

§ 1 Einführung

Die Transaktionspraxis befindet sich kontinuierlich im Wandel. Entsprechend der aktuellen Marktlage werden Prozesse optimiert, Trends hervorgerufen und in das Transaktionsgeflecht fügen sich fortwährend verschiedene Teilnehmer und Produkte ein. Insbesondere der sog. „Unternehmenskauf“ unterliegt diesen Strömungen. Unter den Begriff des „Unternehmenskaufs“ fasst man allgemein die Übertragung eines Inbegriffs von Sachen, Rechten und sonstigen Vermögenswerten, durch welche der Erwerber in die Lage versetzt wird, das Unternehmen als solches weiterzuführen.¹ Mangels Legaldefinition wird der Gegenstand des „Unternehmens“ derweil weitverbreitet als „betriebsfähige Wirtschaftseinheit, die dem Unternehmer das Auftreten am Markt ermöglicht“², definiert. Der Unternehmenskauf vollzieht sich typischerweise in Form eines Beteiligungserwerbs (sog. „*Share Deal*“) oder durch Übertragung sämtlicher Wirtschaftsgüter des Unternehmens (sog. „*Asset Deal*“).³ Die im Folgenden verwendete Bezeichnung „Unternehmenskaufvertrag“ beschreibt den Verkauf und die Übertragung eines Unternehmens als Ganzes – unabhängig davon, ob mittels eines *Share Deals* oder eines *Asset Deals*. Sofern keine nähere Erläuterung erfolgt, wird in Bezug auf einen *Share Deal* unterstellt, dass durch die Transaktion sämtliche Anteile an der Gesellschaft seitens des Käufers erworben werden.⁴ Hinsichtlich der Zielgesellschaft, die unmittelbarer

¹ BGH, Urteil v. 28.11.2001 - VIII ZR 37/01, NJW 2002, 1042; *Rotthege*, in *Rotthege/Wassermann, Unternehmenskauf bei der GmbH*, Kap. 1 Rn. 53; *Frey/Fichtner*, in *Prinz/Kahle, Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften*, § 27 Rn. 12.

² *Thiessen*, in *MüKo HGB, Anh.* § 25 Rn. 3; *Vossler*, in *Oetker, HGB, Anh.* §§ 25-28 Rn. 2; *Koch*, in *Koch, AktG*, § 31 Rn. 2; *Kindler*, in *Ebenroth/Boujong, HGB*, § 1 Rn. 14; *Vedder*, in *Gri-goleit, AktG*, § 32 Rn. 9; *Gottschalk*, NZG 2003, 713, Fn. 20; *Mäger/Ringe*, WuW 2007, 18, 21.

³ Darüber hinaus existieren noch weitere Transaktionsformen zur Übertragung eines Unternehmens. Mangels Relevanz für die vorliegende Arbeit wird im Weiteren nicht auf speziellere Konstellationen eingegangen.

⁴ Siehe zur Frage, ab welcher Beteiligungshöhe von einem „Unternehmenskauf“ ausgegangen werden kann: Fn. 20.

Kaufgegenstand der Transaktion zwischen Verkäufer⁵ und Käufer⁶ ist, wird in der vorliegenden Ausarbeitung angenommen, dass es sich um eine deutsche Gesellschaft handelt.

Die wesentliche Haftungsverteilung zwischen Käufer und Verkäufer wird innerhalb des Unternehmenskaufvertrages in Gestalt von individualvertraglichen Garantie- und Freistellungsvereinbarungen festgelegt. Die konkrete Ausgestaltung dieser Garantie- und Freistellungsregelungen sowie der damit einhergehenden Rechtsfolgen obliegt primär den Kaufvertragsparteien. Seit geraumer Zeit kann das mit den Garantien und Freistellungen einhergehende Haftungsrisiko jedoch durch eine weitere Partei und das von ihr bereitgestellte Versicherungsprodukt modifiziert werden:

