

# **Inhaltsübersicht**

<b>Abkürzungen.....</b>	<b>15</b>
<b>§ 1 Einleitung .....</b>	<b>17</b>
<b>§ 2 Das Unternehmen im Kauf – Begriffsbestimmungen und Grundlagen .....</b>	<b>20</b>
A. Das Unternehmen - Begriff, Bestandteile und deren Verknüpfung.....	20
B. Das Unternehmen als Gegenstand eines Kaufvertrages .....	39
C. Zusammenfassung .....	54
<b>§ 3 Der vorvertragliche Bereich beim Unternehmenskauf - Grundlagen.....</b>	<b>56</b>
A. Ablauf einer Akquisition und rechtliche Bindung im vorvertraglichen Bereich.....	56
B. Die Dogmatik des Vertragsanbahnungsverhältnisses im Lichte des Unternehmenskaufs .....	63
C. Zusammenfassung .....	83
<b>§ 4 Vorvertragliche Verhaltenspflichten des Unternehmensverkäufers.....</b>	<b>85</b>
A. Sicherungspflichten .....	85
B. Informationspflichten (Aufklärungspflichten).....	88
C. Pflicht zur Unterlassung positiver Falschinformation (Wahrheitspflicht).....	172
D. Mitwirkungspflichten .....	181
E. Pflicht zur Unterlassung wirksamkeitsverhindernden Verhaltens.....	208
F. Sonstige Pflichten .....	212
G. Zusammenfassung .....	222

<b>§ 5 Vorvertragliche Verhaltenspflichten des Unternehmenskäufers .....</b>	<b>227</b>
A. Sicherungspflichten .....	227
B. Obhutspflichten .....	227
C. Informationspflichten .....	229
D. Mitwirkungspflichten .....	235
E. Diskretionspflicht (Pflicht zur Geheimhaltung und Nichtverwertung erlangten Wissens) .....	236
F. Abwerbungsverbot .....	240
G. Prüfungspflicht .....	244
H. Sonstige Pflichten .....	245
I. Zusammenfassung .....	246
<b>§ 6 Gefahrtragung beim Unternehmenskauf .....</b>	<b>247</b>
A. Problemaufriß .....	247
B. Gesetzliche Risikoverteilung im Hinblick auf Verschlechterungs- bzw. Untergangsgefahr .....	249
C. Vereinbarung von „Übergangsstichtag“ und „Closing“ .....	262
D. Zusammenfassung .....	277
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>278</b>
<b>Sachregister .....</b>	<b>311</b>

# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungen.....</b>	<b>15</b>
<b>§ 1 Einleitung .....</b>	<b>17</b>
<b>§ 2 Das Unternehmen im Kauf – Begriffsbestimmungen und Grundlagen .....</b>	<b>20</b>
A. Das Unternehmen - Begriff, Bestandteile und deren Verknüpfung.....	20
I. Der Unternehmensbegriff.....	20
1. Allgemeiner Begriff „Unternehmen“.....	20
2. Allgemeiner Rechtsbegriff „Unternehmen“.....	21
3. Einzelnormorientierter Unternehmensbegriff durch Auslegung.....	22
4. Der Unternehmensbegriff im Vertragsrecht .....	23
a) Das Unternehmen im BGB .....	23
b) Der Unternehmensbegriff im HGB .....	24
II. Rechtliche Einheitlichkeit des Unternehmens .....	25
1. Das Unternehmen als Sachgesamtheit .....	25
2. Das Unternehmen als Rechtsgesamtheit.....	27
III. Bestandteile des Unternehmens.....	28
1. Körperliche Gegenstände (Sachen).....	29
2. Unkörperliche Gegenstände.....	30
a) Begriffsbestimmung .....	30
b) Unkörperliche Gegenstände im Einzelnen .....	31
aa) Allgemeine Vermögensrechte .....	32
bb) Immaterialgüter und Immaterialgüterrechte .....	32
cc) Unternehmensspezifische Vermögenswerte als Immaterialgüter.....	33
dd) Übertragungsverpflichtung im Zweifelsfall .....	35
3. Sonstige Vermögenswerte als Rechenposten.....	36
B. Das Unternehmen als Gegenstand eines Kaufvertrages .....	39
I. Einordnung des Unternehmenskaufs als Kaufvertrag .....	39
II. Verschiedene Grundtypen: Asset-Deal und Anteilskauf.....	41
1. Unternehmenskauf (Asset-Deal).....	41
2. Anteilskauf (Share-Deal) .....	43
3. Zwischenformen .....	44
III. Der Anteilskauf und sein Verhältnis zum Unternehmenskauf .....	45
1. Aktueller Meinungsstand für den Bereich der Gewährleistung.....	45
2. Stellungnahme und Verbindung zu vorvertraglichen Pflichten.....	47

