

Saarbrücker Studien zum Privat- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Johann Paul Bauer, Michael Martinek
und Helmut Rüßmann

Band 75

Susanne Niese

Die leistungsstörun- gsrechtlichen Grundstrukturen des deutschen, französischen und englischen Unternehmenskaufsrechts im Vergleich



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Die leistungstörungsrechtlichen Grundstrukturen des deutschen, französischen und englischen Unternehmenskaufrechts im Vergleich

Saarbrücker Studien zum Privat- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Johann Paul Bauer,
Michael Martinek (geschäftsführender Herausgeber)
und Helmut Rüßmann

Band 75



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Susanne Niesse

Die leistungsstörungen-
rechtlichen
Grundstrukturen des
deutschen, französischen
und englischen
Unternehmenskaufsrechts
im Vergleich



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Saarbrücken, Univ., Diss., 2011

D 291

ISSN 1433-8866

ISBN 978-3-653-01518-8 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-01518-8

ISBN 978-3-631-62262-9 (Print)

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2012

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Danksagung

Die vorliegende Arbeit hat der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes im Wintersemester 2010/11 als Dissertation vorgelegen. Besonderen Dank schulde ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek für sein stetes Engagement, seine jederzeitige Ansprechbarkeit und die effiziente Betreuung dieser Arbeit ebenso wie Herrn Prof. Dr. Johann Paul Bauer für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Großen Dank schulde ich auch meinem Mann Michael, dessen Verständnis und liebevolle Unterstützung mich durch dieses Projekt begleitet hat und meinen Eltern und Großeltern für die stete Förderung meiner Ausbildung.

Susanne Niesse

Frankfurt am Main, im März 2012

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Kapitel 1 Einleitung	21
Kapitel 2 Grundlagen	25
I Begriff und Rechtsnatur des Unternehmens	25
1 Kein einheitlicher Unternehmensbegriff im Privatrecht	26
2 Das Unternehmen als Gegenstand eines Kaufvertrages	27
a Deutschland	28
b Frankreich	30
(1) Begriff und historische Entwicklung des fonds de commerce	30
(2) Rechtsnatur des fonds de commerce	33
(3) Kritische Würdigung des Rechtsinstituts	35
c England	38
II Einzelbestandteile	39
1 Grundsätzliches	39
a Spezialgesetzliche Ausgestaltung des fonds de commerce	40
b Auslegungsprärogativen im englischen Recht	41
2 Grundstücke	42
a Deutschland	43
b Frankreich	43
c England	45
3 Bewegliche Sachen des Anlage- und Umlaufvermögens	47
a Deutschland	47
b Frankreich	48
c England	49
4 Immaterielle Vermögenswerte	50
a Immaterialgüter	50
b Tätigkeitsbereich/Good Will/Kundschaft	52
(1) Good will im englischen und deutschen Recht	53
(2) Die Kundschaft im französischen Recht	53
(a) Konstitutiver Bestandteil des fonds de commerce	53
(b) Voraussetzungen einer Kundschaft	54
c Verträge, Schulden und Forderungen	56
(1) Deutschland und England	56
(2) Frankreich	57
(a) Schulden und Forderungen	57
(b) Sonstige Verträge	58
(c) Ausnahme des Rechts der Geschäftsraummieta (<i>bail commercial</i>)	59
III Pflichtenprogramm des Unternehmensverkäufers	61

1 Übertragung des Unternehmensvermögens.....	62
a Übertragung von Gesellschaftsanteilen.....	62
b Übertragung der einzelnen Vermögenswerte in Deutschland und England.....	63
c Übertragung des fonds de commerce im französischen Recht	64
d Übergang des Eigentums.....	64
2 Einweisung in den Tätigkeitsbereich	66
a Tatsächliche Einführung des Käufers.....	67
b Übergabe von Buchhaltungsunterlagen.....	68
3 Wettbewerbsverbot.....	69
4 Aufklärungspflichten	71
IV Anwendbare Normen.....	72
1 Asset Deal.....	72
a Frankreich	72
b Deutschland	74
c England.....	75
(1) Das System des Common Law.....	75
(2) Das englische Vertragsrecht.....	77
(a) SOGA 1979 und Case Law	78
(b) Lückenfüllung durch implied terms	79
(aa) Terms implied by statute.....	79
(bb) Terms implied by the courts	81
(3) Zwischenergebnis	81
2 Share Deal.....	82
a Deutschland	83
b Frankreich.....	85
c England.....	88
V Zusammenfassung	88
Kapitel 3 Fehlerhafte Abschlussangaben.....	93
I Aufklärungspflichtige Umstände.....	94
1 Die Pflichtangaben des französischen Rechts	95
a Die Pflichtangaben nach Art. L 141-1 Abs. 1 C.com.	96
(1) Herkunft des fonds de commerce.....	96
(2) Auf dem fonds de commerce lastende Sicherungsrechte.....	97
(3) Angaben zu Umsätzen und Gewinnen	98
(4) Angaben zum Recht der Geschäftsraummiete (bail commercial).....	100
(5) Allgemeine Voraussetzungen der Mitteilungspflicht	100
b Fehlerhaftigkeit der Pflichtangaben	102
c Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit	103
d Rechtsfolgen der Fehlerhaftigkeit	104
e Rechtsfolgen bei gänzlichem Fehlen.....	105

2	Aufklärungspflichten im deutschen Recht	107
3	Aufklärungspflichten im englischen Recht	109
4	Zusammenfassung	112
II	Reichweite des Gewährleistungsrechts in Deutschland und Frankreich.....	113
1	Reichweite des Sachmangelbegriffes	114
a	Deutschland: Beschaffenheit	114
(1)	Begriffsbestimmung anhand herkömmlicher Auslegungsmethoden	115
(2)	Vergleichbare Interessenlage beim Unternehmenskauf?	117
(a)	Restriktives Begriffsverständnis	118
(b)	Extensives Begriffsverständnis	120
(c)	Stellungnahme	120
b	Frankreich: Vice caché	123
(1)	Versteckter Mangel	124
(2)	Erkennbarkeit des Mangels	125
(3)	Kenntnis des Mangels	127
2	Maßgebliche Verwendungseignung	127
a	Deutschland	128
(1)	Vertragliche Vereinbarung	128
(2)	Eignung für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung	129
(3)	Eignung für die gewöhnliche Verwendung und übliche Beschaffenheit	130
(4)	Zwischenergebnis	131
b	Frankreich	132
3	Weitere tatbestandliche Voraussetzungen	134
a	Maßgeblicher Zeitpunkt der Mängelfreiheit	135
b	Frist/Verjährung	136
4	Rechtsfolgen	138
a	Nacherfüllungsansprüche	139
b	Beendigung des Vertrages	142
(1)	Deutschland: Rücktritt	142
(2)	Frankreich: Action réhibitoire	145
c	Herabsetzung des Kaufpreises: Minderung und action estimatoire	146
d	Schadensersatz	148
(1)	Deutschland	148
(a)	Erheblichkeit des Mangels	149
(b)	Umfang des Schadensersatzanspruchs	150
(c)	Alternative Aufwendungsersatz	151
(2)	Frankreich	153
5	Ausschlussmöglichkeiten	154
a	Deutschland	154
b	Frankreich	155