Mit der *Warranty & Indemnity*-Versicherung oder kurz „*W&I*-Versicherung“ (auch „Gewährleistungsversicherung“ genannt) ordnet sich der jeweilige Versicherer in den Transaktionsprozess ein. Seit mehreren Jahren gehört die *W&I*-Versicherung auf dem deutschen Transaktionsmarkt zu den Standard *M&A*⁷-Versicherungen. Hierbei werden die Garantien (*warranties*) und Freistellungen (*indemnities*) aus dem Unternehmenskaufvertrag durch einen Versicherer versichert, was die Risikoverteilung im Rahmen der Transaktion maßgeblich beeinflusst. Der Abschluss einer *W&I*-Versicherung bewirkt, dass der Versicherer die aus den Garantien und Freistellungen resultierenden, wirtschaftlichen Risiken trägt, sofern und soweit diese von der Versicherung gedeckt werden. Versicherungsnehmer kann sowohl der Käufer als auch der Verkäufer sein. Die entscheidende Motivation für den Abschluss einer *W&I*-Versicherung kann dabei aus verschiedenen Gründen herrühren.

⁵ Die Bezeichnung „Verkäufer“ umfasst sowohl die schuldrechtlich zum Verkauf verpflichtete Person als auch diejenige, die das Unternehmen dinglich überträgt. Im Folgenden wird angenommen, dass hierbei Personengleichheit besteht.

⁶ Die Bezeichnung „Käufer“ umfasst sowohl diejenige Person, die das Unternehmen schuldrechtlich erwirbt als auch diejenige, die das Unternehmen dinglich übertragen bekommt. Hierbei wird Personengleichheit unterstellt.

⁷ Abkürzung für „*Mergers & Acquisitions*“, einer Sammelbezeichnung für Unternehmenstransaktionen, insbesondere Unternehmenszusammenschlüsse, Unternehmenskäufe und Restrukturierungen. Siehe zum Begriff: *Picot*, in Römermann, MAH GmbH-Recht, § 21 Rn. 1; *Grützner/Jakob*, Compliance von A-Z, „*M&A*“.

Gleichwohl wird der Ausgangspunkt stets die Frage nach dem Umgang mit Risiken sein, die mit der Transaktion verbunden sind. So wird der Käufer der Bestrebung nachgehen, sein Transaktionsrisiko anhand von Garantien und Freistellungen abzusichern. Durch die Abgabe dieser Haftungsinstrumente besteht seitens des Verkäufers wiederum die Gefahr der zukünftigen Inanspruchnahme durch den Käufer. Eine Methode, um sowohl die Risiken des Käufers vor einem unerwarteten Makel des Unternehmens als auch das Risiko der Inanspruchnahme des Verkäufers unmittelbar einzubeziehen und finanziell auszugleichen, wäre eine entsprechende Anpassung des Kaufpreises. Fordert der Käufer beispielsweise die Abgabe von Garantien, welche über den marktüblichen Standard hinausgehen, wird der Verkäufer vermutlich einen höheren Kaufpreis fordern.⁸ Demgegenüber wird die Weigerung des Verkäufers, für gewisse Umstände eine Garantie oder Freistellung abzugeben, wahrscheinlich – je nach Verhandlungsposition – eine Kaufpreisminderung zur Folge haben. Dass eine solch simple Kaufpreisanpassung aufgrund der Komplexität eines Unternehmenskaufs und der Ungewissheit des Eintritts eines Garantie- oder Freistellungsfalls mit einem großen Konfliktpotential einhergeht, liegt auf der Hand. Der Abschluss einer W&I-Versicherung, ob als Verkäuferpolice oder Käuferpolice, kann diesen und weitere Konflikte relativieren. Letztlich hat der Versicherungsnehmer, je nachdem, von welcher Partei die W&I-Versicherung abgeschlossen wird, im Garantiefall oder bei Eintritt des freistellungsauslösenden Ereignisses die Möglichkeit, sich an den Versicherer zu wenden und von diesem die Befriedigung des vorliegenden Anspruchs zu verlangen.