IV. Abgrenzung des Asset-Deal zu ähnlichen Kaufformen .....	49
1. Unternehmenskauf (Asset-Deal) .....	50
2. Teilunternehmenskauf .....	50
3. Betriebskauf .....	51
4. Kauf einzelner Wirtschaftsgüter .....	52
V. Erwerbswege .....	54
C. Zusammenfassung .....	54
<b>§ 3 Der vorvertragliche Bereich beim Unternehmenskauf - Grundlagen .....</b>	<b>56</b>
A. Ablauf einer Akquisition und rechtliche Bindung im vorvertraglichen Bereich .....	56
I. Ablauf einer Unternehmensakquisition .....	56
II. Rechtliche Bindung durch (vertragliche) Vorfeldregelungen .....	57
1. Allgemeines .....	57
2. Der „letter of intent“ .....	58
B. Die Dogmatik des Vertragsanbahnungsverhältnisses im Lichte des Unternehmenskaufs .....	63
I. Entstehung, Rechtsgrund und Funktion .....	63
1. Entstehung und Rechtsgrund .....	63
2. Funktion .....	67
II. Die gesetzlichen vorvertraglichen Verhaltenspflichten .....	68
1. Vorvertragliche Verhaltenspflichten und ihre Klagbarkeit .....	68
2. Unterscheidung und Inhalt der vorvertraglichen Verhaltenspflichten .....	69
3. Sonderfall Schutzpflichten .....	71
III. Reichweite des Vertragsanbahnungsverhältnisses .....	74
1. Sachliche Reichweite .....	74
2. Reichweite in persönlicher Hinsicht .....	74
a) Geschäftsfähigkeit .....	74
b) Die Einbeziehung Dritter .....	75
aa) Drittschutz (Berechtigung Dritter aus c.i.c.) .....	75
bb) Haftung für Dritte und Eigenhaftung Dritter auf Schädigerseite .....	75
3. Zeitlicher Anwendungsbereich .....	77
a) Entstehung des Vertragsanbahnungsverhältnisses .....	77
b) Beendigung des Vertragsanbahnungsverhältnisses .....	80
aa) Der Abbruch von Vertragsverhandlungen .....	80
bb) Das Zustandekommen eines Vertrages .....	81
C. Zusammenfassung .....	83

<b>§ 4 Vorvertragliche Verhaltenspflichten des Unternehmensverkäufers .....</b>	<b>85</b>
A. Sicherungspflichten .....	85
B. Informationspflichten (Aufklärungspflichten).....	88
I. Terminologisches.....	88
II. Grundlagen, inhaltliche Voraussetzungen und Grenzen .....	91
1. Rechtsgrundlagen, Konkurrenzen und Funktion .....	91
2. Informationspflicht als Ausnahmefall.....	92
3. Das bewegliche System objektiver Voraussetzungen nach Breidenbach.....	95
4. Scheinbare Sonderkriterien als einfache Elemente von Pflicht und Haftung ..	97
a) Fehlen einer Informationsmöglichkeit auf Käuferseite.....	97
b) Präsentes Wissen auf Verkäuferseite .....	98
c) Erkennbarkeit .....	99
d) Entscheidungserheblichkeit (Wesentlichkeit).....	100
e) „Fester Kaufwille“.....	101
f) Typen von Aufklärungsbedürftigen .....	102
5. Grenzen der Informationspflichten .....	102
a) Allgemeine Grenzen.....	103
b) Spezifische Grenzen beim Unternehmenskauf .....	104
III. Informationspflichten im Einzelnen .....	108
1. Informationen über subjektive und objektive Hindernisse von Vertragsschluß und Vertragswirksamkeit .....	108
a) Information über mögliche Hindernisse des Vertragsschlusses .....	111
b) Information über der Vertragswirksamkeit entgegenstehende objektive Hindernisse (insbesondere Form- und Zustimmungspflichtigkeit).....	115
2. Informationen über persönliche Verhältnisse .....	122
a) Eigene wirtschaftliche Verhältnisse des Verkäufers .....	122
b) Informationen bezüglich der Mitarbeiter .....	124
3. Informationen hinsichtlich des Unternehmens als Kaufgegenstand .....	126
a) Marktverhältnisse, wirtschaftlicher Wert .....	129
b) Einzelne Wirtschaftsgüter (Inventarstücke) .....	132
c) Konzessionen, Betriebsgenehmigungen und vergleichbare Fälle .....	135
d) Umsatz- und Ertragsdaten, Bilanzen .....	136
e) Unbekannte Verbindlichkeiten.....	142
f) Steuern.....	144
g) Mangelnde Verwendbarkeit des Unternehmens (Verwendungsstörung) ..	146
4. Informationen zur Korrektur eines Irrtums .....	148
a) Vor Verhandlungsbeginn oder nicht schuldhaft erregter Irrtum .....	149
b) Positive Kenntnis eines Irrtums.....	151
c) Treuwidrige Vereitelung der positiven Kenntnis .....	154