6 Zusammenfassung	155
III <i>Misrepresentation</i> im englischen Recht	157
1 Tatbestandliche Voraussetzungen	159
a Begriff der „misrepresentation“	159
(1) Statements of fact	160
(2) Übertriebene Anpreisungen.....	161
(3) Statements of opinion	162
(4) Informationsvorsprung des Verkäufers	163
(5) Schweigen (non-disclosure)	163
b Weitere Voraussetzungen	164
(1) Eindeutigkeit (unambiguity)	165
(2) Vertrauen (reliance).....	165
(3) Wesentlichkeit (materiality).....	166
(4) Kausalität (inducement)	167
2 Rechtsfolgen	168
a Vertragsauflösung (rescission)	168
(1) Geltendmachung.....	169
(2) Einreden.....	170
(a) Bestätigung (affirmation)	170
(b) Restitutio in integrum ausgeschlossen	171
(c) Zeitablauf (lapse of time)	173
(d) Rechte Dritter	174
(3) Verjährung.....	174
(4) Rechtliche Wirkungen.....	175
(5) Verhältnis zu Schadensersatzansprüchen.....	176
(6) Verhältnis zu vertraglichen Rechtsbehelfen.....	177
b Schadensersatz (damages).....	178
(1) Arglistige falsche Tatsachenerklärungen (fraudulent misrepresentation)	179
(a) Ersatzfähiger Schaden	180
(b) Einreden und Verjährung	182
(2) Fahrlässig falsche Tatsachenerklärung nach Common Law (negligent misrepresentation).....	182
(a) Tatbestandliche Voraussetzungen: duty of care und breach of duty.....	183
(b) Ersatzfähiger Schaden	185
(c) Einreden und Verjährung	186
(3) Fahrlässig falsche Tatsachenerklärung nach s 2 (1) Misrepresentation Act 1967	187
(a) Ersatzfähiger Schaden	187
(b) Einreden und Verjährung	188

(c) Vergleich mit einer Haftung nach den Grundsätzen des Common Law	189
(4) Schuldlos falsche Tatsachenerklärungen (innocent misrepresentation)	190
3 Möglichkeiten einer Haftungsbeschränkung	192
a Arten beschränkender Klauseln	192
b Rechtswirksamkeitskontrolle durch s 3 Misrepresentation Act 1967	194
(1) Leitlinien zur Bestimmung der Angemessenheit	194
(2) Geltendmachung der Haftungsbeschränkung	196
IV Zusammenfassung	196
Kapitel 4 Substratmängel	201
I Tatbestandliche Voraussetzungen	201
1 Bezugspunkt der Mangelhaftigkeit	201
a Deutschland	202
b Frankreich	204
c England	205
2 Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit	205
a Umfassendes Konzept des breach of contract im englischen Recht ...	205
b Sachmängelgewährleistung in den kontinental-europäischen Rechtsordnungen	207
c Rechtsmängelgewährleistung in den kontinental-europäischen Rechtsordnungen	207
(1) Lastenfreies Eigentum im deutschen Recht	208
(2) Eviktionshaftung im französischen Recht	209
(a) Grundsätzliches	210
(b) Wettbewerbsverbot des Verkäufers	210
(c) Störungen durch Dritte	213
(d) Geltendmachung des Rechts	214
II Rechtsfolgen	214
1 Rechtsfolgen eines <i>breach of contract</i> im englischen Recht	215
a Erfüllungsansprüche im weiteren Sinne	215
(1) Erfüllungsansprüche: Specific Performance	216
(2) Nacherfüllungsansprüche	219
b Beendigung des Vertrages (termination for breach)	220
(1) Tatbestandliche Voraussetzungen	220
(a) Vorliegen einer condition	221
(aa) Abgrenzung von einer warranty	221
(bb) Abgrenzung von einem Innominate Term	222
(b) Vorliegen einer schweren Vertragsverletzung	224
(2) Geltendmachung des Rechts	225
(3) Rechtliche Wirkungen	226
c Schadensersatz	227

(1) Tatbestandliche Voraussetzungen	227
(a) Vertraglich bindende Abrede (<i>term</i>)	227
(aa) Abgrenzung zu einer representation: Allgemeine Abgrenzungsleitlinien	228
(bb) Informationsgefälle zu Lasten einer Vertragspartei	229
(b) Verschulden	230
(2) Rechtliche Wirkungen	230
(a) Ersatzfähiger Schaden	230
(aa) Denkbare Schäden	231
(bb) Kausalzusammenhang	232
(cc) Schadensberechnung	233
(b) Einreden	234
(c) Verjährung	235
(d) Liquidated Damages und Penalty Clauses	236
2 Rechtsfolgen des Sachmängelgewährleistungsrecht	237
3 Rechtsfolgen des Rechtsmängelgewährleistungsrecht	239
a Deutschland	239
b Frankreich	240
(1) Totaleviktio n	240
(2) Partielle Eviktio n	241
III Ausschluss wegen Kenntnis	242
1 Kenntnis von Mängeln	242
2 Durchführung einer <i>due diligence</i>	244
(1) Deutschland	245
(a) Kenntniserlangung im Wege einer <i>due diligence</i>	245
(b) Unterlassene <i>due diligence</i>	246
(c) Unsorgfältig durchgeführte <i>due diligence</i>	247
(2) Frankreich	250
(3) England	250
IV Möglichkeiten einer Haftungsbeschränkung	253
1 Ausschlussmöglichkeiten im englischen Recht	253
a Klauselkontrolle auf Grundlage des Common Law	254
(1) Grundsätze der Auslegung	254
(2) Ausschluss von Fahrlässigkeit	256
b Klauselkontrolle aufgrund positivrechtlicher Vorgaben	257
(1) Ausschluss von Fahrlässigkeit nach s 2 Unfair Contract Terms Act 1977	257
(2) Anwendbarkeit auf den Unternehmenskauf	258
2 Ausschlussmöglichkeiten in den kontinental-europäischen Rechtsordnungen	259
V Zusammenfassung	260
Kapitel 5 Zusammenfassung der Ergebnisse	263

Literaturverzeichnis.....	269
Anhang der wichtigsten zitierten ausländischen Rechtsvorschriften und des zitierten <i>Case Law</i>	281
I Französische Rechtsvorschriften	281
1 Vorschriften des Code de commerce.....	281
2 Vorschriften des Code civil.....	284
3 Sonstige Vorschriften	288
II Englische Rechtsvorschriften	289
1 Vorschriften des Limitation Act 1980.....	289
2 Vorschriften des Misrepresentation Act 1967.....	292
3 Vorschriften des Sale of Goods Act 1979.....	293
4 Vorschriften des Unfair Contract Terms Act 1977	303
5 Sonstige Vorschriften.....	306
III Verzeichnis des zitierten Case Law.....	311

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AC	Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
A-G	Attorney General
AJDI	Actualité juridique Droit immobilier
AktG	Aktiengesetz
ALJR	Australian Law Journal Reports
All ER	All England Law Reports
All ER (D)	All England Direct
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Ann.propr.ind	Annales de la propriété industrielle
App Cas	Appeal Cases
Art.	Artikel bzw. article
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
B & Ad	Barnwell & Adolphus' Reports
BB	Der Betriebs-Berater
BCC	British Company Law Cases
Begr.	Begründer
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bing	Bingham's Common Pleas Reports
Bros	Brothers
BT	Bundestag
Bull.civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de la Cassation (chambres civiles)
Bull.Joly	Bulletin Joly Sociétés
bzgl	Bezüglich
bzw.	Beziehungsweise
CA	Cour d'appel bzw. Court of Appeal
C.ass.	Code des assurances
Cass.ass.plén.	Cour de Cassation assemblée plénière

