflicht des Verkäufers. Gemäß § 160 Abs. 1 S. 1 HGB (bei der Kommanditgesellschaft §§ 160 Abs. 1 S. 1, 161 Abs. 2 HGB) haftet ein aus einer Personengesellschaft ausscheidender Gesellschafter für alle bis dahin begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Ausscheiden fällig sind. § 160 HGB ist allerdings dispositiv, so dass die Parteien einen Haftungsausschluss des Verkäufers vereinbaren können. Hierfür ist eine Abrede zwischen dem ausscheidenden Gesellschafter und dem jeweiligen Gläubiger erforderlich.

Danach haftet derjenige, der ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers neben dem früheren Inhaber. Die Rechtsprechung interpretiert die Voraussetzungen dieser Vorschrift recht weit zu Lasten des Erwerbers. Das Handelsgeschäft gilt als erworben, wenn auch nur seine wesentlichen Vermögensgegenstände übernommen werden.<sup>6)</sup> Eine Firmenfortführung nimmt die Rechtsprechung auch bei Modifikationen am handelsrechtlichen Namen an, solange nur der Rechtsverkehr von einer Konstanz des Unternehmens ausgehen kann.<sup>7)</sup> Als im Betrieb begründete Verbindlichkeiten werden nicht nur vertragliche Verpflichtungen angesehen sondern auch außervertragliche Ansprüche, solange ihre Entstehung auf die betriebliche Tätigkeit zurückzuführen ist. Richten sich gegen ein Unternehmen erhebliche umwelthaftungsrechtliche Ansprüche sollte der Käufer daher bei einem asset-deal überlegen, ob er nicht von der Firmenfortführung absieht. Alternativ können die Parteien auch vertraglich vereinbaren, dass der Käufer nicht für Altverbindlichkeiten haften soll. Dies muss dann aber gemäß § 25 Abs. 1 HGB im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder den Gläubigern anderweitig mitgeteilt werden.

---

<sup>6)</sup> Für alle Einzelheiten s. nur *Burgard*, in: Staub § 25 HGB Rn. 47 ff.

<sup>7)</sup> Die Firma muss nicht unbedingt wort- und buchstabengetreu übernommen werden. Es genügt, wenn der Kern der alten und der neuen Firma sich gleichen. Entscheidend ist, ob nach der Verkehrsanschauung Firmenidentität vorliegt, vgl. BGH NJW 1992, 911.

## **II. Die Haftungsverteilung bei der allgemeinen zivilrechtlichen Umwelthaftung**

### **1. Vertragsverletzungen**

Nach § 280 BGB ist Schadensersatz zu leisten, wenn der Schuldner (oder sein Erfüllungsgehilfe, § 278 BGB) eine ihn treffende Pflicht verletzt und diese Pflichtverletzung zu vertreten hat. Umweltschäden werden regelmäßig entstehen, weil Schutzpflichten nicht beachtet wurden. So liegt es z. B. wenn ein Anlagenbauer Rohre unsachgemäß verlegt und dadurch später das Grundstück des Bestellers kontaminiert wird oder eine Sache verkauft wird, die aufgrund ihrer schädlichen Umweltwirkungen fehlerhaft ist.

Für Vertragsverletzungen kann grundsätzlich nur der jeweilige Vertragspartner in Anspruch genommen werden. Der Erwerber eines Unternehmens haftet daher bei einem Share-Deal. Bei einem Asset-Deal kommt es darauf an, ob § 25 HGB eingreift.

### **2. Eingriff in ein absolut geschütztes Recht**

Der Schutz absoluter Rechte wird im BGB doppelgleisig verwirklicht: Zum einen durch die verschuldensabhängige Deliktshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB. Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen verletzt, ist diesem zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Zum anderen kann sich der Eigentümer gegen jede Störung durch den verschuldensunabhängigen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch des § 1004 Abs. 1 BGB wehren

Bei der deliktischen Haftung kann es über § 831 BGB oder die Figur der Organisationshaftung im Zusammenspiel mit § 31 BGB dazu kommen, dass das verkaufende Unternehmen (genauer: sein Rechtsträger) haftet. Bei jedem

Share-Deal muss daher geprüft werden, ob das deliktische Handeln einzelner Mitarbeiter allein in deren Verantwortung liegt oder auf Organisationsmängel zurückgeht und bei § 831 BGB eine Exkulpation möglich ist. Bei einem Asset-Deal spielen diese Fragen nur eine Rolle, wenn § 25 HGB eingreift. In jedem Fall bleibt bei einem Asset-Deal der Veräußerer in einer gegen ihn bestehenden deliktischen Haftung.

Jenseits dieser Normen, trifft die deliktische Haftung allein den Handelnden. Hat z. B. eine Anlage vor der Veräußerung des Unternehmens durch die unsachgemäße Bedienung eines an sich gut geschulten und eingewiesenen Arbeitnehmers Giftstoffe freigesetzt, die eines der geschützten Rechte oder Lebensgüter verletzt haben, dann haftet hierfür allein dieser Arbeitnehmer nach § 823 Abs. 1 BGB. Eine Haftung des Unternehmens kann sich dann nur aus anderen Vorschriften ergeben.

Für den verschuldensunabhängigen Anspruchs des § 1004 Abs. 1 BGB ist entscheidend, wer Störer ist. Geht die Beeinträchtigung vom Betrieb eines Unternehmens aus, ist grundsätzlich der Rechtsträger als solcher Störer.<sup>8)</sup> Bei einem Share-Deal haftet daher der Erwerber zumindest mit dem übernommenen Gesellschaftsvermögen. Bei einem Asset-Deal kommt es hingegen darauf an, ob die Störung von einem Gegenstand ausgeht, den der Erwerber übernimmt, z. B. einem benachbarten Grundstück. Dann haftet nicht nur der Verkäufer als Handlungsstörer, sondern möglicherweise auch der Käufer als Zustandsstörer. Jenseits solcher Sachverhalte kann eine Haftung des Erwerbers nur aus § 25 HGB

---

<sup>8)</sup> Zahlreiche Beispiele für die Figur des mittelbaren Handlungsstörers liefert *Bassenge*, in: Palandt § 1004 Rn. 18. So haftet etwa ein Betriebsinhaber bezüglich einer Störung durch Lieferanten, Kunden und Subunternehmen, BGH NJW 1982, 440. Auch ein Vermieter haftet unter bestimmten Umständen für eine Störung durch den Mieter, vgl. BGH NJW 2000, 2901.

folgen. Beim Unternehmenskauf muss daher in jeder Variante § 1004 BGB beachtet werden. Dies gilt umso mehr als die Rechtsprechung den verschuldensunabhängigen Beseitigungsanspruch in die Nähe eines Schadensersatzanspruchs gerückt hat.<sup>9)</sup> Wurde z. B. durch Emissionen ein fremdes Grundstück kontaminiert entspricht die Beseitigung der Giftstoffe einer schadensrechtlichen Naturalrestitution.

### **3. Eingriff in ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB**

Das deutsche Zivilrecht unterscheidet scharf zwischen der Verletzung absolut geschützter Rechte (§ 823 Abs. 1 BGB) und der Verletzung von Schutzgesetzen (§ 823 Abs. 2 BGB). Reine Vermögensschäden sind nur dann ersatzfähig, wenn sie auf der Verletzung eines Schutzgesetzes beruhen. Ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB liegt vor, wenn die verletzte Norm dazu bestimmt ist, Individualinteressen zu schützen.