IV. Besondere haftungsausschließende Sachverhalte .....	155
1. Selbstverschuldeten Mangel an Rechtsschutz durch Verzicht auf geeignete Schutzmaßnahmen.....	155
a) Dogmatische Einordnung .....	155
b) Hauptanwendungsfall .....	157
c) Weitere Anwendungsfälle.....	160
2. Haftungsausschluß durch Vereinbarung.....	161
3. Formalisierte Prüfungsprozeduren, insbesondere die „due diligence“.....	163
a) Haftungsausschluß durch Prüfung vor Erwerb? .....	164
b) Haftungsausschluß wegen Verletzung einer Prüfungsobligation? .....	167
c) Freizeichnung von einem derartigen Haftungsausschluß .....	171
C. Pflicht zur Unterlassung positiver Falschinformation (Wahrheitspflicht) .....	172
I. Allgemeine Grundlagen, Fallabgrenzung .....	172
II. Herleitung, Pflichtenumfang .....	175
III. Einzelne Bereiche, insbesondere Unternehmenskennzahlen .....	177
IV. Mitverschulden des Käufers.....	180
D. Mitwirkungspflichten .....	181
I. Bereitstellung von Unterlagen (zur Due Diligence-Prüfung) .....	182
II. Mitwirkung bei Angebot und Annahme .....	183
1. Mitwirkungspflichten des Offerenten .....	183
2. Mitwirkung des Angebotsempfängers.....	184
III. Förderung des intendierten Vertragsschlusses .....	185
1. Allgemeine Grundlagen.....	185
a) Zur Dogmatik der Haftungsgrundlage.....	185
b) Charakter der maßgeblichen Pflicht .....	188
c) Fallabgrenzung, Grundsatz der negativen Vertragsfreiheit .....	190
2. Darstellung des Vertragsschlusses „als sicher“ .....	191
a) Die grundlegenden Ansätze in Rechtsprechung und Literatur .....	191
b) Überwiegende Nachteile einer derartigen Förderpflicht .....	192
3. Vorliegen einer Vorfeldvereinbarung, insbesondere „letter of intent“ .....	194
4. Veranlassung einer Vermögensdisposition durch den Verkäufer .....	196
5. Einverständlicher, beidseitiger Beginn der Vertragsausführung.....	198
6. Vollständiger Abschluß der Vertragsverhandlungen .....	198
7. Persönliche Dispositionen im Rahmen besonderer sozialer Situationen .....	199
IV. Sonderfall: Verhandlungsabbruch bei form- oder genehmigungsbedürftigen Kaufverträgen.....	201
V. Pflicht zur Beseitigung der schwebenden Unwirksamkeit.....	204