Cass.civ.	Cour de Cassation chambre civile
Cass.com.	Cour de Cassation chambre commerciale
Cass.req	Cour de Cassation chambre des requêtes
Cass.soc.	Cour de Cassation chambre sociale
CBNS	Common Bench Reports by Manning, Granger & Scott, New Series
CC	County Council
C.civ.	Code civil
C.com.	Code de commerce
C.consom.	Code de la consommation
chr	Chronique (recueil Dalloz)
Ch	Law Reports, Chancery (Division)
Cie	Compagnie
Civ	Civil
Cl & F	Clark & Finnelly's House of Lords Cases
CLC	Commercial Law Cases
CLJ	Cambridge Law Journal
CLR	Commonwealth Law Reports (Australia)
Co	Company
Comm	Commercial
Con LR	Construction Law Reports
Corpn	Corporation
C.trav.	Code du travail
D.	recueil Dalloz
DB	Der Betrieb
DE GJ & Sm ders.	De Gex, Jones and Smith's Chancery Reports (1862-1866) Derselbe
DH	Recueil hebdomadaire Dalloz
DLR	Dominion Law Reports (Canada)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DP	Dalloz périodique
Drucks	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht
EBV	Eigentümer-Besitzer-Verhältnis
Edin LR	Edinburgh Law Review
EG	Estates Gazette bzw. Europäische Gemeinschaft
EGLR	Estates Gazette Law Reports
Einl	Einleitung
EIRL	Entrepreneur individuel à responsabilité limitée
EMLR	Entertainment and Media Law Reports
Eq	Exchequer
EURL	Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée

EWCA	England and Wales Court of Appeal
EWHC	England and Wales High Court
Exch	Law Reports, Exchequer
f	Folgende
FB	Finanzbetrieb
ff	Fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHHR	GmbH-Rundschau
Großkomm.	Großkommentar
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
ICCLR	International Company and Commercial Law Review
ICR	Industrial Cases Reports
iE	im Ergebnis
Inc	Incorporated
Int TLR	International Trade Law and Regulation
IR	Irish Law Reports (Eire) bzw. Informations rapides (recueil Dalloz)
iSd	in Sinne des/der
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
J	Justice
JBL	Journal of Business Law
JCP G	Jurisclasseur périodique/ Semaine juridique Édition générale
JCP E	Jurisclasseur périodique/Semaine juridique Édition Entreprise et affaires
JCP N	Jurisclasseur périodique/Semaine juridique Édition notariale et immobilière
jur	Jurisprudence (recueil Dalloz)
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KB	Law Reports, King's Bench
KG	Kammergericht
KWG	Kreditwesengesetz
L	Loi

LGLR	Local Government Law Reports
LJ	Lord Justice
LJQB	Law Journal Queen's Bench
lit.	Litera
LI Rep	Lloyd's List Law Reports (vor 1951)
Lloyd's Rep	Lloyd's List Law Reports (nach 1951)
Lloyd's Rep IR	Lloyd's Law Reports Insurance and Reinsurance
LMCLQ	Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly
LQR	Law Quarterly Review
LR	Law Reports
LRLR	Lloyd's Reinsurance Law Reports
LS	Legal Studies
LS Gaz	Law Society Guardian Gazette
LT	Law Times
Ltd	Limited
M & A	Mergers and Acquisitions
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MLR	Modern Law Review
MünchKomm	Münchener Kommentar
mwN	mit weiteren Nachweisen
n°	Numéro
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
no.	Number
NSWCA	New South Wales Court of Appeal
NZLR	New Zealand Law Reports
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report
p	Pence
para	Paragraph
paras	Paragraphs
P & CR	Property and Compensation Reports
PK-BGB	PraxisKommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
plc	public limited company
Pty	Proprietary limited company
QB	Law Reports, Queen's Bench
QBD	Law Reports, Queen's Bench Division
R	Regina
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht

Re (in re)	in Sachen
Rev.sociétés	Revue des sociétés
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
Rly	Railway
Rn.	Randnummer
Rspr	Rechtsprechung
RTD civ.	Revue trimestrielle du droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle du droit commercial
s	section
S.	Seite bzw. Satz
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
Sasu	Société par actions simplifiée unipersonnelle
Sc & Div	Scotch and Divorce Appeals, English Law Reports
SC	Session Cases (Scotland)
SKK	Systematischer Kommentar zum Kaufrecht
Slg	Sammlung der Rechtsprechung
SLT	Scots Law Times
SMG	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
sog.	Sogenannt
SOGA	Sale of Goods Act
somm	sommaires de jurisprudence (recueil Dalloz)
SpA	Società per Azioni
ss	Sections
TCC	Technology and Construction Court
TLR	Times Law Reports
UCTA	Unfair Contract Terms Act
UK	United Kingdom
UKHL	United Kingdom House of Lords
US	United States of America
v	versus bzw. vor
Var.	Variante
vgl.	Vergleiche
Vol	Volume
VR	Victorian Reports
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WLR	Weekly Law Reports
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht

ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Kapitel 1 Einleitung

Der Kauf und Verkauf von Unternehmen und die damit verbundene, insbesondere gewährleistungsrechtliche Haftung des Unternehmensverkäufers ist ein Thema, das sich im wissenschaftlichen Schrifttum im Allgemeinen und als Thema einer Dissertation im Besonderen hierzulande in den letzten Jahren großer Beliebtheit erfreut hat. Dies gilt besonders im Hinblick auf die mit dem SMG erfolgten Neuerungen, die das deutsche Schuldrecht nach dem Willen des Gesetzgebers gerade auch im Bereich des Unternehmenskaufs für die Bedürfnisse der Praxis handhabbarer und zweckmäßiger werden lassen sollten. Angesichts dieser vielfältigen, teilweise herausragenden Bemühungen um mögliche Lösungsansätze der mit dem Unternehmenskauf im deutschen Recht verbundenen Probleme soll der Thematik mit dieser Arbeit nicht noch ein weiterer Versuch in dieser Richtung hinzugefügt werden. Vielmehr soll zunächst anhand typischer beim Unternehmenskauf auftretender faktischer Problemlagen deren rechtliche Behandlung in den einzelnen behandelten Rechtsordnungen aufgezeigt werden, deren Kenntnis unabdingbare Voraussetzung für das Erkennen von Gemeinsamkeiten und Unterschieden ist. In einem weiteren Schritt einer eigentlich vergleichenden Betrachtung soll insbesondere auf die Tauglichkeit des deutschen Rechts in der Form, die es durch das SMG gefunden hat, in den Blick genommen werden.¹

Tatsächlich führt bereits die Komplexität des Vertragsgegenstandes dazu, dass die Einstandspflichten des Unternehmensverkäufers in der Praxis in umfangreichen Vertragswerken auf privatautonomer Grundlage festgelegt werden, welche ursprünglich aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis stammen, mittlerweile aber auch in den kontinental-europäischen Rechtsordnungen der Rechtspraxis entsprechen.² Zum Vergleich wird nur dasjenige Normenmaterial herangezogen, welches die jeweilige Rechtsordnung den Vertragsparteien im Fall einer fehlenden oder lückenhaften Parteivereinbarung an dispositiven Regelungen anbietet. Demgegenüber sollen diejenigen Regelungsmechanismen, mit welchen die einzelnen Rechtsordnungen die Schwächen des eigenen Systems durch eine gegenläufige kautelarjuristische Praxis auszugleichen suchen, außer Betracht bleiben. Ferner unberücksichtigt bleiben all diejenigen Rechtsinstrumente, die nicht eigentlich Fehler bei der Durchführung des Unternehmenskaufvertrages betreffen, sondern sich wie insbesondere Willensmängel oder Täuschungshandlungen auf Defekte bei Zustandekommen des Vertrages beziehen. Dass die Beschränkung nicht gänzlich durchgehalten werden kann, wird sich

¹ Zu dieser zweistufigen methodischen Herangehensweise der Rechtsvergleichung Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, § 3 V.