Für die hier behandelten Fragen sind die Unterschiede zwischen den Tatbestandsvarianten des § 823 BGB indes eher gering. § 831 BGB greift auch ein, wenn der Verrichtungsgehilfe gegen ein Schutzgesetz verstößt. Lediglich die Organisationshaftung gibt es bei § 823 Abs. 2 BGB nicht. Eine Organisation, die Arbeitnehmer zu Gesetzesbrüchen treibt, verstößt selbst noch nicht zwingend gegen das jeweilige Schutzgesetz. Etwas anderes gilt, wenn die Leitungsebene des Unternehmens zum Gesetzesverstoß angestiftet oder Beihilfe geleistet hat. Alle Tatbeteiligten haften dann nach § 830 BGB gemeinschaftlich. Über § 31 BGB ergibt sich dann regelmäßig die Haftung des Rechtsträgers. Bei einem Share-Deal unterscheiden sich die zu prüfenden Fragen bei § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB daher in diesen Punkten. Für den Asset-Deal bleibt es bei dem oben zu 2. Gesagten.

---

<sup>9)</sup> Vgl. nur *Baur/Stürmer* § 12 Rn. 20 f.

#### 4. Nachbarschaftsrechtliches Gemeinschaftsverhältnis

Ansprüche wegen Umweltbelastungen können sich auch aus dem Aspekt des Nachbarrechts ergeben. Gemäß § 906 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Eigentümer eines Grundstücks die Zuführung bestimmter Emissionen – etwa Gase, Dämpfe, Gerüche und Geräusche – nicht verbieten, solange die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt. Als Korrelat zu der Duldungspflicht des § 906 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Eigentümer gemäß § 906 Abs. 2 S. 2 BGB vom Benutzer des anderen Grundstücks einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen, wenn die Einwirkung eine ortsübliche Benutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt.

Im Rahmen des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs haftet der Benutzer des Grundstücks, von dem die Emissionen ausgehen. Wird das nutzende Unternehmen im Wege eines Share-Deals veräußert, bleibt der Benutzer der Gleiche mit der Konsequenz der Haftungskontinuität. Wird der Besitz am Grundstück mit Hilfe eines Asset-Deals übertragen, hat der neue Nutzer hingegen nicht die früheren Emissionen zu verantworten.<sup>10)</sup> Die Haftung vor und nach dem Übergabestichtag verteilt sich daher auf Veräußerer und Erwerber, es sei denn, § 25 HGB greift ein. Da er in Zukunft haftet, muss der Käufer sich vor Erwerb der Vermögensgegenstände darüber informieren, ob die Anlagen des Unternehmens die entsprechenden Emissionsrichtwerte einhalten.

---

<sup>10)</sup> „Benutzer“ im Sinne des § 906 Abs. 2 S. 2 BGB ist nur, wer eigentverantwortlich handelt und das Risiko für Beeinträchtigungen Dritter trägt, vgl. *Baur/Stürner* § 25 Rn. 29 Fn. 2. Im Rahmen des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs haftet der Eigentümer daher nur für beeinträchtigendes Verhalten, das von ihm ausgeht. Die Figur des Zustandsstörers findet hier keine Anwendung.

### **III. Haftung des Käufers und Verkäufers nach dem UmweltHG**

Das Umwelthaftungsgesetz vom 10.12.1990 statuiert eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung und eine Haftung für den Normalbetrieb von Anlagen.

Die Haftung trifft gemäß § 1 UmweltHG den Inhaber der Anlage. Bei einem Share-Deal wechselt der Inhaber nicht. Bei einem Asset-Deal über die Anlage haftet dagegen der Verkäufer für die Schäden, die vor der Übergabe an den Käufer entstanden sind. Das UmweltHG kennt keine Norm, die einen bereits entstandenen Haftungsfall auf den Käufer überleitet. Insoweit bleibt es also bei den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen. Schäden, die erst nach Inbetriebnahme durch den Käufer entstehen, trägt immer der Käufer. Für ihn ist es daher unerlässlich, die Anlagen des Unternehmens vor der weiteren Verwendung eingehend auf ihre Funktionsfähigkeit hin zu untersuchen. Sichert der Verkäufer dem Käufer jedoch die Funktionsfähigkeit und Sicherheit der Anlagen zu, dann kann der Käufer im Haftungsfall Regress nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen nehmen.

### **IV. Haftung nach dem Umweltschadensgesetz**

Das Umweltschadensgesetz ist Teil der sog. öffentlich-rechtlichen Umwelthaftung. Haftungssubjekt ist nach der Konzeption des Umweltschadensgesetzes der „Verantwortliche“. Darunter fällt nach der Legaldefinition des § 2 Nr. 3 jede natürliche oder juristische Person, die eine berufliche Tätigkeit ausübt oder bestimmt, auch der Inhaber einer Zulassung oder Genehmigung für eine solche Tätigkeit oder die Person, die eine solche Tätigkeit anmeldet oder notifiziert. Die Haftung setzt voraus, dass unmittelbar ein Umweltschaden oder die unmittelbare Gefahr eines solchen Schadens verursacht



wurde. Mit anderen Worten gilt das Verursacherprinzip in einer strengen Variante (unmittelbarer Verursacher). Das Haftungsrisiko ist damit wie bei der Haftung nach dem UmweltHG verteilt. Nur bei einem Asset-Deal kann demnach der Veräußerer für Altfälle in der Haftung bleiben.

### **V. Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz**

In umwelthaftungsrechtlichen Fällen kann grundsätzlich auch das Produkthaftungsgesetz zur Anwendung kommen<sup>11)</sup>. Das Produkthaftungsgesetz hat für den Geschädigten gegenüber der allgemeinen deutschen Deliktshaftung den Vorteil, dass den Hersteller des Produkts kein Verschulden treffen muss. Es handelt sich damit um eine Gefährdungshaftung.

Entscheidend dafür, wen die Haftung trifft, ist der Begriff des Herstellers.<sup>12)</sup> Regelmäßig ist der Unternehmensträger Hersteller der im Unternehmen produzierten Waren. Bei einem Share-Deal besteht daher Haftungskontinuität. Bei einem Asset-Deal wechselt der Hersteller hingegen, auch wenn die Produktion mehr oder minder unverändert fortgeführt wird. Das ergibt sich aus der Tatsache, dass Hersteller der Weisungsbefugte ist und nicht der Eigentümer bestimmter Vermögenswerte. Oftmals wird jedoch § 25 HGB einschlägig sein und auch bei einem Asset-Deal zu einer Haftungskontinuität führen. Sofern das nicht der Fall ist, muss bei Asset-Deals der genaue Herstellungszeitpunkt eines Produkts dokumentiert werden.

---

<sup>11)</sup> Zur Anwendung des ProdHaftG auf umwelthaftungsrechtliche Fälle siehe Staudinger-Oechsler, Einl zum ProdHaftG Rn. 56.

<sup>12)</sup> Dazu eingehend Wagener/Wahle NJW 2005, 3179 ff.

## **VI. Zwischenergebnis**

Die Verteilung des Haftungsrisikos für Umweltschäden zwischen dem Verkäufer und Käufer eines Unternehmens ist recht unübersichtlich. Das rührt zum einen daher, dass die verschiedenen Haftungsnormen unterschiedliche Zurechnungen schaffen. Zum anderen hängt die Haftungsverteilung aber auch davon ab, ob die Parteien einen Share- oder Asset-Deal vereinbaren. Dennoch können zwei Grundsätze formuliert werden: (1) Ruhen umweltrechtliche Lasten auf Gegenständen eines Unternehmens, die erworben werden sollen – wie z. B. bei einem kontaminierten Betriebsgrundstück – ist es egal, ob der Erwerber diesen Gegenstand direkt erwirbt (Asset-Deal) oder indirekt (Share-Deal). Immer trägt zunächst der Erwerber den Schaden. Ob er ihn auf den Verkäufer abwälzen kann, wird unter C. erörtert. (2) Bestehen die umweltrechtlichen Risiken dagegen in Ansprüchen Dritter, in deren Rechte eingegriffen wurde, ist die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Kaufgegenständen (Shares oder Assets) essentiell. Beim Share-Deal trifft das Risiko einer unternehmensbezogenen Haftung immer den Erwerber. Beim Asset-Deal kann eine Übernahme des Haftungsrisikos hingegen durch Vertragsgestaltung ausgeschlossen werden. Die Gestaltung muss dabei besonders auf § 25 HGB Rücksicht nehmen.