Publikationen, die sich konkret mit der W&I-Versicherung auseinandersetzen nehmen aufgrund der steigenden Verbreitung und Relevanz zu. Oftmals werden aufgeworfene Fragen zur Rechtmäßigkeit verbreiteter Transaktionspraktiken und zu den mit der Versicherung einhergehenden Folgen jedoch lediglich angezeigt und nicht grundlegend beantwortet. Es kommt nur vereinzelt zu detaillierten

⁸ Franz/Keune, VersR 2013, 1371, 1371.

Auseinandersetzungen mit ausgewählten Themenkomplexen.⁹ Einige streitige Rechtsfragen, deren Beantwortung neben der theoretischen Einordnung konkrete Auswirkungen auf die gängige Praxis haben könnte, bleiben in Bezug auf die W&I-Versicherung nach wie vor offen und sind Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

A. Garantien und Freistellungen im Rahmen von Unternehmenskäufen

Zur Einführung in die zugrundeliegende Thematik und um ein Verständnis für Garantie- und Freistellungsvereinbarungen innerhalb von Unternehmenskaufverträgen zu erlangen, wird im folgenden Kapitel erörtert, wie diese Haftungsinstrumente nach der gesetzlichen Konzeption im Wesentlichen ausgestaltet sind und weshalb sie in der gängigen Praxis bei Unternehmenskäufen abbedungen und durch speziell verhandelte Regelungen ersetzt werden. An dieses individualvertragliche Haftungsregime knüpft die W&I-Versicherung an.

I. Haftungsregelung bei Unternehmenskaufverträgen

Das Haftungsgebilde in Unternehmenskaufverträgen bestimmt sich maßgeblich nach den vertraglich vereinbarten Garantien und Freistellungen. Die damit verbundene Risikoverteilung ist in erster Linie für die Beurteilung der Werthaltigkeit des Kauf- bzw. Transaktionsobjekts (der „Zielgesellschaft“ oder des sog. „Targets“) und dementsprechend auch für die Höhe des Kaufpreises entscheidend. Uneinigkeiten zwischen Verkäufer und Käufer hinsichtlich der diesbezüglichen Vertragsgestaltung können im ungünstigsten Fall das Scheitern der Vertragsverhandlungen zur Folge haben (sog. „*dead lock situation*“).¹⁰

⁹ Neben dem Diskurs in Fachzeitschriften und -handbüchern finden sich bloß zwei Dissertationen, die sich vertieft mit der W&I-Versicherung in Deutschland beschäftigen. Aus 2007: *Kaufmann*, Grundlegende Fragen der Gewährleistungsversicherung beim Unternehmenskauf im deutschen Recht. Und jüngst aus 2021: *Meven*, Die Warranty & Indemnity Versicherung.

¹⁰ *Jakobs/Franz*, VersR 2014, 659, 659; *Franz/Keune*, VersR 2013, 1371, 1371; *Hiort*, CF law 2012, 127, 127; *Grossmann/Mönnich*, VW 2003, 652, 652; *Herrmann*, in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Aufl., § 39 Rn. 151.

Im Gegensatz zur bloßen Übertragung von vereinzelt, isolierten Gegenständen oder einzelnen Rechten, weisen Unternehmenskaufverträge ihres Wesens entsprechend ein hohes Maß an Komplexität auf, da die Kaufsache – das Unternehmen als Ganzes – unterschiedlichste rechtliche Bereiche und Risiken erfasst (beispielsweise aus dem Mobilien- und Immobiliensachenrecht, Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht etc.). Daher ist sowohl der Verkäufer als auch Käufer daran interessiert, das jeweilige Risiko, das mit dem Unternehmenskauf bzw. -verkauf einhergeht (sog. „Transaktionsrisiko“) möglichst gering zu halten.¹¹ Vereinfacht ausgedrückt liegt das Risiko des Verkäufers speziell in der nachträglichen Mangelhaftung und spiegelbildlich für den Käufer in der etwaigen Vermögenseinbuße durch nicht erkannte Mängel oder der Haftung für Altlasten des Verkäufers.¹² Dementsprechend wird der Verkäufer im Rahmen der Transaktion bemüht sein, so wenige Haftungsgrundlagen in Form von Garantien und Freistellungen wie möglich zu schaffen und der Käufer – sowie in der Regel auch die ihn begleitende Bank – eine umfassende Absicherung durch den Verkäufer anstreben.¹³