² Übersicht über typische Regelungen etwa bei Schrader/Seibt, in: Seibt (Hrsg), Formularbuch M & A, S. 117 ff für den Share Deal.

insbesondere bei Behandlung der Lehre von der *misrepresentation* im englischen Recht zeigen. Den Schwerpunkt der Arbeit werden demnach diejenigen Vorschriften bilden, welche die Einstandspflicht des Unternehmensverkäufers bei fehlender privatautonomer Regelung bestimmen. Das sind in den kontinental-europäischen Rechtsordnungen die Vorschriften des Gewährleistungsrechts, im englischen Recht aufgrund einer nicht vergleichbar umfassenden Regelung ferner diejenigen Regelungen, denen eine vergleichbare Funktion der Risikoallokation zukommt.

Der Prämisse der Rechtsvergleichung entsprechend, wonach für die gleiche faktische Problemlage im Ergebnis entsprechende Lösungen vermutet werden, erfolgt die Darstellung nach einer Einführung in die rechtlichen Grundlagen des Unternehmenskaufs anhand für den Unternehmenskauf typischer Problemlagen, nämlich anhand der Vergleichsgruppen der fehlerhaften Abschlussangaben und der Substratmängel. Erstere behandelt die Situation, dass bestimmte Tatsachenerklärungen des Unternehmensverkäufers zur Beschreibung des Unternehmens, insbesondere solche, die die Ertragsfähigkeit des Unternehmens beschreiben sollen, sich nach Übergang der unternehmerischen Leitungsmacht auf den Käufer als unzutreffend erweisen. Demgegenüber betrifft die weitere Fehlergruppe nicht Mängel des Unternehmens an sich, sondern die Relevanz und rechtliche Behandlung einzelner mangelhafter Vermögensgüter im Unternehmenssubstrat. Die Strukturen der englischen Rechtsordnung einerseits und der kontinental-europäischen Rechtsordnungen andererseits sind bereits im Ansatz so grundsätzlich verschieden, dass die Herstellung der Vergleichbarkeit große Schwierigkeiten bereitet, zumal sich im Lauf der Zeit auch innerhalb der germanischen und der romanischen Rechtsordnung auf dem Kontinent erhebliche Unterschiede herausgebildet haben.³ Bereits eine adäquate Übersetzung der jeder Rechtsordnung eigenen Rechtssprache ist fast unmöglich, und um bei dem im deutschen Recht geschulten Leser nicht falsche Assoziationen zu wecken, wird der weitaus größte Teil der verwendeten Rechtsbegriffe ohne Übersetzung bleiben.

Grundlegende Kenntnisse des ausländischen Rechts ermöglichen dem praktisch tätigen Juristen gerade in einem Bereich, der durch Internationalität und durch die Übernahme mit bestimmten Regelungsmechanismen vielfach auch durch Institute des ausländischen, insbesondere des englischen Rechts, geprägt ist, das Verständnis für Sinn und Zweck bestimmter Regelungen ebenso wie die Erkenntnis, ob die Übernahme bestimmter Regelungen ohne Anpassung an die eigene Rechtsordnung in der gegebenen Situation überhaupt wünschenswert ist. Der deutsche Jurist kann dabei eine der eigenen Jurisdiktion vergleichbare wissenschaftliche Durchdringung der Thematik und eine entsprechende Aufbereitung des vorhandenen Materials in den Nachbarrechtsordnungen nicht erwarten. Während hierzulande zahlreiche Werke zu möglichen Haftungsrisiken des

³ Zu den Schwierigkeiten eines Vergleichs von Rechten unterschiedlicher Rechtsfamilien Legais, *Grands systèmes de droit contemporains*, n°427 ff.

Unternehmensverkäufers und entsprechenden Hinweisen zur Vertragsgestaltung zur Verfügung stehen, ist die Auswahl schon im französischen Recht äußerst dürftig und beschränkt sich im englischen Recht im Wesentlichen auf Anleitungen der praktischen Vornahme der einzelnen Stadien einer Transaktion, ohne dass Hinweise auf die ohne umfangreiche eigene Vertragsgestaltung geltende Rechtslage erfolgen. Auch in diesen Rechtsordnungen befindet sich die Rechtsentwicklung im stetigen Fluss, aktuelle deutschsprachige Literatur ist gerade zur Rechtslage in Frankreich nur in sehr beschränktem Umfang vorhanden. Während in den kontinental-europäischen Rechtsordnungen im Bereich der Konfliktlösung die Durchführung von Schiedsverfahren vor der Anrufung der staatlichen Gerichten dominiert, neuere speziell den Unternehmenskauf betreffende Rechtsprechung daher überschaubar ist, gilt dies für das englische Recht wieder nicht, da sich dort das weit verzweigte Fallrecht, das in der Sache nach auch auf den Unternehmenskauf Anwendung findet, stetig weiterentwickelt und die Rechtslage auch in diesem Bereich stetig beeinflusst.

Der Blick in die Nachbarrechtsordnungen erscheint vor allem auch deshalb lohnend, weil viele Zweifelsfragen, die Literatur und Rechtsprechung in Deutschland schon vor Inkrafttreten des SMG beschäftigt haben, bis heute nicht abschließend beantwortet sind bzw. sich heute in leicht verändertem Gewand immer noch stellen.⁴ Die Art und Weise, wie diese in den Nachbarrechtsordnungen in vergleichbarer Weise zu Tage tretenden Probleme und Unschärfen behandelt werden, ermöglicht Rückschlüsse auf die Tauglichkeit des deutschen Rechts in seiner jetzigen Gestalt, kann gegebenenfalls Auslegungsleitlinien zu bestehenden Zweifelsfragen anbieten. Auch unerwünschte Entwicklungen in der eigenen Rechtsordnung können aufgedeckt werden, Ziel auslandsrechtlicher Studien kann die Vermeidung fehlerhafter Entwicklungen in der eigenen Rechtsordnung ebenso sein wie positive Entwicklungen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das französische Recht in Form des Rechtsinstituts des *fonds de commerce* im Bereich des *Asset Deals* zumindest eine fragmentarische spezialgesetzliche Regelung erfahren hat. Die Fähigkeit der einzelnen nationalen Rechtsordnungen, bestimmte faktische Problemlagen einer adäquaten Lösung zuzuführen wird vor dem Hintergrund einer sich im Unternehmensbereich immer weiter auflösenden Bindung an die eigene Rechtsordnung immer wichtiger. Die „*enabling function*“ des Rechts, also das Anbieten für den Einzelfall angemessener und passender Regelungen wird die privatrechtliche Forschung auch in Zukunft vor neue Herausforderungen stellen.⁵

⁴ Zu dieser speziellen Funktion der Rechtsvergleichung nach Inkrafttreten des SMG Gruber, ZVglRWiss 101 (2002) 37, 40 ff.