E. Pflicht zur Unterlassung wirksamkeitsverhindernden Verhaltens.....	208
I. Der versteckte Dissens.....	208
II. Verstoß gegen § 138 BGB oder Parallelvorschriften .....	209
III. Herbeiführung eines (potentiellen) Erfüllungshindernisses .....	211
F. Sonstige Pflichten .....	212
I. Unterlassung von Verkaufsverhandlungen mit Dritten .....	2122
II. Diskretionspflicht (Geheimhaltungspflicht) .....	214
III. Abwerbungsverbot.....	215
IV. Kostentragungs-/Erstattungspflicht .....	215
V. Kontrahierungspflicht.....	217
VI. Unterlassung der Herbeiführung des Vertragsschlusses durch Überrumpelung .	220
G. Zusammenfassung .....	222
<b>§ 5 Vorvertragliche Verhaltenspflichten des Unternehmenskäufers.....</b>	<b>227</b>
A. Sicherungspflichten .....	227
B. Obhutspflichten.....	227
C. Informationspflichten.....	229
I. Allgemeine Pflichtenbegründung .....	229
II. Pflichtenprogramm im Vergleich zum Verkäufer .....	230
III. Sonderfall: Information über einen Weiterverkauf.....	232
IV. Sonderfall: Management Buy-out (MBO).....	234
D. Mitwirkungspflichten .....	235
E. Diskretionspflicht (Pflicht zur Geheimhaltung und Nichtverwertung erlangten Wissens).....	236
F. Abwerbungsverbot.....	240
G. Prüfungspflicht.....	244
H. Sonstige Pflichten .....	245
I. Zusammenfassung .....	246

<b>§ 6 Gefahrtragung beim Unternehmenskauf .....</b>	<b>247</b>
A. Problemaufriß.....	247
B. Gesetzliche Risikoverteilung im Hinblick auf Verschlechterungs- bzw. Untergangsgefahr .....	249
I. Allgemeiner Grundsatz im deutschen Kaufrecht .....	250
II. Unbedingter Rechtsübergang beim Unternehmenskauf.....	251
III. Bedingter Rechtsübergang beim Unternehmenskauf.....	257
C. Vereinbarung von „Übergangsstichtag“ und „Closing“.....	262
I. Vertragliche Vereinbarungen über die Gefahrtragung.....	262
II. Bedeutung des Übergangsstichtags im deutschen Recht .....	263
III. Bedeutung des sog. Closing .....	267
1. Geschichtlicher Ursprung und Bedeutung des closing im US-amerikanischen Immobilienrecht .....	268
2. Funktion und Zweck des closing beim US-Unternehmenskauf .....	270
IV. Zur Bedeutung des Closing im deutschen Recht .....	274
D. Zusammenfassung.....	277
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>278</b>
<b>Sachregister .....</b>	<b>311</b>

## **Abkürzungen**

Die im Rahmen dieser Arbeit verwendeten Abkürzungen entsprechen dem üblichen Gebrauch und ergeben sich aus dem Literaturverzeichnis sowie den allgemeinen Vorschlägen von Hildebert Kirchner in Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage, Berlin – New York, 1993.



## § 1 Einleitung

Unternehmens- und Anteilskäufe sind zu Beginn des neuen Jahrhunderts in steigendem Maß Bestandteil unseres Wirtschaftslebens. Gemessen am wirtschaftlichen Wert der Zielgesellschaften wird im Jahr der Jahrhundertwende ein Marktvolumen für Übernahmen aller Art von ca. 400-500 Milliarden Euro für Deutschland (also etwa dem doppelten des Bundeshaushalts), 1 200 Mrd. Euro für Europa und etwa 2 800 Mrd. Euro weltweit geschätzt<sup>1</sup>. Im Zuge der wellenartig erfolgenden Entwicklung dieses bedeutenden Marktes ist der Unternehmenskauf heute Standardsujet in der Praxis wirtschaftsrechtlicher Beratung und Kautelarjurisprudenz. Auch in den Medien erlangen Unternehmenskäufe zunehmende Beachtung, wie die letzten prominenten Fälle Mannesmann/Vodafone oder Allianz/Dresdner Bank verdeutlichen. Öffentliches Interesse finden allerdings meist nur die in vielerlei Hinsicht von Besonderheiten geprägten Fälle der Übernahme börsennotierter Aktiengesellschaften, obwohl diese quantitativ nur einen geringen Teil aller Akquisitionen betreffen<sup>2</sup>. Im Rahmen dieser Arbeit wird daher vorweg zu klären sein, welche Sachverhalte als „Unternehmenskauf“ bezeichnet werden können und damit, für welche Bereiche die Frage der vorvertraglichen Verpflichtungen überhaupt aufzuwerfen ist<sup>3</sup>.