## **C. Der Unternehmenskauf im Überblick**

### **I. Grundsatz der freien Rechtswahl**

Gerade bei Unternehmen, deren Tätigkeitsbereich sich auf mehrere Länder erstreckt, ist es wichtig, dass die Parteien festlegen, welches Recht auf den Unternehmenskauf anwendbar sein soll. Art. 3 Abs. 1 S. 1 der Verordnung der EG Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende

Recht bestimmt hierzu: „Der Vertrag unterliegt dem von den Parteien gewählten Recht“. Als Teil einer EG-Verordnung hat diese Bestimmung in Deutschland allgemeine und unmittelbare Geltung. Damit erstreckt der europäische Gesetzgeber die geltenden zivilrechtlichen Grundsätze der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit auch auf das internationale Vertragsrecht. Die Parteien haben es damit selbst in der Hand zu bestimmen, welche Rechtsordnung für die Beurteilung der rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit einem Unternehmenskauf maßgeblich sein soll. Dies geschieht durch den Abschluss eines kollisionsrechtlichen Verweisungsvertrages, der selbstständig und unabhängig vom dem eigentlichen Hauptvertrag ist. Die Rechtswahlfreiheit gilt jedoch nicht unbegrenzt. Bei fehlender Internationalität des Sachverhalts bleiben die zwingenden Vorschriften des Staates anwendbar, auf den sich der Lebenssachverhalt bezieht. Bei internationalen Unternehmenskäufen jedoch sind Rechtswahlklauseln weit verbreitet.

## **II. Ansprüche des Käufers nach deutschem Recht (Regress nach einer Umwelthaftung des Käufers)**

### **1. Beim Asset Deal**

Mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001 hat der Gesetzgeber die Ansicht der Rechtsprechung bestätigt, wonach Unternehmen „sonstige Gegenstände“ i.S. von § 453 Abs. 1 BGB sind, auf die die allgemeinen Vorschriften über Mängel des Kaufgegenstandes entsprechende Anwendung finden<sup>13)</sup>.

Wird das Unternehmen als Sach- und Rechtsgesamtheit veräußert, ist bezüglich der Gewährleistungsrechte nunmehr zu unterscheiden:

---

<sup>13)</sup> Reg. Begr. BT-Drucks. 14/6040, S. 242.

### **a) Mängel von Einzelgegenständen**

Mängel von Einzelgegenständen führen dazu, dass Gewährleistungsrechte bezüglich dieser Gegenstände entstehen. Der Käufer kann für den konkreten Gegenstand Nacherfüllung verlangen, gegebenenfalls den Rücktritt erklären, den Kaufpreis mindern, oder einen Schadensersatzanspruch geltend machen. Bei Umweltschäden kommt dies z. B. in Betracht, wenn ein übernommenes Betriebsgrundstück kontaminiert ist.

### **b) Mängel am Unternehmen**

Es kann aber auch das Unternehmen mangelhaft sein. Dann bestehen Gewährleistungsrechte in Bezug auf den gesamten Unternehmenskaufvertrag. Problematisch hierbei ist, wann Mängel an einzelnen Gegenständen oder das Fehlen einzelner Gegenstände als Mängel des Unternehmens anzusehen sind. Früher nahm der BGH dies nur an, wenn durch den Mangel „die wirtschaftliche Grundlage des Unternehmens erschüttert“<sup>14)</sup> worden ist. Später stellte der BGH deutlicher auf den Wortlaut des § 459 Abs. 1 S. 2 a.F. ab. Danach begründete eine lediglich unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit keinen Fehler.<sup>15)</sup> Nach heutigem Recht ist die Erheblichkeit keine Voraussetzung des Mangels mehr. Jeder Mangel eines Einzelgegenstandes kann daher auch als Mangel des Unternehmens anzusehen sein. Ist der Mangel jedoch in Bezug auf das gesamte Unternehmen unerheblich, kann der Käufer wegen §§ 437 Nr. 3, 281 Abs. 1 S. 3 BGB nicht Schadensersatz statt der Leistung verlangen und wegen §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 5 S. 2 BGB auch nicht vom ganzen Vertrag zurücktreten. Er kann aber entweder gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 BGB Nachbesserung verlangen, oder gemäß §§ 437 Nr. 2 Var. 2, 441 BGB den Kaufpreis mindern. Ein Mangel

---

<sup>14)</sup> BGH WM 1970, 819, 821.

<sup>15)</sup> BGH NJW 1979, 33.

des gesamten Unternehmens wird bei Umweltschäden beispielsweise anzunehmen sein, wenn entweder im Fall eines kontaminierten Betriebsgrundstücks wegen der Sanierung die Produktion vorübergehend eingestellt werden muss, oder bei Dritten durch die Produkte oder die Tätigkeit des Unternehmens Umweltbeeinträchtigungen eingetreten sind, die zu einer erheblichen finanziellen Beanspruchung des Käufers führen oder das Unternehmen durch einen Rufschaden in seinem Wert deutlich mindern.

## 2. Beim Share Deal

Beim Rechtskauf haftet der Verkäufer lediglich für den Bestand des verkauften Rechts, also dafür, dass die Gesellschaftsanteile tatsächlich bestehen und durch den Käufer erworben werden können. Für die Beschaffenheit der einzelnen Unternehmenswerte haftet der Verkäufer dagegen grundsätzlich nicht. Weist das Unternehmen also Mängel auf, haftet der Verkäufer grundsätzlich nicht nach Gewährleistungsrecht, da ein Mangel des zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Unternehmens keinen Mangel des Gesellschaftsteils selbst darstellt.<sup>16)</sup> Etwas anderes gilt nach Ansicht der Rechtsprechung allerdings dann, wenn der Käufer alle oder beinahe alle Geschäftsanteile erwirbt. Der Kauf sämtlicher oder nahezu sämtlicher Gesellschaftsanteile steht wirtschaftlich dem Kauf des Unternehmens als Sach- und Rechtsgesamtheit gleich. Daher wendet der BGH die Regeln über die Sachmängelhaftung entsprechend an.<sup>17)</sup> Dabei ist erforderlich, dass der Käufer durch den Erwerb der gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsrechte eine beherrschende Stellung erlangt. Darüber hinaus darf die verbleibende Beteiligung des Veräußerers oder Dritten an dem Unternehmen nur so gering sein, dass sie die unternehmerische Leitungsmacht des Erwerbers nicht

---

<sup>16)</sup> BGHZ 65, 246, 250.

<sup>17)</sup> BGHZ 65, 246, 251; BGH NJW 2001, 2163, 2164.

entscheidend beeinträchtigen kann. Der Kauf von bloßen Mehrheitsanteilen reicht daher nach Ansicht des BGH nicht aus, um den Share-Deal wirtschaftlich dem Asset-Deal gleichzustellen.<sup>18)</sup> Eine analoge Anwendung der Vorschriften der Sachmängelhaftung scheidet in diesem Fall aus.

### **3. Ausschluss der Gewährleistungsrechte**

Die Gewährleistungsrechte des Käufers wegen eines vorhandenen Mangels des Unternehmens sind dann ausgeschlossen, wenn er den Mangel positiv erkannt hat, § 442 Abs. 1 S. 1 BGB. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn der Käufer eine Due Diligence Prüfung durchführt und hierbei auf mögliche Mängel aufmerksam wird. Ist dem Käufer der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, kann der Käufer Minderung, Schadensersatz oder Rücktritt nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat, § 442 Abs. 1 S. 2 BGB. Einem möglichen Ausschluss der Gewährleistungsrechte kann der Käufer dadurch entgegenwirken, dass er mit dem Verkäufer vertraglich eine Abbedingung des § 442 Abs. 1 BGB vereinbart. Dies ist grundsätzlich möglich.