⁵ Vgl. Paillusseau, D. 2003, 260, 261; Merkt, ZGR 2007, 532, der sich generell auf das „Unternehmensrecht“ zur Verhaltenssteuerung bezieht, dessen Ausführungen in einem internationalen Kontext der Sache nach aber gleichermaßen auf den Unternehmenskauf zutreffen.

Kapitel 2 Grundlagen

Die unterschiedliche Herangehensweise der zum Vergleich gewählten Rechtsordnungen an die mit dem Unternehmenskauf verbundenen Probleme macht es erforderlich, vor Behandlung der gewählten Vergleichsgruppen einige Grundlagen zu erörtern. Diese betreffen angesichts der Komplexität des Vertragsgegenstandes und insbesondere der besseren Verständlichkeit des dem französischen Recht eigenen Rechtsinstituts des *fonds de commerce* wegen zum einen Begriff und Rechtsnatur des Unternehmens und dessen einzelne Bestandteile. Zum anderen sollen das Pflichtenprogramm des Unternehmensverkäufers und die Rechtsgrundlagen in den Blick genommen werden, welche die jeweilige Rechtsordnung zur Bestimmung der rechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmensverkäufers in den gewählten Vergleichsgruppen zur Verfügung stellt.

I Begriff und Rechtsnatur des Unternehmens

Neben der überwiegend in Frage gestellten Angemessenheit der gesetzlichen Gewährleistungshaftung auf den modernen Vertragstyp des Unternehmenskaufs trägt bereits die Komplexität des Vertragsgegenstandes wesentlich zu den spezifischen Schwierigkeiten der Vertragsgestaltung bei. Die Schwierigkeiten, denen sich das Unternehmen als Gegenstand eines Kaufvertrages gegenüber sieht, liegen in der Tatsache begründet, dass es sich um eine individuell verschiedene Gesamtheit von Sachen und Rechten handelt, die sich in den kontinental-europäischen Rechtsordnungen bereits nicht in die systemimmanenten Kategorien der Rechtssubjekte und Rechtsobjekte einordnen lässt und auch im englischen Recht keine Systematisierung erfährt. Das Unternehmen selbst stellt – anders als die unternehmenstragende Gesellschaft – kein Rechtssubjekt dar.⁶ Im deutschen Recht ergibt sich dies bereits auf Grundlage der auf *Savigny* zurückgehenden Fiktionstheorie, wonach die Anerkennung einer juristischen Person mit eigenen Rechten und Pflichten eines entsprechenden Aktes der Rechtsordnung bedarf.⁷ Nach der vom französischen Kassationsgerichtshof vertretenen Theorie der Realität juristischer Personen entscheiden allein faktische Umstände – nämlich die Möglichkeit zum Ausdruck eines kollektiven Willens und das Vorhandensein eigener schützenswerter Interessen – über das Vorliegen eigener

⁶ Sonnenberger/Dammann, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, IV 3; Decocq, Droit commercial, n°230; a.A. insbesondere Despax, L'entreprise et le droit, passim.

⁷ Hueck/Windbichler, Gesellschaftsrecht, § 2 Rn 8; ausführlich zur theoretischen Entwicklung Larenz/Wolf, Bürgerliches Recht, § 9 Rn. 6 ff; Flume, Juristische Person, § 1 I; vgl. die konstitutive Wirkung der §§ 41 Abs. 1 S. 1 AktG, 11 Abs. 1 GmbHG.

Rechtspersönlichkeit.⁸ Jedoch besteht auch in der französischen Rechtswissenschaft Einigkeit darüber, dass das Unternehmen nicht über hinreichend eigene Interessen verfügt, die sich von denen seines bzw. seiner Inhaber unterscheiden und eines eigenständigen Schutzes bedürfen.⁹ Einer Qualifizierung als Rechtsobjekt steht deren klassische Zweiteilung in Sachen und Rechte entgegen, der sich das Unternehmen als eine über diese Kategorien hinausgehende Gesamtheit nicht unterordnen lässt. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang insbesondere auch auf zugehörige Arbeitsverhältnisse, die sich nicht als gewöhnliche Schuldverhältnisse darstellen und einer ausschließlich vermögensrechtlichen Qualifizierung entgegenstehen.¹⁰

1 Kein einheitlicher Unternehmensbegriff im Privatrecht

Einigkeit besteht, dass eine einheitliche Begriffsdefinition, die für alle Gebiete des Privatrechts gleichermaßen Gültigkeit beanspruchen kann, nicht existiert.¹¹ Im deutschen Recht haben sich insbesondere im Konzern- und Wettbewerbsrecht den jeweiligen Normzwecken dienende Unternehmensbegriffe herausgebildet, ebenso im Bereich der Mitbestimmung der Arbeitnehmer, im Wertpapierhandelsrecht, im Bereich der Bankaufsicht oder in bilanzrechtlichen Vorschriften. Im deutschen Handelsgesetzbuch findet sich der Begriff an etlichen Stellen,¹² jedoch kommt ihm aufgrund der im deutschen Handelsrecht zentralen Stellung der Begriffe des Kaufmannes und des Gewerbebetriebes keine eigenständige Bedeutung zu.¹³ Auch in den großen Kodifikationen des *Code civil* aus dem Jahr 1804 und dem *Code de commerce* aus dem Jahr 1807 findet sich der Begriff des Unternehmens seit deren Inkrafttreten. Er wird aber erst seit dem 20. Jahrhundert mit dem heutigen Begriffsverständnis gedeutet und –ebenso wie

⁸ Vgl. Cass. 2ème civ., 28. Januar 1954, n°54.07.081; Anm. Levasseur, D. 1954, jur 217 ff. Im Bereich des Gesellschaftsrechts wird diese Theorie freilich auch im französischen Recht durch dem deutschen Recht entsprechende Eintragungserfordernisse überlagert, ausführlich zu dieser Gegensätzlichkeit Paillusseau, RTD civ. 1993, 705, 706 ff.

⁹ Vgl. Paillusseau, D. 1999, chr 157, 160 f; Lamarche, RTD com. 2006, 709, 715.

¹⁰ Lamarche, RTD com. 2006, 709, 718.

¹¹ Vgl. Oppetit/Sayag, Les structures juridiques de l'entreprise, S. 16 ff; Danet, RTD com. 1992, 315, 316 ff; aus dem deutschen Schrifttum Hüffer, in: Staub Großkomm. HGB, Vor § 22 Rn. 3; Hopt, in: Baumbach/Hopt HGB, Einl v § 1 Rn. 31; K. Schmidt, Handelsrecht, § 4 I 1; Picot, Handbuch M & A, I 3, S. 15; Gieseke, in: FS Heymann, S. 112, 122 ff; Raisch, Sinnwandlung des Handelsrechts, S. 120; Baur/Stürner, Sachenrecht, § 28 Rn. 2; Gierke/Sandrock, Handels- und Wirtschaftsrecht, § 13 II 2; Brecher, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, S. 128; zum Konzernrecht auch Fett, in: Bürgers/Körber AktG, § 15 Rn. 6.