In deutlichem Gegensatz zur praktischen Bedeutung der Unternehmenstransaktionen steht allerdings ihre rudimentäre gesetzgeberische Regelung. Es wird dabei versucht, den Mangel an speziellen Rechtsnormen auf zwei Wegen aufzufangen. Einerseits durch detaillierte einzelvertragliche Vereinbarungen, wie sie der anglo-amerikanischen Vertragspraxis entsprechen und auch beim innerdeutschen Unternehmenskauf üblich geworden sind. Andererseits durch Anwendung allgemeiner kauf- bzw. schuldrechtlicher Normen und Rechtsinstitute, wobei die rechtswissenschaftliche Diskussion stark auf den Bereich der Gewährleistung fokussiert ist. Beide Bereiche sind nicht zentraler Gegenstand dieser Arbeit. Zur Vertragsgestaltung existiert bereits eine Handvoll praxisnaher Handbücher und zur Frage der Gewährleistung ist eine inzwischen beachtliche Anzahl von Publikationen bis in die jüngste Zeit erschienen<sup>4</sup>. Soweit hier dennoch eine Verbin-

---

<sup>1</sup> So die Angaben von Merrill Lynch Deutschland für 1999 in Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 12.11.1999, S. 25 (Finanzmarkt); ebenso Horn, ZIP 2000, 473 (473) mwN, aber auch FAZ v. 28.12.2000, S. 18 und FTD v. 5.7.2001, S. 25. Zahlen für 1998 bei Kerler, Mergers & Acquisitions, 3. Dazu auch Picot-Picot, Unternehmenskauf, I Rn 1 mwN. Zahlen für die USA finden sich im Economic Report of the President, vgl. Parker/Ballo, Business Lawyer 1999, 351ff mwN.

<sup>2</sup> Auf die besonderen Umstände in der AG wird in dieser Arbeit nicht eingegangen.

<sup>3</sup> Dies wird unter § 2 erörtert.

<sup>4</sup> Überblick über wesentliche Monographien vgl. § 2 Fn 103, 132.

dung zu Gewährleistungsfragen gegeben ist, was sich angesichts der Problemstellung dieser Arbeit nicht ausschließen lässt, bewegt sich die Arbeit auf dem von der Rechtsprechung vorgegebenen Grundgerüst. Es wird hier mithin die ständige Praxis der Gerichte zugrunde gelegt, bei grundsätzlicher Anwendung des Sachmängelgewährleistungsrechts den Fehlerbegriff beim Unternehmenskauf äußerst restriktiv zu verstehen, um so der c.i.c. möglichst weitreichend zum Einsatz zu verhelfen. Eine solche Beschränkung ist jedoch nicht als Resignation vor einer in vielen Teilen nicht als geglückt anzusehenden Rechtsentwicklung zu deuten, sondern im Gegenteil als Versuch, unter den gegebenen haftungsrechtlichen Rahmenbedingungen die inhaltliche Entwicklung zu kontrollieren und wo nötig zu korrigieren. Einer solchen „Kontrolle durch Dogmatik“ etwa im Sinne *Essers*<sup>5</sup> haben zugleich Wertungsgesichtspunkte zugrunde zu liegen, die auch für andere haftungsrechtliche Systeme oder gar ein Recht des Unternehmenskaufs fruchtbar gemacht werden können.