Angesichts dieser entgegengesetzten Bestrebungen und der individuellen Vielschichtigkeit des Kaufgegenstands drängt sich bei Unternehmenskäufen auf, dass allgemeingültige Regelungen zumeist nicht ohne Weiteres zu einem befriedigenden Ergebnis für die beteiligten Parteien führen. Dies vorausgeschickt, erfolgt nachstehend eine komprimierte Darstellung der Anwendung gesetzlicher Gewährleistungsvorschriften auf den Unternehmenskauf unter Hinzuziehung der diesbezüglich stellungnehmenden Stimmen aus der Transaktionspraxis. Anhand dieser Ausführungen wird deutlich, welche Perspektive gegenüber den gesetzlichen Regelungen in der Praxis vorherrscht und weshalb

¹¹ Vgl. *Frey/Fichtner*, in *Prinz/Kahle*, Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, § 27 Rn. 1.

¹² Hinzu kommt insbesondere das Risiko der negativen Ertragsentwicklung, auf die mangels unmittelbarer Relevanz für die vorliegende Thematik nicht näher eingegangen wird.

¹³ Siehe *Franz/Keune*, *VersR* 2013, 1371, 1371; *Jakobs/Franz*, *VersR* 2014, 659, 659.

diese in aller Regel durch individuelle Haftungsregelungen ersetzt werden. Hieran anknüpfend erfolgt ein kurzer Überblick über die Haftungsinstrumente der Garantien und Freistellungen.

1. Der Unternehmenskaufvertrag im Lichte der gesetzlichen Gewährleistungsregelung

Wie bereits dem Begriff „Unternehmenskaufvertrag“ zu entnehmen ist, handelt es sich bei einem solchen um einen Kaufvertrag, der ein Unternehmen zum Kaufgegenstand hat. Das Unternehmen kann dabei in Form eines *Asset Deals* oder *Share Deals* verkauft werden.¹⁴ Neben der Frage, ob und welche kaufrechtlichen Vorschriften beim Unternehmenskauf Anwendung finden, sieht die vorherrschende Praxis insbesondere auf der gesetzlichen Rechtsfolgenseite beachtliche Unsicherheiten für die Parteien eines Unternehmenskaufs.

a) Anwendung der kaufrechtlichen Vorschriften auf den Unternehmenskauf

Der Unternehmenskauf unterliegt den Bestimmungen des Kaufrechts. Dies ergibt sich zum einen aus § 453 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach die Regelungen aus §§ 433 ff. BGB auch auf den Kauf von „Rechten und sonstigen Gegenständen“ Anwendung finden. Da der *Asset Deal* den Kauf des Unternehmens in Form der Übertragung seiner Wirtschaftsgüter betrifft und es sich bei einem Unternehmen um einen „sonstigen Gegenstand“ im Sinne des § 453 Abs. 1 S. 2 BGB handelt,¹⁵ bestimmt sich die Gewährleistung nach den §§ 433 ff. BGB. Daneben bilden bei einem *Share Deal* die Geschäftsanteile des Unternehmens den Kaufgegenstand, wodurch ein

¹⁴ Überblick zu den Unterschieden zwischen *Share Deal* und *Asset Deal*: Frey/Fichtner, in Prinz/Kahle, Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, § 27 Rn. 8 ff.; Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement, S. 3 ff.; Korch, in Lüttringhaus/Korch, Transaktionsversicherungen, § 2 Rn. 2.

¹⁵ Begr. RegE Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drs. 14/6040, S. 242; Beckmann, in Staudinger BGB, § 453 Rn. 94; Stamer, in Knott, Unternehmenskauf, Rn. 266; Korch, JuS 2018, 521, 522; Gomille, JA 2012, 487, 487.