¹² Siehe etwa §§ 28 Abs. 3, 93 Abs. 3, 105 Abs. 2, 160 Abs. 3, 407 Abs. 3 HGB.

¹³ Vgl. Canaris, Handelsrecht, § 3 Rn. 6.

im deutschen BGB– nicht als Systembegriff des Privatrechts verwendet.¹⁴ Die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung etwa hat in einem wettbewerbsrechtlichen Urteil betont, dass der dortige Begriff des Unternehmens „nicht den gleichen Sinn hat wie in anderen Rechtsgebieten“, und dass sich „auch für diese anderen Rechtsgebiete kein einheitlicher Inhalt des Begriffs feststellen“ lassen könne.¹⁵ Bei Ermittlung des Begriffsinhaltes müsse vielmehr „insbesondere der Zweck des Gesetzes berücksichtigt werden“.¹⁶ Die Maßgeblichkeit des Zwecks der im konkreten Fall anzuwendenden Norm ist in der weiteren höchstrichterlichen Rechtsprechung bestätigt worden.¹⁷ Durchgesetzt hat sich aufgrund der Vielgestaltigkeit des Unternehmens und den zahlreichen Berührungspunkten mit dem Ordnungsanspruch der Rechtsordnung nicht nur im deutschen Recht daher die Erkenntnis, dass der Unternehmensbegriff allenfalls einen Rahmenbegriff darstellen kann, der im jeweiligen Kontext je nach Sinn und Zweck der einzelnen Normenkomplexe zu interpretieren ist (teleologischer Unternehmensbegriff).¹⁸

2 Das Unternehmen als Gegenstand eines Kaufvertrages

Die mit der Übertragung des komplexen Vertragsgegenstandes Unternehmen verbundenen Schwierigkeiten stellen sich in erster Linie, wenn die einzelnen Vermögensgüter des Unternehmens im Wege der Singularsukzession auf den Erwerber übertragen werden (echter Unternehmenskauf, im anglierten Sprachgebrauch auch als *Asset Deal* oder *Asset Acquisition* bezeichnet), da hier ein Eigentümerwechsel an den Vermögensgütern selbst stattfindet. Ein *Asset Deal* stellt sich zugleich als Unternehmenskauf dar, wenn nicht bloß einzelne Wirtschaftsgüter auf den Erwerber übertragen werden, sondern ein Inbegriff von Sachen, Rechten und sonstigen Vermögenswerten, die den Erwerber zur Fortführung der unternehmerischen Tätigkeit befähigen sollen.¹⁹ Maßgeblich ist eine

¹⁴ Lamarche, RTD com. 2006, 709 f; Quééré, *Acquisitions d'entreprises en France*, in: *Acquisitions d'entreprises*, S. 171, 173 f.

¹⁵ BGHZ 31, 105, 108 f (Glasglühkörper).

¹⁶ BGHZ 31, 105, 109 (Glasglühkörper). In einer konzernrechtlichen Entscheidung zum Begriff von herrschendem und abhängigem Unternehmen iSd § 17 Abs. 1 AktG hat der BGH sogar betont, dass dieser „nicht nur je nach dem Rechtsgebiet, auf dem er verwendet wird, einen unterschiedlichen Inhalt“ hat, sondern bereits im Bereich des Aktienrechts allein „eine nach Art und Zweck der einzelnen Vorschriften differenzierende Auslegung“ erfahren müsse, BGHZ 69, 334, 336 (VEBA).

¹⁷ BGHZ 74, 359, 364 (Paritätische Beteiligung (WAZ)).

¹⁸ Hölters, in: *Handbuch Unternehmens- und Beteiligungskauf*, I Rn. 2; Sonnenberger/Dammann, *Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, IV 3; Decocq, *Droit commercial*, n°226; vgl. auch Idot, *Rev. sociétés* 2001, 191 ff.

¹⁹ BGH NJW 2002, 1042, 1043.

wirtschaftliche Gesamtbetrachtung.²⁰ Der Übertragung dieser Vermögenswerte entspricht im französischen Recht regelmäßig die Übertragung des *fonds de commerce*, einer faktischen Gesamtheit bestimmter Vermögenswerte,²¹ die dem deutschen Recht in vergleichbarer Weise nicht bekannt ist und die im Folgenden erläutert wird. Ist das zum Verkauf stehende Unternehmen gesellschaftsrechtlich verfasst, lässt sich das mit dem Unternehmenserwerb bezweckte wirtschaftliche Ergebnis auch in der Weise herbeiführen, dass statt der einzelnen Vermögensgüter die Anteile an der unternehmenstragenden Gesellschaft auf den Erwerber übertragen werden (Anteilskauf, im anglierten Sprachgebrauch auch als *Share Deal* oder *Share Acquisition* bezeichnet). Diese selbst stellen dann den maßgeblichen Vertragsgegenstand dar, die Zuordnung des Eigentums an den Vermögensgütern des Unternehmens verbleibt bei der unternehmenstragenden Gesellschaft. Ein Anteilskauf stellt sich als Unternehmenskauf dar, wenn er sich bei einer wirtschaftlichen Betrachtung als Übernahme des Unternehmens selbst mit all seinen Chancen und Risiken darstellt.²² Trotz der wirtschaftlichen Entsprechung des Ergebnisses handelt es sich bei beiden Erwerbsvarianten um rechtlich unterschiedliche Vorgänge, auf die in der Darstellung der gewählten Vergleichsgruppen immer wieder hinzuweisen sein wird.

a Deutschland

Im deutschen Privatrecht wurde die Diskussion um den Unternehmensbegriff lange Zeit durch einen handelsrechtlichen Ansatz geprägt, der das Unternehmen als Systembegriff des Handelsrechts zu etablieren und die Anknüpfung handelsrechtlicher Normen an den Begriff des Kaufmannes durch einen unternehmensrechtlichen Ansatz zu ersetzen suchte.²³ Im Kern geht es bei dieser Debatte um die Bestimmung eines von der Allgemeinheit zu unterscheidenden Personenkreises, der –wenn auch nicht zwangsläufig im gleichen Umfang– den Rechtsfolgen des Handelsrechts unterworfen sein soll und damit seit der Neufassung des § 2 HGB im Zuge der Handelsrechtsreform 1998 im Wesentlichen um die Erfassung der freien Berufe.²⁴ Auf die rechtliche Erfassung des Unternehmens als Gegenstand eines Kaufvertrages wirkt sich diese Diskussion nicht aus und soll daher nicht vertieft werden. Bis etwa in die fünfziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts aber wurden auch immer wieder Definitionsbemühungen unternommen mit dem Ziel, das Unternehmen als Rechtsobjekt im BGB zu verankern. Auf diese Weise sollte ein einheitlicher Vertragsgegenstand geschaffen

²⁰ Vgl. Alpmann-Pieper, in: juris PK-BGB, § 453 Rn. 19.

²¹ Quéré, *Acquisitions d'entreprises en France*, S. 171, 175 f.

²² BGH NJW 1976, 236.