Die vorliegende Arbeit befaßt sich intensiv mit dem vorvertraglichen Bereich des Unternehmenskaufs, also dem Zeitraum zwischen Verhandlungsaufnahme und Vertragsschluß, sowie der Frage der Gefahrtragung bei unverschuldeter Verschlechterung des Unternehmens in der Zeit zwischen Kaufvertragsschluß und Abschluß der Unternehmensübertragung. Beide Problemkreise sind bis heute nicht eingehend bearbeitet. Die Ursache dieses Umstandes dürfte hauptsächlich darin liegen, daß in der einschlägigen Literatur regelmäßig empfohlen wird, sowohl für die vorvertragliche Phase individuelle Vereinbarungen zu treffen als auch in den späteren Kaufverträgen umfangreiche Regelungen (Garantien) zum Zustand des Unternehmens aufzunehmen<sup>6</sup>. Wichtig ist aber gerade auch für jene Situation, in der es an solchen individuellen Abmachungen fehlt, festzustellen, ob und in welchem Umfang die Parteien dennoch bestimmten gesetzlichen Pflichten unterliegen. Von besonderer Bedeutung ist dies im Bereich der Informationspflichten (Aufklärungspflichten), da diese gerade den Fall betreffen, daß eine Partei ein Risiko nicht erkannt hat und deshalb keine vertragliche Regelung getroffen wurde. Eine an brauchbaren Kriterien ausgerichtete objektive Bestimmung dieser Informationspflichten gilt dabei als eines der großen Probleme im Recht des Unternehmenskaufs. Hier finden sich in Rechtsprechung und Schrifttum eine Vielzahl mehr oder minder tauglicher und beliebiger Kriterien, die selten eine nachvollziehbare Pflichtendeduktion erkennen lassen<sup>7</sup>. Zur dogmatisch klaren Verankerung einer Pflicht und Klärung des manchen Arbeiten zugrunde liegenden Vorverständnisses ist dabei eine nähere Befassung mit den Grundlagen der vorvertraglichen Haftung unverzichtbar<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 91ff.

<sup>6</sup> So etwa Beisel/Klumpp, Unternehmenskauf, Rn 35ff; Hommelhoff, ZHR 150 (1986), 256ff; Mü-Ko-Lieb, HGB, Anh § 25 Rn 14 (Fn 20). Eingehend zu den Vorfeldvereinbarungen unten § 3 A.

<sup>7</sup> Eingehend dazu § 4 B II.

<sup>8</sup> Dazu unten § 3.

Trotz der auch in der Praxis überragenden Bedeutung der *Informationspflichten* wird die vorliegende Untersuchung aber keineswegs auf diese beschränkt. Gerade im so komplexen Bereich des Unternehmenskaufs können vielerlei andere Pflichten bestehen. Wie sich aus der Untersuchung ergeben wird, sind dabei auch einige zumeist im Hinblick auf eine *Informationspflicht* erörterten Fälle dort nicht richtig verortet, sondern im Hinblick auf andere Pflichten zu diskutieren. Auch insoweit ist eine exakte Betrachtung der Pflichten durchaus dazu angetan, den Blickwinkel zu verändern und Probleme allein durch eine überzeugende Entwicklung der Pflicht (etwa als *Mitwirkungspflicht* statt als *Informationspflicht*) weitgehend zu lösen.

Nicht Gegenstand dieser Arbeit sind hingegen gesetzliche Leistungs- bzw. Nebenleistungspflichten, obschon auch hierbei insbesondere für den häufig zeitlich ausgedehnten Bereich zwischen Vertragsschluß und Übergabestichtag ein Bündel offener Fragen existiert. Eine eingehende Befassung auch damit würde den Umfang dieser Arbeit jedoch kaum vertretbar erweitern, so daß sich in dieser Hinsicht nur Anregungen und weiterführendes Schrifttum finden<sup>9</sup>.

Ziel der Arbeit ist es nicht nur eine umfassende Darstellung aller beim Unternehmenskauf in Frage kommender vorvertraglicher Pflichten, sondern vor allem mittels dogmatischer Fundierung der vorvertraglichen Verhaltenspflichten die Rechtsprechung kritisch zu hinterfragen und möglichen Korrekturbedarf festzustellen. Von grundlegender Bedeutung ist dabei der Ansatz, von der einzelnen Pflicht als Verhaltensanweisung auszugehen, im Gegensatz zur Rechtsprechung, die sich stets von der sozusagen „pathologischen“ Seite, das heißt einer möglichen Haftung, her zu nähern hat. Damit versucht die Arbeit gleichzeitig dazu beizutragen, Licht in das diffuse Bild rechtlicher Normen für den Bereich des Unternehmenskaufs zu bringen und so letztlich - ähnlich dem erst kürzlich veröffentlichten Versuch *Pöllaths* - einen positiven Verhaltenskodex zu erstellen<sup>10</sup>.