Rechtskauf gemäß § 453 Abs. 1 S. 1 BGB gegeben ist.¹⁶ Somit finden beim Unternehmenskauf sowohl auf den *Asset Deal* als auch auf den *Share Deal* die Regelungen der §§ 433 ff. BGB Anwendung.¹⁷

aa) Unterschiede zwischen *Asset Deal* und *Share Deal* bei der kaufrechtlichen Gewährleistung

Bei der Erörterung der Gewährleistungsregelung ist im ersten Schritt zwischen *Asset Deal* und *Share Deal* zu unterscheiden. Während die Sachmängelgewährleistungsregelungen aus §§ 434 ff. BGB naturgemäß auf den *Asset Deal* als Sachkauf anwendbar sind, ist dies beim *Share Deal* nicht ohne Weiteres der Fall.

Beim *Share Deal* handelt es sich um die Übertragung von Beteiligungsrechten in Gestalt der Geschäftsanteile und demnach um einen Rechtskauf.¹⁸ Wie erläutert, finden nach § 453 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB die Vorschriften über den Kauf von Sachen (§§ 433 ff. BGB) auch auf den Kauf von Rechten Anwendung. Liegen Mängel an den Beteiligungsrechten selbst vor (beispielsweise bei Belastungen mit Pfandrechten, Nießbrauch oder wenn Stimmrechte und Gewinnbeteiligungen die Rechte als minderwertig darstellen)¹⁹, haftet der Verkäufer wegen des Vorliegens eines Rechtsmangels nach § 435 BGB. In Rechtsprechung und Literatur ist jedoch strittig, ob der Käufer im Rahmen eines *Share Deals* ausschließlich Rechtsmängel an den erworbenen Beteiligungsrechten selbst geltend machen kann oder darüber hinaus die Geltendmachung eines Sachmangels am Unternehmen und dessen Gegenständen gemäß § 434 BGB möglich ist.

¹⁶ Beckmann, in Staudinger BGB, § 453 Rn. 90; Schwedhelm/Kamps, in Hamm, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, § 63 Rn. 37; Frey/Fichtner, in Prinz/Kahle, Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, § 27 Rn. 8; Picot, in Römermann, MAH GmbH-Recht, § 21 Rn. 87; Korch, Unternehmenskaufverträge, S. 51.

¹⁷ Zu beachten sind in diesem Kontext auch die Vorschriften des HGB (§§ 373 ff. HGB) sowie ggf. des UN-Kaufrechts.

¹⁸ Erläuterungen zum Unternehmenskauf in Form eines *Share Deals*: Heckschen/Scherz, in Heckschen/Herrler/Münch, Beck'sches Notar-Handbuch, § 25 Rn. 26 ff.; Becker/Voß, in Knott, Unternehmenskauf, Rn. 148 f.

¹⁹ Weber, in Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, Rn. 9.355; vgl. auch Beckmann, in Staudinger BGB, § 453 Rn. 144.

Die folgenden Ausführungen zur einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung und einhelligen Auffassung der Literatur zeigen, dass jedenfalls keine pauschale Ablehnung des Sachmangelanspruchs bei einem *Share Deal* besteht. Vielmehr wird bei der Beantwortung der Frage nach der Möglichkeit der Geltendmachung von Sachmängeln auf den prozentualen Anteil der erworbenen Beteiligung am Unternehmen abgestellt. Werden sämtliche oder nahezu sämtliche Geschäftsanteile des Unternehmens²⁰ erworben, so wird die Transaktion als Kauf des „gesamten“ Unternehmens betrachtet, wodurch sich der Anteilskauf faktisch als Sachkauf und somit als „Unternehmenskauf“ darstellen soll.²¹ Nur in diesen Fällen seien die Gewährleistungsregelungen der §§ 434 ff. BGB in Bezug auf Sachmängel am Unternehmen bei einem Rechtskauf anzuwenden.²² Hier erfolgt somit eine Gleichstellung zwischen *Share Deal* und *Asset Deal*. Liegt kein Unternehmenskauf in diesem Sinne vor, geht der BGH von einem reinen Beteiligungskauf aus, der die Geltendmachung von Sachmängeln nach §§ 434, 437 BGB an dem Unternehmen und seinen Gegenständen von vornherein ausschließt.²³ In diesem Fall bestünde lediglich die Gewährleistung für den Bestand des erworbenen Rechts (sog. „Verität“).²⁴ Ein Mangel am erworbenen Recht liegt insbesondere dann vor, wenn die angezeigte