²³ Aus dem neueren Schrifttum insbesondere K. Schmidt, JuS 1985, 249 ff.

²⁴ Vgl. Henssler, ZHR 161 (1997) 13, 45; Raisch, Sinnwandlung des Handelsrechts, S. 181.

und das Unternehmen als Gegenstand eines Kaufvertrages in der Praxis handhabbarer gemacht werden. *Pisko* (1907) etwa war der Ansicht, das Unternehmen bilde „eine den Erfolg einer Erwerbstätigkeit sichernde oder fördernde Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit, die der Gewerbetreibende entweder durch eigene Arbeit oder durch Überlassung an einen Dritten zum Zwecke der Förderung seiner gleichartigen Erwerbstätigkeit verwerten kann“.²⁵ *Isay* (1910) verstand das Unternehmen als „zweckmäßig organisierten Inbegriff von Personen und wirtschaftlichen Gütern“, in dem sich ein „durch die Arbeit des Unternehmers geschaffenes Immaterialgut“ verkörpert“.²⁶ Auch *Oppikofer* (1927) wollte ein „einheitliches Recht am Unternehmen“²⁷ anerkannt wissen. Letztlich konnte sich jedoch keiner dieser Ansätze durchsetzen, da auch die Betonung des immateriellen Charakters des Unternehmenswertes nicht über die Tatsache hinweghalf, dass die Dogmatik des BGB *de lege lata* nur Sachen und Rechte als Rechtsobjekte kennt und das Unternehmen als Sach- und Rechtsgesamtheit in seinem über diese Bestandteile hinausgehenden Mehrwert nicht zu erfassen vermag.²⁸ Die theoretische Konstruktion des Unternehmens als einheitliches Immaterialgut schließlich beruht auf einer Auslegung des Zubehörbegriffs *contra legem*, da nach § 97 Abs. 1 BGB Zubehör nur solche beweglichen Sachen sein können, die gerade nicht Bestandteil der Hauptsache sind. Solange nicht ein entsprechendes Register existiert, das im Fall der Unternehmensveräußerung die notwendige Publizität für einen Eigentumsübergang *uno actu* schafft, bleiben theoretische Bemühungen vergeblich und werden in jüngerer Zeit im wissenschaftlichen Schrifttum auch nicht mehr angestrengt.

Über die Tatsache, dass das Unternehmen Gegenstand eines subjektiven Rechts sein kann besteht jedenfalls Einigkeit.²⁹ Seine Verkehrsfähigkeit ergibt sich aus §§ 22 ff HGB sowie mittelbar aus § 1822 Nr. 3 und 4 BGB sowie aus § 32 Abs. 2 Nr. 3 AktG.³⁰ In Abgrenzung zum Begriff des Handelsgewerbes (Erwerbsgeschäfts) umfasst der Begriff des Unternehmens auch freiberufliche Praxen.³¹ Die Rechtsprechung hat zu den Definitionsbemühungen in der Literatur überhaupt nie Stellung bezogen und eine pragmatische Handhabung der Thematik favorisiert. Bereits das Reichsgericht hatte in einem *obiter dictum* festgestellt, dass es sich bei einem Unternehmen „weder um eine Sache noch um ein Recht“ handle³² und die mit der Komplexität des Vertragsgegenstandes einher-

²⁵ Pisko, Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, S. 19.

²⁶ Isay, Recht am Unternehmen, S. 41.

²⁷ Oppikofer, Unternehmensrecht, S. 137 ff.

²⁸ Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts II/1 § 45 II a).

²⁹ So bereits Ballerstedt, in: FS Duden, S. 15; vgl. auch Beisel/Klumpp, Unternehmenskauf, 1. Kap. Rn. 20.

³⁰ Vgl. Baur/Stürner, Sachenrecht, § 28 Rn. 4, 6 ff.

³¹ Vgl. H.P. Westermann, in: MünchKomm BGB, § 453 Rn. 17; Hopt, in: Baumbach/Hopt HGB, Einl v § 1 Rn. 45; anders der fonds de commerce, siehe unten B I 2 (1).

³² RGZ 63, 57, 58 f (Fischladen).

gehenden Probleme bei der Veräußerung stets im jeweiligen rechtlichen Kontext behandelt. Nicht zuletzt hat sich die Rechtsprechung durch Anerkennung eines Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als absolutes Schutzgut iSd § 823 Abs. 1 BGB zu einem subjektivem Recht am Unternehmen selbst bekannt, das über den Schutz der bloßen Einzelbestandteile hinausgeht.³³

b *Frankreich*

Der im deutschen Recht um den Unternehmensbegriff geführten Diskussion kommt im französischen Recht –soweit es um das Unternehmen als Gegenstand eines Kaufvertrages geht– kaum Bedeutung zu. Der Gesetzgeber hat mit dem im Folgenden näher zu erörternden Rechtsinstitut des *fonds de commerce* einen einheitlichen Vermögenswert geschaffen, der zwar nicht legaldefiniert wird, von seinem Bedeutungsgehalt her jedoch weitaus klarere Konturen aufweist als der unscharfe Begriff des Unternehmens. Soweit sich der Unternehmenserwerb im Wege eines *Asset Deals* vollzieht, stellt der *fonds de commerce* selbst den Vertragsgegenstand dar, darüber hinausgehende Definitionsbemühungen des Unternehmensbegriffs sind entbehrlich.

(1) Begriff und historische Entwicklung des fonds de commerce

Der *fonds de commerce* ist ein dem französischen Recht eigenes Rechtsinstitut, welches in vergleichbarer Weise nur im belgischen Recht in Erscheinung tritt. Dort ist jedoch nur die Verpfändung spezialgesetzlich regelt und der Verkauf den allgemeinen Vorschriften unterstellt.³⁴ Der Begriff kann am ehesten mit „Handelsgeschäft“ übersetzt werden, entspricht in der Sache aber eher der „Firma“ iSd § 22 HGB, wenngleich er sich durch den Ausschluss von Passiva maßgeblich von dieser unterscheidet.³⁵ Seiner Eigenart wegen soll der Begriff im Folgenden nicht übersetzt werden. Der Sache nach handelt sich um einen zusammengesetzten Vermögenswert, der aus beweglichen Sachen und aus Rechten besteht, die im einzelnen Fall zum Betrieb eines Handelsgewerbes erforderlich sind und deren Einsatz dem Unternehmer den Aufbau einer Kundschaft ermög-

³³ Wagner, in: MünchKomm BGB, § 823 Rn. 180; vgl. auch Gieseke, Rechtsbegriff des Unternehmens, S. 36, 49.

³⁴ Ripert/Roblot, Droit commercial, n°441; ausführlich Lévi, in: Lamy Droit commercial, Fonds de commerce, n°15 ff.