### **4. Haftung wegen der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten**

Die Rechtsprechung interpretiert im Falle des Unternehmenskaufs den Anwendungsbereich der Sachmängelgewährleistung eher eng. Daher versucht die Käuferseite in der Praxis häufig, eine Haftung des Verkäufers über die Grundsätze der Culpa in Contrahendo(cic, § 311 Abs. 2 BGB) zu begründen. Danach haftet der Verkäufer für eventuelles Verschulden bei Vertragsschluss, in-

---

<sup>18)</sup> BGH NJW 2001, 2163, 2164. Erforderlich ist in der Regel ein Erwerb von 75 % der Mehrheitsanteile, um den share-Deal wirtschaftliche dem asset-Deal gleichzustellen.

sbesondere für die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten. Dabei lassen sich drei verschiedene Fallgruppen auseinanderhalten: Die Verletzung von Wahrheitspflichten, Aufklärungspflichten und Berichtigungspflichten.<sup>19)</sup> Den Verkäufer trifft zunächst eine Wahrheitspflicht. Diese verletzt er, wenn er dem Käufer gegenüber vorsätzlich oder fahrlässig falsche Angaben macht.<sup>20)</sup> Eine Haftung aus *cic* kommt auch dann in Betracht, wenn den Verkäufer eine aktive Aufklärungspflicht trifft und er dennoch dem Käufer bestimmte Umstände verschweigt.<sup>21)</sup> Zudem hat der Verkäufer die Pflicht, den Käufer unverzüglich von einer nachträglichen Veränderung der Vertragsumstände zu unterrichten. So hat der BGH eine Haftung des Verkäufers eines Computerunternehmens bejaht, der es nach Abschluss der Vertragsverhandlungen aber noch vor Vertragsschluss unterlassen hat, den Käufer darüber zu unterrichten, dass 40 % der vorherigen Wartungsverträge durch Kündigung entfallen sind.<sup>22)</sup> Auch wenn einzelne Unternehmensgegenstände fehlerhaft sind, dies aber nicht als Mangel des Unternehmens als Ganzes gewertet werden kann, haftet der Verkäufer möglicherweise aus *cic*. Ein Anspruch aus *cic* löst grundsätzlich eine Schadensersatzpflicht des Verkäufers aus.

### **III. Due Diligence**

#### **1. Allgemeines zur Due Diligence**

Bei fast allen größeren Unternehmenskäufen nimmt der Erwerber eine sog. Due Diligence Prüfung vor. Dieser Begriff stammt aus der US-amerikanischen Transaktionspraxis und bedeutet so viel wie „sorgsame Erfüllung“ bzw. „im

---

<sup>19)</sup> So auch *Fleischer/Körber* BB 2001, 841, 843.

<sup>20)</sup> Vgl. BGH BB 1974, 152; BGH NJW-RR 1988, 744.

<sup>21)</sup> Vgl. BGH NJW 1991, 1223, 1224.

<sup>22)</sup> BGH NJW-RR 1996, 429.

Verkehr erforderliche Sorgfalt“. Im Rahmen einer Due Diligence wird das Zielunternehmen vor Abschluss eines Unternehmenskaufvertrages durch den Käufer auf seine rechtliche, technische und vor allem wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hin untersucht. Die Due Diligence ist somit eine Phase innerhalb der Vorverhandlungen, in der der Käufer versucht, soviel wie möglich über die Zielgesellschaft zu erfahren, bevor er ein konkretes Kaufangebot unterbreitet. Damit versucht der Käufer den Informations- und Wissensvorsprung zu verkleinern, den der Verkäufer beim Unternehmenskauf in Bezug auf wichtige Kennzahlen des Unternehmens hat. Je nach Art des Unternehmenskaufs werden im Einzelfall unterschiedliche Arten der Due Diligence durchgeführt und dabei unterschiedliche Schwerpunkte gesetzt. Üblich sind u.a. die Financial Due Diligence, die Tax Due Diligence, die Legal Due Diligence, die Management Due Diligence und nicht zuletzt die Environmental Due Diligence. Die Due Diligence ist regelmäßig sehr zeit- und arbeitsintensiv, so dass sie einer besonders sorgfältigen Vorbereitung bedarf. Durchgeführt wird sie je nach Einzelfall durch speziell eingeschaltete Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, Investmentbanken, Wirtschaftsjuristen oder andere spezialisierte Unternehmensberatungsfirmen.

#### **a) Funktion im deutschen Kaufrecht**

Die Durchführung einer Due Diligence erfüllt im deutschen Kaufrecht unterschiedliche Funktionen<sup>23)</sup>. Am wichtigsten sind die Gewährleistungsfunktion, die Risikoermittlungsfunktion, die Wertermittlungsfunktion und die Beweissicherungsfunktion.

---

<sup>23)</sup> Zu den Funktionen der Due Diligence *Fleischer/Körber* BB 2001, 841, 842.



**aa. Gewährleistungsfunktion**

Im angloamerikanischen Rechtskreis übt die Due Diligence vor allem eine Gewährleistungsfunktion aus. Hier gilt der sog. Caveat Emptor-Grundsatz, wonach der redliche Verkäufer grundsätzlich nicht für Mängel der Kaufsache haftet. Es ist Aufgabe des Käufers, sich durch eingehende Prüfung des Kaufgegenstands über dessen Zustand zu informieren und sich auf dieser Grundlage durch vertragliche Gewährleistungsregeln und Garantien abzusichern. Die Gewährleistungsfunktion bildet damit vor allem in den USA die Kernfunktion einer Due Diligence Prüfung. In Deutschland hingegen tritt die Gewährleistungsfunktion hinter den übrigen Funktionen zurück, weil das deutsche Kaufrecht mit den §§ 437 ff. BGB im Gegensatz zum US-amerikanischen Recht Gewährleistungsregeln kennt, die das Risiko der Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstands grundsätzlich dem Verkäufer auferlegen. Darüber hinaus haftet der Verkäufer eines Unternehmens nach deutschem Recht auch für die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten. Das Haftungsrisiko ist für den Verkäufer eines Unternehmens somit in Deutschland deutlich größer als in den USA, so dass die Gewährleistungsfunktion bei einer Due Diligence Prüfung durch den Käufer vor allem sicherstellen soll, dass die Gewährleistungsregeln auch eingehalten bzw. dass diese durch Garantien oder andere Freistellungsvereinbarungen abgesichert werden.

**bb. Risikoermittlungsfunktion**

Eine weitere Funktion der Due Diligence ist die sog. Risikoermittlungsfunktion. Während der Due Diligence werden sämtliche relevanten Informationen gesammelt und daraufhin untersucht, ob das Zielunternehmen den Erwartungen des Käufers entspricht und ob aus dem Erwerb besondere Risiken herrühren.

### **cc. Wertermittlungsfunktion**

Die Due Diligence dient weiterhin als Grundlage für die Ermittlung des Unternehmenswertes und damit der Bestimmung des Kaufpreises. Sie übt also eine Wertermittlungsfunktion aus.

### **dd. Beweissicherungsfunktion**

Darüber hinaus wird durch die Due Diligence zum einen der Ist-Zustand eines Unternehmens, zum anderen der Informationsfluss zwischen Verkäufer und Käufer dokumentiert. Die Due Diligence dient somit auch der Beweissicherung.

## **b) Praktische Durchführung**

Der Ablauf einer Due Diligence unterliegt zwar keinem starren Plan, da die Schwerpunkte je nach Art des Unternehmens und des Einzelfalls stark variieren. Dennoch lässt sich eine gewisse Regelmäßigkeit im Rahmen der unterschiedlichen Due Diligence Prüfungen feststellen. So unterscheidet man bei der praktischen Durchführung einer Due Diligence zwischen der Vorbereitungsphase (Preliminary Due Diligence) und der eigentlichen Due Diligence, die auch Confirmatory Due Diligence genannt wird.