Ergänzend wird die bisher nur vereinzelt und nicht zusammenhängend behandelte Frage der Gefahrtragung beim Unternehmenskauf untersucht. Häufig werden darüber zwar einzelvertragliche Vereinbarungen vorliegen, doch ist die Rechtslage gerade dann zu klären, wenn solche nicht vorliegen, ungenügend oder unwirksam sind. Besondere Bedeutung kommt dabei der in der deutschsprachigen juristischen Literatur in ihrer rechtlichen Wirkung weitgehend unbeachteten Vereinbarung eines „Übergangsstichtages“ oder eines „Closing“ zu.

---

<sup>9</sup> Vergleiche insbesondere § 6 Fn 6ff.

<sup>10</sup> Pöllath, FS Bezzenger, 549ff.

## § 2 Das Unternehmen im Kauf – Begriffsbestimmungen und Grundlagen

### A. Das Unternehmen - Begriff, Bestandteile und deren Verknüpfung

#### I. Der Unternehmensbegriff

Beim Unternehmenskauf wirft schon die begriffliche Klärung des Untersuchungsgegenstandes große Probleme auf, wie die etwa 100 Jahre alte Diskussion einer Definition des Unternehmens auf den verschiedensten Gebieten zeigt. Gerade die einschlägigen juristischen Werke zum Unternehmenskauf gehen regelmäßig wie selbstverständlich über eine exakte Herleitung des Unternehmens hinweg und begnügen sich mit der Wiederholung weitgehend sinnleerer Allgemeinformeln oder eher zufälligen, beispielhaften Aufzählungen einzelner Unternehmensbestandteile.

Wesentliche Fragen machen jedoch auch hier eine Begriffsbestimmung des Unternehmens erforderlich. Was etwa ist im Einzelnen mit dem Kaufgegenstand „Unternehmen“ gemeint, wenn dem Vertrag keine Auflistung aller Unternehmensbestandteile beigefügt ist? Und welche Teile eines Unternehmens müssen verkauft sein, um überhaupt von einem Unternehmenskauf zu sprechen?

##### 1. Allgemeiner Begriff „Unternehmen“

Die Erscheinung „Unternehmen“ wird im Bereich vieler Sozialwissenschaften, insbesondere der Soziologie, der Wirtschaftswissenschaften und der Rechtswissenschaften untersucht und ist als Gegenstand des gesellschaftlichen Lebens zunächst den Wissenschaften vorgegeben. Einen einheitlichen interdisziplinären Begriff des „Unternehmens“ kennen die verschiedenen Wissenschaften dabei nicht. Jede Disziplin verwendet vielmehr einen grundsätzlich eigenständigen, unabhängigen Unternehmensbegriff, der ihren spezifischen Erkenntniszwecken unterworfen ist, im Ergebnis aber durchaus Gemeinsamkeiten und Verbindungen aufweist<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Zum wirtschaftswissenschaftlichen Begriff der „Unternehmung“ (synonym für „Unternehmen“) vgl. Gablers Wirtschaftslexikon Band 7, 3431; zum soziologischen Begriff vgl. Bernsdorf, Wörterbuch der Soziologie, „Unternehmung“; Fuchs-Heinritz et al., Lexikon zur Soziologie, „Unternehmen“ und „Betrieb“.

## 2. Allgemeiner Rechtsbegriff „Unternehmen“

Im Bereich der Rechtswissenschaften findet der Begriff des Unternehmens mit in neuerer Zeit zunehmender Tendenz als Rechtsbegriff Eingang in das geschriebene deutsche Recht.

Neben den besonders bedeutenden und stark diskutierten Bestimmungen in GWB<sup>2</sup>, AktG<sup>3</sup> und HGB<sup>4</sup> wird der Begriff des Unternehmens etwa auch im AGBG<sup>5</sup>, GmbHG, Publizitätsgesetz, Umwandlungsgesetz, Vermögensgesetz, Markengesetz, UWG, im Arbeitsrecht (Mitbestimmungsgesetz, Betriebsverfassungsgesetz), Steuerrecht und weiteren verschiedenen Gesetzen des öffentlich-rechtlichen Bereiches, wie SGB VII, Energiewirtschaftsgesetz, Kreditwesengesetz, Gewerbeordnung oder Bundeshaushaltsgesetz, gebraucht.