²⁰ Wie hoch die erworbene Anteilsquote für eine solche Qualifikation mindestens sein sollte, ist strittig. Die Rechtsprechung geht jedenfalls davon aus, dass die verbleibenden Geschäftsanteile des Verkäufers oder Dritten so geringfügig sein müssen, dass diese die Verfügungsbefugnis des Käufers „nicht entscheidend beeinträchtigen“: BGH, Urteil v. 26.09.2018 - VIII ZR 187/17, BWNotZ 2019, 48, Rn. 23, 25; bereits BGH, Urteil v. 12.11.1975 - VIII ZR 142/74, NJW 1976, 236; vgl. auch BGH, Urteil v. 27.02.1970 - I ZR 103/68, BeckRS 1970, 31065606. Das OLG München erachtet eine Beteiligung von 75 % als ausreichend für die Anwendbarkeit der Sachmangelhaftung: OLG München, Urteil v. 25.03.1998 - 7 U 4926/97, NZG 1998, 593. In der Literatur ist die Höhe der Beteiligung ebenfalls nicht abschließend geklärt: Mindestens 75 %: *Weitnauer*, NJW 2002, 2511, 2515. *Beisel* lässt in Analogie zum *Asset Deal* den Erwerb der einfachen Mehrheit der Anteile genügen: *Beisel*, in *Beisel/Klump*, Der Unternehmenskauf, § 16 Rn. 24. *Weber* empfiehlt der M&A-Praxis eine Mindestbeteiligung von 95 %, da ansonsten das Risiko bestünde, dass die Rechtsprechung einen Unternehmenskauf ablehne: *Weber*, in *Hölters*, Handbuch Unternehmenskauf, Rn. 9.358.

²¹ BGH, Urteil v. 26.09.2018 - VIII ZR 187/17, BWNotZ 2019, 48; bereits BGH, Urteil v. 12.11.1975 - VIII ZR 142/74, NJW 1976, 236; *Westermann*, in *MüKo BGB*, § 453 Rn. 21 f.

²² BGH, Urteil v. 26.09.2018 - VIII ZR 187/17, BWNotZ 2019, 48, Rn. 23; *Weber*, in *Hölters*, Handbuch Unternehmenskauf, Rn. 9.356 f.

²³ BGH, Urteil v. 26.09.2018 - VIII ZR 187/17, BWNotZ 2019, 48, Rn. 30; ebenso *Grunewald*, NZG 2003, 372, 373; *Weitnauer*, NJW 2002, 2511, 2514 f.; näher hierzu *Beisel*, in *Beisel/Klump*, Der Unternehmenskauf, § 16 Rn. 22.

²⁴ BGH, Urteil v. 26.09.2018 - VIII ZR 187/17, BWNotZ 2019, 48.

Stimmkraft oder Gewinnbeteiligung nicht gegeben sind oder eine Verpfändung der Rechte an Dritte erfolgt ist.²⁵ Wie in der Einleitung dargelegt, wird im Nachfolgenden bei der Bezugnahme auf einen *Share Deal* und dem Unternehmenskauf im Allgemeinen von dem Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile ausgegangen. Hierdurch erübrigt sich eine gesonderte Trennung zwischen *Share Deal* (jeweils mit und ohne Übertragung sämtlicher Anteile) und *Asset Deal*, wodurch eine einheitliche Bezeichnung des Unternehmenskaufvertrages ermöglicht wird. Demnach sind sowohl bei dem *Asset Deal* als auch dem *Share Deal*, so wie sie in der nachstehenden Untersuchung relevant sind, die Vorschriften der Sachmängelgewährleistung aus §§ 434 ff. BGB anwendbar.

bb) Gesetzlicher Mangelbegriff beim Unternehmenskauf

Bei Unternehmenskaufverträgen gilt gemäß der vorstehenden Ausführung, dass der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen hat (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB). In Umsetzung der „Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG“²⁶ verabschiedete der deutsche Gesetzgeber am 25.06.2021 das „Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags“²⁷. Dieses trat am 01.01.2022 in Kraft und gilt für Verträge, die ab dem 01.01.2022 geschlossen wurden.²⁸ Hiermit sind diverse Änderungen im Kaufrecht verbunden. Dazu zählt unter anderem die Neuregelung des Sachmangelbegriffs in § 434 BGB. Von wesentlicher Bedeutung ist dabei die Gleichstellung der subjektiven und objektiven „Anforderungen“ an die Kaufsache (sowie der

²⁵ *Westermann*, in MüKo BGB, § 453 Rn. 24; *Grunewald*, NZG 2003, 372, 374.