### **aa. Vorbereitungsphase**

Um zu gelingen, muss eine Due Diligence gut vorbereitet sein. Die Preliminary Due Diligence erfolgt beispielsweise durch Recherche im Handelsregister, dem Internet und weiteren Medien. Teilweise werden hierfür auch M&A-Informationendienste genutzt. Die folgenden Aspekte sind im Rahmen der Vorbereitung einer Due Diligence besonders zu beachten<sup>24)</sup>:

- Festlegung des Due Diligence Teams

---

<sup>24)</sup> Vgl. *Vogt DSStR* 2001, 2027, 2034.

- Analyse des Informationsmemorandums und allen anderen zu diesem Zeitpunkt bereits zur Verfügung gestellten Unterlagen
- Analyse der Wirtschaftsgüter, die dem Unternehmen seinen Wert geben
- Ermittlung unternehmenstypischer Risiken
- Vorüberlegungen der Vertragsgestaltung anhand des ersten Vertragsentwurfs
- Vorüberlegungen zur Akquisitionsstruktur
- Vereinbarung eines vorläufigen Kosten- und Honorarrahmens, der im Einzelfall angepasst werden kann
- Erstellung einer Checkliste, damit im Rahmen der Kernprüfung kein wichtiger Schritt vergessen wird. In der Checkliste werden je nach Prüfungsbereich alle wichtigen Verträge und Unterlagen aufgelistet.
- Erste Befassung mit dem Data-Room-Index. Dabei wird dieser mit der eigenen Due Diligence Liste abgeglichen.

### **bb. Ablauf der Due Diligence**

Die eigentliche Due Diligence Prüfung erfolgt dann in fünf Kernschritten:

#### **(1) Erfassung der relevanten Daten im Data Room**

Zunächst gilt es für den Kaufinteressenten, die für ihn relevanten Daten zu erfassen. Hierzu hinterlegt der Verkäufer die offenzulegenden Informationen und Unterlagen über das Unternehmen zur Einsichtnahme in einem speziellen Datenraum („Data Room“). Klassischerweise handelt es sich hierbei um einen physischen Datenraum. Zunehmender Beliebtheit erfreuen sich aber auch elektronische, virtuelle Datenräume, auf die der Interessent online zugreifen kann. Der Rückgriff auf einen im Zutritt begrenzten Datenraum dient der Vermeidung von Betriebsstörungen und vorzeitiger Publizität. Auch bei mehreren Kaufinteressenten bietet sich diese Vorgehensweise an, um den Verwaltungsaufwand möglichst gering zu halten. Wegen dieser Vorselektion der

Daten durch den Verkäufer sollte der Kaufinteressent nicht davor zurückschrecken, weitere Fragen zu stellen, wenn diese im Einzelfall angebracht sind.

### **(2) Auswertung dieser Informationen**

Nach der Erfassung der relevanten Daten müssen diese in rechtlicher Hinsicht ausgewertet werden. Dieser Schritt stellt den Kernpunkt einer Due Diligence Prüfung dar. Als erster Schritt empfiehlt sich hierbei die Durchführung einer System- und Funktionsprüfung. Im Bereich der umwelthaftungsrechtlichen Due Diligence kann auf diese Weise ermittelt werden, ob das Unternehmen über ein effizientes Umweltmanagementsystem verfügt. Desweiteren ist zu überprüfen, ob alle betriebenen Anlagen über entsprechende Genehmigungen verfügen und dabei die erteilten Auflagen einhalten. Dieser Bereich der Due Diligence wird auch Legal Compliance genannt.

### **(3) Standortbegehung**

Um sich einen Eindruck von den Gegebenheiten vor Ort zu verschaffen, ist es für den Kaufinteressenten unerlässlich, eine Standortbegehung durchzuführen. Durch die Gesamtbegehung kann der Kaufinteressent die Risikopotentiale des Unternehmens identifizieren und sich einen Überblick über den Zustand der Produktionsanlagen und der Sachausstattung des Unternehmens verschaffen. Auch die Umgebung des Standorts ist hierbei von Interesse, etwa im Hinblick auf räumliche Erweiterungsmöglichkeiten des Unternehmens oder die Verkehrsanbindung, aber auch unter Umweltgesichtspunkten.

### **(4) Gespräche mit ausgewählten Gesprächspartnern**

Die Interviews dienen dazu, Aufschlüsse über die historische, aktuelle und zukünftig geplante Nutzung des Geländes und über die Unternehmensaktivitäten

zu erhalten. Mögliche Interviewpartner sind dabei die Mitarbeiter des Unternehmens, die Mitarbeitervertretung, die Produktionsleitung, der Umweltbeauftragte und die Geschäftsführung.

### **(5) Erstellung des Due-Diligence-Reports**

Der Due Diligence Bericht stellt den Abschluss der Due Diligence Prüfung dar. Er umfasst alle Erkenntnisse aus den Einzelprüfungen einer Due Diligence, damit sowohl der Kaufinteressent, als auch das Zielunternehmen eine Übersicht über den Prüfungsgegenstand erhalten. Er sollte möglichst zeitnah und in englischer Sprache abgefasst werden.

## **2. Die umwelthaftungsrechtliche Due Diligence<sup>25)</sup> im Besonderen**

Die umwelthaftungsrechtliche Due Diligence<sup>26)</sup> gehörte längere Zeit zwar nicht zu den Kernpunkten einer Due Diligence Prüfung. Ihre Bedeutung in Deutschland wuchs jedoch parallel zur Bedeutung der Altlastenproblematik. Mittlerweile ist die umwelthaftungsrechtliche Due Diligence nicht mehr bloß auf die Altlastensanierung beschränkt, sondern deckt ein wesentlich breiteres Risikospektrum ab. Umweltrisiken können sich auch aus Produkten ergeben, die nicht umweltgerecht sind und deswegen zu künftigen Umsatz- und Imageeinbußen führen können. Untersuchungsziel der Environmental Due Diligence ist die Beschaffung, Prüfung und Bewertung von den Umweltinformationen, die für die Sach- und Risikovermeidungsziele des Erwerbers von Bedeutung sein können. Der Ausgang der umwelth-

---

<sup>25)</sup> Auch „Umwelt Due Diligence“ oder „Environmental Due Diligence“ genannt.

<sup>26)</sup> Vgl. speziell zur umwelthaftungsrechtlichen Due Diligence *Engelhardt WiB* 1996, 299 f.; *Ewer AnwBl* 2002, 309 ff.; *Pföhler/Hermann Die Wirtschaftsprüfung* 1997, 628 ff.

aftungsrechtlichen Due Diligence kann die Kaufentscheidung des Kaufinteressenten ähnlich stark beeinflussen wie etwa die Sonderbilanzprüfung. Kernstück der Environmental Due Diligence ist der sog. Umweltfragebogen<sup>27)</sup>. Anhand dieses Fragebogens muss der Kaufinteressent sich u.a. mit den folgenden Aspekten auseinandersetzen:

- Besteht ein Umweltmanagement-System im Unternehmen? Falls ja, so ist das betreffende Handbuch auszuwerten.
- Hat das Unternehmen in der Vergangenheit Umweltschäden herbeigeführt? Welche Maßnahmen wurden hiergegen ergriffen und wie erfolgreich waren diese?
- Welche umweltrelevanten Stoffe und Arbeitsmittel werden bei der Produktion im Unternehmen verwendet? Wie werden diese gelagert und welche Schutzvorkehrungen gibt es?
- Bestehen ausreichende und bestandskräftige Genehmigungen für den Betrieb und die damit verbundenen Anlagen?
- Genügen der Betrieb und seine Anlagen den Anforderungen des anwendbaren materiellen Rechts? Zu beachten sind dabei neben den bereits dargestellten Haftungsrisiken das Immissionsschutzrecht, das Abfallrecht, das Wasserrecht, das Baurecht, das Gewerbe- und Handwerksrecht, sowie das sonstige Umweltschutzrecht.
- Sind die zum Betrieb gehörenden Grundstücke altlastenfrei? Falls dies nicht der Fall ist: Wie aufwendig und kostenintensiv ist eine mögliche Sanierung des betroffenen Grundstücks?