Die verbreitete Verwendung des Begriffs Unternehmen lässt es nahe liegend erscheinen, das Unternehmen als feststehenden, juristisch allgemeingültigen Rechtsbegriff zu bestimmen. Mangels Legaldefinition wurden und werden von der Rechtswissenschaft auch immer wieder Versuche unternommen, einen allgemeinen oder doch zumindest für das ganze Unternehmensprivatrecht gelgenden einheitlichen Begriff zu entwickeln.

Zunächst entwickelte sich zu Beginn des 20. Jahrhunderts eine rege Diskussion des Unternehmensbegriffs<sup>6</sup>, der zahlreiche weitere Arbeiten zur Entwicklung eines einheitlichen Unternehmensbegriffs insbesondere von *Wieland* (1921)<sup>7</sup>, *v. Gierke* (1948)<sup>8</sup>, *Raisch* (1965)<sup>9</sup>, *Raiser* (1969)<sup>10</sup> und *K. Schmidt* (1980)<sup>11</sup> folgten.

---

<sup>2</sup> I.d.R. als kartellrechtlicher Unternehmensbegriff bezeichnet, wird das Unternehmen im Sinne von § 1 GWB von der h.M. funktional, d.h. tätigkeitsbezogen, verstanden. So die st. Rechtsprechung seit BGH WuW/E BGH 359, 360 („Gasglühkörper“) = BGHZ 31, 105; aus neuerer Zeit BGH WuW/E 1841, 1842 („Ganser-Dahlke“) sowie FK-Huber/Baums, GWB, § 1 Tz. 37ff mwN; Haberkorn, GRUR 1962, 449ff; IM-Immenga, GWB, § 1 Rn 34ff mwN; Langen-Bunte, GWB, § 1 Rn 5ff mwN; Langer, Der Begriff Unternehmen im GWB; K. Schmidt, ZGR 1980, 277ff; Schmude, Unternehmensbegriff im GWB.

<sup>3</sup> I.d.R. als konzernrechtlicher Unternehmensbegriff bezeichnet, ist bei §§ 15ff AktG nach h.M. auf potentielle Herrschaft abzustellen. Vgl. BGHZ 69, 334 (336) („VEBA/Gelsenberg“); BGHZ 135, 106 (113f) („VW/Niedersachsen“); Emmerich/Habersack-Emmerich, Aktienkonzernrecht, § 15 Rn 6ff; Geßler/Hefermehl-Geßler, AktG, § 15 Anm. 6ff; Großkommentar zum AktG-Würdinger (3.A.), Vor §§ 15 – 19, I 2. und II 1; Großkommentar zum AktG-Windbichler (4.A.), § 15 Rn 10ff; Hüffer, AktG, § 15 Rn 6ff mwN; Kölner Kommentar-Koppensteiner, AktG (2.A.), § 15 Rn 6ff; Lutter/Timm, BB 1978, 836 (837f); Mülbert, ZHR 163, 1ff; Riechers, Das Unternehmen an sich; K. Schmidt, AG 1994, 189 (191ff); Zöllner, ZGR 1976, 1 (2).

<sup>4</sup> Dazu unten unter § 2 A. I 4b).

<sup>5</sup> Zum Unternehmer im durch das HRefG geänderten AGBG vgl. Pfeiffer, NJW 1999, 169ff mwN.

<sup>6</sup> Ausführliche Literaturnachweise etwa bei Hubmann, ZHR 117 (1955), 41 (41); Kantenwein, Unternehmenskauf, 102; Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, 131f; Wieland, Handelsrecht I, 239f; Wollny, Unternehmens- und Praxisübertragungen, Rn 321.

<sup>7</sup> Wieland, Handelsrecht I, 239ff.

<sup>8</sup> Von Gierke, ZHR 111 (1948), 1ff; Gierke-Sandrock, Handels- und Wirtschaftsrecht Band 1, 181ff.

<sup>9</sup> Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, 179ff; anschließend ders., Unternehmensrecht I, 78ff.

<sup>10</sup> Raiser, Das Unternehmen als Organisation, 93ff; Besprechung von Brecher, AcP 171, 378ff.