²⁶ Sog. „Warenkaufrichtlinie“.

²⁷ BGBl. I, S. 2133.

²⁸ Vgl. Art. 24 Abs. 2 Warenkaufrichtlinie.

Montageanforderungen) statt des bisherigen Vorrangs der vereinbarten Beschaffenheit.²⁹ In der Neufassung des § 434 BGB folgt die Beschreibung der subjektiven und objektiven Anforderungen (§ 434 Abs. 2 und 3 BGB).

Die Entsprechung der subjektiven Anforderungen ist in § 434 Abs. 2 BGB normiert. Wesentliche Abweichungen zur vorangegangenen Rechtslage speziell in Bezug auf den Mangelbegriff beim Unternehmenskauf ergeben sich hieraus nicht. Dementsprechend sind jene Erwägungen, die im Rahmen des § 434 BGB a.F. hierzu vorgebracht wurden, im Kern auch auf die neue Fassung übertragbar.

Wie nach vorheriger Rechtslage ist im Fall eines Unternehmenskaufvertrages zu prüfen, ob der Kaufgegenstand der vereinbarten Beschaffenheit nach § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB entspricht. Ein etwaiger Mangel müsste hierbei in Bezug auf eine Eigenschaft vorliegen, welche allgemein unter den Beschaffenheitsbegriff des § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB fallen kann. Welche Eigenschaft eine „zusicherungsfähige“ Beschaffenheit im Rahmen eines Unternehmenskaufs darstellt und damit das gesetzliche Gewährleistungsrecht eröffnet, wurde bislang hauptsächlich durch die Rechtsprechung zur älteren Rechtslage (vor 01.01.2002) bestimmt,³⁰ ist aber nach wie vor nicht abschließend geklärt.³¹ Zur Bestimmung einer zusicherungsfähigen Beschaffenheit nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB a.F.³² wurde die Rechtsprechung zur „Zusicherung“ aus § 459 Abs. 2 BGB a.F.³³ sowohl seitens der jüngsten

²⁹ § 434 Abs. 1 BGB n.F.; siehe hierzu *Berger*, in Jauernig, BGB, § 434 Rn. 6 ff.; *Faust*, in BeckOK BGB, § 434 Rn. 7 ff.; *Kirchhefer-Lauber*, JuS 2021, 918, 918; *Lorenz*, NJW 2021, 2065, 2065 f.; *Meller-Hannich*, DAR 2021, 493, 495; *Wilke*, VuR 2021, 283, 283 f.

³⁰ Siehe u.a. die Bestätigung der Zusicherungsfähigkeit hinsichtlich der (zukünftigen) Ertragsfähigkeit: BGH, Urteil v. 08.02.1995 - VIII ZR 8/94, NJW 1995, 1547; sowie zum Ruf des Betriebs: BGH, Urteil v. 03.07.1992 - V ZR 97/91, NJW 1992, 2564. Ablehnung der Zusicherungsfähigkeit von Charaktereigenschaften eines Arbeitnehmers: BGH, Urteil v. 16.01.1991 - VIII ZR 335/89, NJW 1991, 1223.

³¹ Siehe hierzu etwa *Westermann*, in MüKo BGB, § 434 Rn. 9 ff. Im Wesentlichen geht es um die Auseinandersetzung der Beschränkung des Beschaffenheitsbegriffs auf Grundlage der physischen Eigenschaft des Kaufgegenstandes.

³² In der Fassung vom 01.01.2002 bis 31.12.2021.

³³ In der Fassung vom 01.01.2000 bis 31.12.2001.