Nach eingehender Prüfung der umweltrelevanten Aspekte muss der Kaufinteressent entscheiden, wie er die gewonnen Erkenntnisse nutzen will. Bestehen kaum zu überblickende Umweltrisiken, so wird die geplante

---

<sup>27)</sup> Ein beispielhaftes Verzeichnis für Fragen, die beim Environmental Due Diligence zu beachten sind siehe *Pföhler/Hermann Die Wirtschaftsprüfung* 1997, 628, 634 f.

Akquisition ihren Sinn für den Käufer verlieren und er wird von einem Erwerb absehen.

Möglicherweise wird er sich aber auch darauf beschränken, lediglich die Teile des Unternehmens zu erwerben, die in umweltrechtlicher Hinsicht unbedenklich sind. Zeigt der Käufer sich dagegen unbeeindruckt von den umweltrechtlichen Risiken und will er an seiner Kaufabsicht in vollem Umfang festhalten, dann liefern ihm die Erkenntnisse, die aus der umwelthaftungsrechtlichen Due Diligence gewonnen wurden, zumindest ein überzeugendes Argument zur Reduzierung des Kaufpreises.

#### **IV. Zwischenergebnis**

Aufgrund der Komplexität und der Unübersichtlichkeit der Bestimmungen auf dem Gebiet des Umweltrechts ist es für den Käufer sinnvoll, eine umwelthaftungsrechtliche Due Diligence Prüfung durchzuführen. Eine solche erfordert sowohl umfassende rechtliche, als auch naturwissenschaftliche Kenntnisse sowie eine genaue Erfassung des tatsächlichen Lebenssachverhalts. Zwar kann sie gesetzliche Ansprüche Dritter nicht tangieren, wohl aber Regressansprüche zwischen den Beteiligten. Sie kann ein Vehikel sein, gegen den Verkäufer gerichtete Gewährleistungsansprüche zu beschränken. Auf der anderen Seite muss der Käufer im Hinblick auf den Haftungsausschluss des § 442 Abs. 1 BGB besonders sorgfältig vorgehen, wenn er sich zur Durchführung einer umwelthaftungsrechtlichen Due Diligence entschließt.

#### **D. Spezielle Klauseln zur Verteilung des Haftungsrisikos**

Die Fehlbeurteilung der Umweltrisiken kann für die Beteiligten dramatische Folgen haben. Gerade der Höhe nach sind diese Risiken beträchtlich. Die Kosten

für die Sanierung des Bodens und des Grundwassers oder für die Nachrüstung industrieller Anlagen bewegen sich schnell im zweistelligen Millionenbereich. Daher ist es für die Beteiligten sinnvoll, sich von vornherein mit eventuellen Haftungsfällen und einer Verteilung dieses Haftungsrisikos auseinanderzusetzen. Das deutsche Kaufrecht liefert dabei keine hinreichend sachgerechte und ausgewogene Lösung der spezifischen Probleme, die sich beim Unternehmenskauf für die Gewährleistung durch den Verkäufer ergeben. Daher wird in der Regel ein eigenständiges vertragliches Haftungssystem entworfen, das die gesetzlichen Regelungen verdrängt und die Rechtsfolgen im Sinne der Parteien regelt.<sup>28)</sup> Dies gilt in zunehmendem Maße auch für den Bereich der Umwelthaftung.<sup>29)</sup>

### I. Garantien

Im Rahmen von M&A-Transaktionen werden die gesetzlichen Gewährleistungsregeln und die *cic*-Ansprüche häufig durch Garantieklauseln ersetzt<sup>30)</sup>. Bei größeren Transaktionen haben sich in der Praxis seitenlange Garantiekataloge eingebürgert. Diese enthalten bestimmte Beschaffenheitsan-

<sup>28)</sup> *Turiaux/Knigge* BB 1999, 913, 918.

<sup>29)</sup> Im Mustervertrags des Münchener Vertragshandbuchs, Band 2 Wirtschaftsrecht I, 5. Auflage München 2004, zum Unternehmenskauf in der Form des Asset-Deals findet sich in § 13 Abs. 1 Nr. 16 die folgende Beschaffenheitsvereinbarung: „Durch den Geschäftsbetrieb des Handelsgeschäfts sind bezüglich der betrieblich genutzten Grundstücke bis zum Übergangsstichtag keine schädlichen Bodenveränderungen verursacht worden, wegen deren aufgrund des Bundesbodenschutzgesetzes oder sonstiger öffentlich-rechtlicher Bestimmungen oder behördlicher Anordnungen bereits jetzt oder künftig – auch im Zusammenhang mit baulichen Veränderungen – Maßnahmen der Vorsorge, Abwehr, Sicherung oder Sanierung geboten sind. Verunreinigungen, wegen deren derzeit oder künftig solche Maßnahmen geboten sind, befinden sich auch nicht in den Gebäuden und sonstigen baulichen Anlagen, die bisher für den Geschäftsbetrieb genutzt worden sind und ab dem Übergangsstichtag an den Käufer vermietet werden.“

<sup>30)</sup> Zum Ganzen siehe *Semler*, in: *Hölters*, S. 732 ff.



gaben und sonstige Angaben und Garantien über das zu veräußernde Unternehmen. Das deutsche Recht kennt dabei unterschiedliche Arten von Garantien. Deren rechtliche Bedeutung ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln.

### **1. Selbstständiges Garantieverprechen**

Eher selten gibt der Verkäufer ein selbstständiges Garantieverprechen ab. Ein solches liegt vor, wenn der Verkäufer über die gesetzliche Gewährleistung hinaus für das Vorhandensein bzw. Fehlen bestimmter Umstände verschuldensunabhängig einstehen will. Die Garantieübernahme bildet in diesem Fall den Rechtsgrund für den Anspruch und hebt einige Voraussetzungen der gesetzlichen Haftung wie etwa das Verschuldenserfordernis oder die Verjährungsfrist auf. Eine derart weitgehende Haftung ist vom Verkäufer in der Regel nicht gewollt, so dass ein selbstständiges Garantieverprechen nur ausnahmsweise anzunehmen ist und daher deutlich im Vertrag niedergelegt werden muss. Rechtsfolge eines selbstständigen Garantieverprechens ist in erster Linie der Erfüllungsanspruch des Käufers. Der Verkäufer muss den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn das Garantieverprechen erfüllt worden wäre. Es ist daneben aber auch üblich, in einer Garantie eine Sekundärhaftung auf Schadensersatz zu vereinbaren. In der Praxis wird die Haftung aus der Verletzung von Garantien in verschiedener Weise begrenzt. Neben einer Bagatellgrenze für jeden potentiellen Anspruch des Käufers (Basket) ist die Haftung in der Regel zudem auf einen Höchstbetrag begrenzt (Cap). Dieser Höchstpreis beträgt zwischen 25 und 50 Prozent des Kaufpreises.

### **2. Beschaffenheitsgarantie**

Von dem selbstständigen Garantieverprechen ist die sog. Beschaffenheitsgarantie zu unterscheiden. Mit der Beschaffenheitsgarantie garantiert der Verkäufer

eines Unternehmens eine bestimmte Beschaffenheit zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB. Weicht der Ist-Zustand des Unternehmens von dem vereinbarten Zustand ab, so liegt ein Mangel vor. Dieser löst die normalen Gewährleistungsrechte aus. Im Gegensatz zum selbstständigen Garantieverprechen kann der Käufer seine Rechte also nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 437 ff. BGB geltend machen. Verlangt er etwa Schadensersatz neben der Leistung, dann setzt dieser Anspruch ein Verschulden des Verkäufers voraus. Außerdem gilt im Rahmen der Beschaffenheitsgarantie die reguläre Verjährungsfrist, so dass Ansprüche gemäß §§ 437 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB in zwei Jahren nach Gefahrübergang verjähren.