³⁵ Aus dem deutschen Schrifttum etwa Lutz, in: Unternehmenserwerb in Frankreich, S. 24 ff.

lichen soll.³⁶ Die Übertragung des *fonds de commerce* führt zum einen zum Übergang der ihn konstituierenden Bestandteile auf den Erwerber, zum anderen stellt er wie ein Anteilskauf auch eine Möglichkeit zur Übertragung der unternehmerischen Leitungsmacht auf den Erwerber dar.³⁷ Der Begriff weist einige inhaltliche Parallelen zum Begriff des Unternehmens auf. Er unterscheidet sich von diesem aber wesentlich dadurch, dass er überhaupt nur solche Unternehmen erfasst, die sich durch den Abschluss von Handelsgeschäften in Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit auszeichnen.³⁸ Im Gegensatz zum Unternehmensbegriff des deutschen Rechts unterfallen ihm daher keine freiberuflichen Praxen, diese sind im Rahmen der Gesetzgebung zum *fonds libéral* einem eigenen Regelungsregime unterworfen. Zudem sind bestimmte Unternehmenswerte aus dem konstitutiven Bestand des *fonds* ausgeschlossen und ein Unternehmen kann je nach dem Diversifizierungsgrad seiner geschäftlichen Aktivität auch mehrere *fonds de commerce* betreiben.³⁹ Eine zahlenmäßige Erfassung der in Frankreich existierenden *fonds de commerce* ist nicht möglich, da ein entsprechendes Register nicht existiert.⁴⁰ Der Begriff ist jedoch in erster Linie mit kleinen und mittleren Unternehmen in Verbindung zu bringen, da die Bezeichnung bei größeren, in der Regel gesellschaftsrechtlich verfassten Unternehmen tatsächlich nicht mehr verwendet wird und das Gesellschaftsrecht mit der Möglichkeit einer Anteilsübertragung in den Vordergrund rückt.⁴¹

Der Begriff des *fonds de commerce* taucht im französischen Recht erst zum Ende des 18. Jahrhunderts auf, wohingegen der Begriff des *fonds* im Allgemeinen schon im Mittelalter bekannt war und der frühere *fonds de boutique* die Gesamtheit der zum Vermögen eines Kaufmanns gehörenden körperlichen Güter bezeichnete.⁴² Mit zunehmender Verbreitung von Handelsgeschäften nach Einführung der Gewerbefreiheit nach der Französischen Revolution und der Aufhebung des Zunftzwanges trat daneben der immaterielle Wert des *fonds* immer

³⁶ Cohen, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, n°15; Lemeunir, *Fonds de commerce*, n°103.

³⁷ Vgl. Hugon, *Gaz.Pal.* 2009, 1763.

³⁸ Barret, *Fonds de commerce*, n°1. Bei Berufsgruppen, die diesem Anwendungsbereich von vornherein nicht unterfallen, haben Gesetzgeber und Rechtsprechung andere Möglichkeiten zur Nutzbarmachung als Sicherungsmittel geschaffen: Für Künstler hat ein Gesetz vom 5. Juli 1996 den sog. *fonds artisanal* eingeführt, für Landwirte ein Gesetz vom 5. Januar 2006 den sog. *fonds agricole*, und für die freien Berufe hat der Kassationsgerichtshof den sog. *fonds libéral* anerkannt, vgl. Lemeunir, *Fonds de commerce*, n°104; zur Unterscheidung von einem *fonds de commerce* Rezek, *Achat et vente de fonds de commerce*, n°38 ff.

³⁹ Vgl. Quéré, *Acquisitions d'entreprises in France*, in: *Les Acquisitions d'entreprises*, S. 171, 176.

⁴⁰ Lévi, in: *Lamy Droit commercial*, *Fonds de commerce*, n°3.

⁴¹ Reygrobelle, *Fonds de commerce*, n°06.13; Niggemann, in: *Unternehmenserwerb in Frankreich*, S. 35, 38.

⁴² Zur Begriffsgeschichte des „*fonds*“ ausführlich Koch, *Fonds de commerce*, S. 20 ff.

mehr in den Vordergrund und insbesondere der Wert der Kundschaft konnte von den Kaufleuten zu Finanzierungszwecken nutzbar gemacht werden.⁴³ Seitdem tritt auch die Bezeichnung des *fonds de commerce* in Erscheinung.⁴⁴ Zur Zeit des Inkrafttretens der großen Kodifikationen des *Code civil* (1804) und des *Code de commerce* (1807) jedoch war der Begriff noch nicht etabliert genug, um darin seinen Niederschlag zu finden.⁴⁵ Von einem steuerlich motivierten Gesetz vom 26. Februar 1872 abgesehen betraf das erste den *fonds de commerce* betreffende Gesetz vom 1. März 1898 (*loi Millerand*) eine Publizitätsverpflichtung im Fall der Verpfändung des *fonds* (*nantissement*).⁴⁶ Da eine Verpfändung ohne eine genaue Beschreibung der dem Pfandrechte unterliegenden Vermögenswerte eine hohe Missbrauchsgefahr mit sich brachte, folgte schon bald das Gesetz vom 17. März 1909 (*loi Cordelet*), welches die einzelnen einer Verpfändung unterliegenden Vermögenswerte präzisierte.⁴⁷

Ebenso wenig wie die später ergangenen Regelwerke enthielten diese Gesetze jedoch eine Definition des *fonds de commerce*, die eine abstrakte Begriffsbestimmung ohne Rücksicht auf das konkret in Rede stehende Rechtsgeschäft vornimmt. Trotz zahlreicher Bemühungen in der französischen Literatur ist es bis zum heutigen Tage nicht gelungen, sich auf eine einheitliche und abschließende Begriffsbestimmung zu einigen.⁴⁸ Als zwingende Bestandteile eines am *fonds de commerce* zu bestellenden Pfandrechts nennt die heute maßgebliche Vorschrift des Art. L 142-2 Abs. 3 C.com. lediglich Firmenzeichen und Handelsnamen, das Recht der Geschäftsraummiete, die Kundschaft und einige weitere dem Betrieb des *fonds* im Einzelfall dienende Vermögenswerte. Diese Inhaltsbestimmung wird von der Rechtsprechung auch außerhalb der Bestimmung des Inhalts eines Pfandrechts in einem weiteren Sinne zur Definition des *fonds de commerce* herangezogen, und ist somit auch bei dessen Verkauf zur Bestimmung des Vertragsgegenstandes heranzuziehen.⁴⁹ Einigkeit besteht insoweit, dass das Vorhandensein einer Kundschaft unverzichtbare Voraussetzung für das Vorliegen eines *fonds de commerce* ist.⁵⁰ Im französischen internationalen Privatrecht wird der *fonds de commerce* wie eine Immobilie behandelt. Der Begriff beurteilt sich mithin nach den Grundsätzen der *lex rei sitae* zwingend nach französischem Recht, so dass eine eigenständige Begriffsbestimmung durch Vereinbarung eines anderen Schuldstatuts nicht möglich ist.⁵¹

⁴³ Monèger, AJDI 2001, 1042 ff; Lutz, in: Unternehmenserwerb in Frankreich, S. 24.

⁴⁴ Cohen, Traité théorique et pratique des fonds de commerce, n°2.

⁴⁵ Vgl. Chilstein, Le fonds de commerce, S. 305.

⁴⁶ Reygrobelle, Fonds de commerce, n°04.21; Monèger, AJDI 2001, 1042 ff.

⁴⁷ Lévi, in: Lamy Droit commercial, Fonds de commerce, n°24.

⁴⁸ Decocq, Droit commercial, n°426.

⁴⁹ Sonnenberger/Dammann, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, IV 4.

⁵⁰ Vgl. Lemeunier, Fonds de commerce, n°103 mwN.

⁵¹ Witz/Zierau, in: Unternehmenserwerb in Frankreich, S. 9, 11 f; Lemeunier, Fonds de commerce, n°105.