### **3. Freistellungsvereinbarung**

Der Verkäufer eines Unternehmens kann dem Käufer auch dadurch entgegenkommen, dass er mit ihm eine Freistellungsvereinbarung schließt. Darin wird bestimmt, dass er den Käufer von bestimmten Anspruchskomplexen und Verbindlichkeiten freistellt, so dass für diesen Bereich nach wie vor der Verkäufer die alleinige Haftung im Verhältnis zu Dritten übernimmt. Sollte der Dritte gegen den Käufer vorgehen wollen, kann dieser vom Verkäufer dann schuldrechtlich verlangen, von dem Anspruch freigestellt zu werden. Ein solches Vorgehen bietet sich vor allem für Teilbereiche an, etwa für die behördliche Inanspruchnahme auf die Sanierung von Altlasten.

## **II. Regresserleichterungen**

Ist der Verkäufer eines Unternehmens nicht bereit, mit einer Garantie für potentielle Umweltschadensfälle einzustehen, können die Parteien stattdessen Regresserleichterungen vereinbaren. Der Verkäufer haftet dann zwar nicht verschuldensunabhängig, kann aber unter erleichterten Voraussetzungen im

Regresswege in Anspruch genommen werden. Eine denkbare Regresserleichterung ist etwa eine Beweislastumkehr zugunsten des Käufers, der ansonsten die für ihn günstigen Aspekte beweisen müsste. Weitere mögliche Regresserleichterungen sind die Ablaufhemmung der Verjährung, die Entbehrlichkeit der Fristsetzung, oder die Einschränkung des Gewährleistungsausschlusses.

### **III. Regresserschwerungen**

Die Parteien können die Umweltrisiken aber auch auf den Käufer verlagern und den Regress nur unter erschwerten Voraussetzungen zulassen. So können die Parteien etwa vereinbaren, dass die Gewährleistungsrechte schneller verjähren, als dies nach der gesetzlichen Verjährungsfrist der Fall wäre. Wegen § 202 Abs. 1 BGB ist eine solche Vereinbarung jedoch nur bei fahrlässigem Handeln zulässig. Bei Haftung wegen Vorsatzes kann die Verjährung nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden.

### **IV. Regressausschluss**

Eine noch weitergehende Gestaltungsmöglichkeit ist der komplette Regressausschluss. Dabei verzichtet der Käufer darauf, Gewährleistungsrechte gegen den Verkäufer geltend zu machen. Der Regressausschluss ist somit das Gegenstück zur Garantie. Hierzu sollte sich der Käufer nur bereit erklären, wenn er die umwelthaftungsrechtliche Lage des Unternehmens genau geprüft hat und die bestehenden Risiken als sehr gering eingestuft werden können. Auch ein verminderter Kaufpreis kann ein Grund dafür sein, dass der Käufer sich auf einen Regressausschluss einlässt.

## V. Schadensteilung

Die Parteien können auch per Vertrag vereinbaren, dass sie gemeinsam für potentielle Umweltschäden haften. Dahinter steht der Rechtsgedanke des § 426 I BGB. Hiernach haften Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Teilen. Dies heißt jedoch nicht, dass die Parteien zwingend eine hälftige Haftung vereinbaren müssen. Je nach den Umständen des Einzelfalls können sie die jeweilige Haftungsquote individuell aushandeln.

## VI. Warranty and Indemnity Insurance

Vor allem bei größeren Transaktionen kann es für die Parteien sinnvoll sein, sich gegen die Haftung für Umweltschäden zu versichern. Die Versicherungen haben auf die Praxis reagiert, dass bei größeren Transaktionen seitenlange Garantiekataloge vereinbart werden, und bieten vermehrt sog. „Gewährleistungsversicherungen“ an<sup>31)</sup>. Im anglo-amerikanischen Rechtsraum werden diese Gewährleistungsversicherungen bereits regelmäßig eingesetzt. Aber auch in Deutschland steigt die Akzeptanz. Inhaltlich deckt eine Gewährleistungsversicherung neben allgemeinen gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen Risiken vor allem auch die Risiken ab, die im Rahmen einer möglichen Umwelthaftung entstehen. Die Versicherung stellt den Versicherungsnehmer frei von Risiken aus einer möglichen Haftung aufgrund von Garantien, die in Unternehmenskaufverträgen gegeben wurden. Angeboten werden sowohl Käufer-Policen, als auch Verkäufer-Policen.

### 1. Verkäufer-Policen (Seller-Side Insurance)

Bei der Verkäufer-Police ist der Verkäufer der Versicherungsnehmer. Durch

---

<sup>31)</sup> Auch Warranty & Indemnity Insurance genannt. Siehe hierzu *Grossmann/Mönnich*, Versicherungswirtschaft 2003, 652 ff.; *Metz*, NJW 2010, 813 ff.

den Abschluss der Versicherung wird er gegen die Inanspruchnahme aus einer Garantie geschützt. Ein Regress des Versicherers gegen den Versicherungsnehmer findet nicht statt. Der Verkäufer kann eine solche Police im Rahmen der Verkaufsverhandlungen dazu nutzen, einen höheren Kaufpreis zu erzielen. Auf der anderen Seite muss er die Kosten für die Versicherungsprämie aufbringen. Der Nachteil einer Verkäufer-Police ist, dass die Versicherungen oftmals erst zahlen, wenn die Voraussetzungen der Garantie und somit die Haftung des Verkäufers rechtskräftig festgestellt wurde. Dies setzt unter Umständen einen jahrelangen Rechtsstreit voraus. Zudem scheidet ein Deckungsschutz aus, wenn der Verkäufer dem Käufer arglistig falsche Garantien gegeben hat. Teilweise entfällt der Versicherungsschutz auch bereits bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Verkäufers von der Unrichtigkeit der Garantie. Darin liegt ein großes Risiko für den Käufer. Er behält zwar seinen zivilrechtlichen Anspruch gegen den vorsätzlich bzw. grob fahrlässig handelnden Verkäufer, trägt aber das volle Risiko der Durchsetzbarkeit des Anspruchs, weil eben kein finanzkräftiger Versicherer für den Anspruch einsteht.

## **2. Käufer-Policen (Buyer-Side-Insurance)**

Aus diesem Grund sind die Versicherungen dazu übergegangen, neben den Verkäufer-Policen auch Käufer-Policen anzubieten. Hierbei ist der Käufer unmittelbarer Versicherungsnehmer. Ausgeschlossen ist die Inanspruchnahme des Versicherers nur dann, wenn der Käufer selbst positiv von der Fehlerhaftigkeit der Garantie wusste. Die Arglist des Verkäufers dagegen schließt den Deckungsschutz bei der Käufer-Police nicht aus. Auch ein langwieriges Gerichtsverfahren bleibt dem Käufer erspart, da er die Ansprüche gegen die Versicherung geltend machen kann, ohne vorher gegen den Verkäufer prozessieren zu müssen. Der Nachteil für den Käufer besteht darin, dass er die

Versicherungsprämie entrichten muss. Diese beträgt ca. 3 bis 6 Prozent der Versicherungssumme und stellt damit einen erheblichen Kostenfaktor dar.

## **VII. Sicherheiten**

Der Käufer hat ein verständliches Interesse daran, mögliche Regressansprüche gegen den Verkäufer des Unternehmens abzusichern. Dabei kommen verschiedene Sicherheiten in Betracht.

### **1. Bankbürgschaft**

Ein geeignetes Instrument zur Sicherung möglicher Gewährleistungsansprüche ist zunächst die Stellung von Bankbürgschaften. Diese sollten selbstschuldnerisch und unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage (§§ 771, 773 BGB) erklärt werden. Aus der Bürgschaftserklärung der Banken muss sich im Einzelnen ergeben, welche bestehenden oder etwa entstehenden Ansprüche verbürgt werden<sup>32)</sup>. Die Bankbürgschaften werden üblicherweise auf einen Höchstbetrag der Inanspruchnahme (Bürgschaftssumme) beschränkt. Trotz der grundsätzlichen Zahlungsfähigkeit der Banken besteht somit für den Käufer das Risiko, dass er bei großen Umweltschäden, die über die Bürgschaftssumme hinausgehen, gegen den Verkäufer vorgehen muss und möglicherweise auf einem Teil des Schadens sitzenbleibt. Häufig wird auch vereinbart, dass die bürgende Bank zeitlich abgestuft haftet. Gerade bei Altlastenfällen, die erst einige Zeit nach der Veräußerung des Unternehmens bekannt werden, birgt dieses Vorgehen ein zusätzliches Risiko für den Käufer.

### **2. Sicherheitseinbehalt**

Eine weitere Sicherheit ist die Bildung einer Rücklage. Die Vertragspartner

---

<sup>32)</sup> Vgl. BGH NJW 2000, 658; BGH NJW 1996, 2369.

vereinbaren dabei, dass ein bestimmter Teil des Kaufpreises zur Sicherung etwaiger Gewährleistungs- bzw. Schadensersatzansprüche ganz oder teilweise zurückgehalten und auf einem Notar-Anderkonto hinterlegt wird. Tritt dann ein Gewährleistungsfall ein, kann der Käufer je nach Einzelfall die vollständige oder teilweise Auszahlung des entsprechenden Kaufpreis-Teilbetrages an sich verlangen. Für den Verkäufer bedeutet eine derartige Sicherheits-Rücklage einen erheblichen Liquiditätsnachteil, da er erst Jahre bzw. sogar Jahrzehnte nach Verkauf des Unternehmens über den gesamten Kaufpreis verfügen kann.

## **E. Zusammenfassende Thesen**

- Der Kauf eines Unternehmens birgt für den Käufer zahlreiche Risiken im Hinblick auf eine mögliche Haftung für Umweltschäden. Daher sollte er die umweltrechtlichen Aspekte vor der Unterzeichnung des Kaufvertrages genau analysieren. Mit Hilfe einer Environmental Due Diligence kann der Käufer überprüfen, ob das Zielunternehmen den umweltrechtlichen Anforderungen genügt.
- Das Umweltrecht ist in Deutschland kein geschlossenes Rechtsgebiet. Es existieren zahlreiche Haftungsgrundlagen, die über das gesamte Zivilrecht und Öffentliche Recht verteilt sind. Das gesetzliche Haftungsrisiko ist dabei weder einseitig auf den Verkäufer, noch einseitig auf den Käufer verlagert. Beiden droht unter Umständen die Inanspruchnahme für Umweltschäden. Im Einzelnen ergibt sich aus dem Unternehmenskaufvertrag, wer haftet. Bei einem Share-Deal gilt der Grundsatz der Haftungskontinuität in Bezug auf den Rechtsträger. Bei einem Asset-Deal wird wegen § 25 HGB oftmals der neue Eigentümer neben dem alten für verwirklichte Umweltschäden haften. Ob diese Norm eingreift, können die Parteien indes steuern.
- Die gesetzlichen Gewährleistungsregeln des deutschen Kaufrechts sind für größere Unternehmenskäufe ungeeignet. Bei derartigen Transaktionen stellen sich zahlreiche Einzelfragen in Bezug auf mögliche Gewährleistungsfälle, die das BGB nicht hinreichend beantworten kann. Vor allem bei Share-Deals mit einem Beteiligungserwerb von unter 75% besteht Regelungsbedarf, da in diesem

Fall eine das Unternehmen treffende Umwelthaftung nach der Rechtsprechung nicht als Mangel der gekauften Anteile angesehen wird. Sofern die Gewährleistungsregeln eingreifen, verlagern sie das wirtschaftliche Risiko aus Umweltschäden zurück auf den Verkäufer.

- Die Parteien können durch Vertragsgestaltung sowohl die Verteilung des gesetzlichen Haftungsrisikos als auch die Regressansprüche steuern. Da Umweltschäden schwer kalkulierbar sind, besteht die Gefahr, dass die Vertragsverhandlungen an diesem Punkt scheitern. Eine gute Lösung sind daher spezielle Versicherungen. Die Parteien müssen sich dann nur noch über die Haftung jenseits der Versicherungssumme einigen.



## Literaturverzeichnis

- Baur, Fritz/Stürmer, Rolf. 2009.** *Sachenrecht*. München : C.H.Beck, 2009. 18. Auflage.
- Engelhardt, Helmut A. 1996.** Environmental Due Diligence *Wirtschaftsrechtliche Beratung (WiB) 1996*, S. 299 – 300.
- Ewer, Wolfgang. 2002.** Environmental due diligence als anwaltliches Betätigungsfeld *Anwaltsblatt (AnwBl) 2002*, S. 309 – 316.
- Fleischer, Holger und Körber, Torsten. 2001.** Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf. *Betriebs-Berater (BB) 2001*, S. 841 – 849.
- Grossmann, Klaus und Mönlich, Ulrike. 2003.** Warranty & Indemnity Insurance: Die Versicherbarkeit von Garantierisiken aus Unternehmenskaufverträgen *Versicherungswirtschaft (VW) 2003*, S. 652 – 656.
- Hölters, Wolfgang/Semler, Franz J. 2005.** *Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs*. Köln : Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005. 6. Auflage.
- Metz, Florian. 2010.** Grundzüge der W&I-Insurance beim Unternehmenskauf *Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2010*, S. 813 – 815.
- Palandt, Otto/Bassenge, Peter. 2010.** *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Nebengesetzen*. München : C.H.Beck, 2010. 69. Auflage.
- Pföhler, Martin und Hermann, Markus. 1997.** Grundsätze zur Durchführung von Umwelt-Due-Diligence. *Die Wirtschaftsprüfung (WPG) 1997*, S. 628 – 635.
- Staub, Hermann/Burgard, Ulrich. 2009.** *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*. Berlin : De Gruyter Recht, 2009. Band 1 Einleitung; §§ 1 – 47 b. 5. Auflage.
- Staudinger, Julius von/Oechsler, Jürgen. 2009.** *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin : Sellier - de Gruyter, 2009. Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 826 – 829; ProdHaftG, Neubearbeitung 2009 von Jürgen Oechsler.
- Turiaux, Andre und Knigge, Dagmar. 1999.** Umweltrisiken bei M&A-Transaktionen. *Betriebs-Berater (BB) 1999*, S. 913 – 920.
- Vogt, Gabriele. 2001.** Die Due Diligence – ein zentrales Element bei der

Durchführung von Mergers & Acquisitions *Deutsches Steuerrecht (DStR) 2001*, S. 2027 – 2034.

**Wagener, Martin und Wahle, Stefan. 2005.** Hersteller, Quasi-Hersteller und Lieferant im Produkthaftungsgesetz. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2005*, S. 3179 – 3182.

Zitiertes Gesetz	Abrufbar unter:
Bundesbodenschutzgesetz (BBodSchG):	<a href="http://www.gesetze-im-internet.de/bbodschg/index.html">http://www.gesetze-im-internet.de/bbodschg/index.html</a>
Bürgerliches Gesetzbuch (BGB):	<a href="http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/">http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/</a>
Handelsgesetzbuch (HGB):	<a href="http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/index.html">http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/index.html</a>
Produkthaftungsgesetz (ProdHaftG):	<a href="http://www.gesetze-im-internet.de/prodhaftg/index.html">http://www.gesetze-im-internet.de/prodhaftg/index.html</a>
Strafgesetzbuch (StGB):	<a href="http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html">http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html</a>
Umwelthaftungsgesetz (UmwelthG):	<a href="http://www.gesetze-im-internet.de/umwelthg/index.html">http://www.gesetze-im-internet.de/umwelthg/index.html</a>
Umweltschadensgesetz (USchadG):	<a href="http://www.gesetze-im-internet.de/uschadg/index.html">http://www.gesetze-im-internet.de/uschadg/index.html</a>