

Betriebs Berater



34 | 2016

Recht | Wirtschaft | Steuern

22.8.2016 | 71. Jg.
Seiten 1985–2048

DIE ERSTE SEITE

Martin W. Huff, RA

Bundesverfassungsgericht und Syndikusanwälte –
Klärung der umstrittenen Rückwirkung für laufende Verfahren

WIRTSCHAFTSRECHT

Michael Jakobs, LL.M., RA, und **Dr. Sven-Markus Thiel**, RA

Managementklärungen bei Unternehmenskäufen – Risiken und Absicherung
aus Sicht der Geschäftsführung | 1987

Dr. Thomas Mühl, RA

Internal Investigations: die ersten 72 Stunden nach dem „Knall“ | 1992

STEUERRECHT

Dr. jur. Hartmut Klein, RA/StB

Die vertane Chance im sog. „Cum/Ex-Verfahren“ –
Nachschau des Hessischen FG-Urteils vom 12.2.2016 – 4 K 1684/14 | 2006

Maximilian Bannes, StB, und **Prof. Dr. Adrian Cloer**, RA/StB

BEPS Aktionsplan 5: Wirksamere Bekämpfung schädlicher Steuerpraktiken unter
Berücksichtigung von Transparenz und Substanz | 2013

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Frank Althoff, WP/StB

Einbringung immaterieller Vermögensgegenstände des Anlagevermögens –
mit Ausschüttungssperre? | 2027

ARBEITSRECHT

Katharina Heinz, RAin

„65 Jahre + x“ und arbeitswillig – Rechtliche Möglichkeiten der befristeten
(Weiter-)Beschäftigung von Rentnern | 2037

Michael Jakobs, LL.M. oec., RA, und Dr. Sven-Markus Thiel, RA

Managementerkklärungen bei Unternehmenskäufen – Risiken und Absicherung aus Sicht der Geschäftsführung

Bei Unternehmenskäufen sollen Erklärungen des Managements dazu dienen, eine möglichst verlässliche Tatsachengrundlage zu schaffen und die Risikoeinschätzung sowohl auf Erwerber- als auch auf Veräußererseite zu verbessern. Auch wenn primärer Zweck des Management Letters damit regelmäßig nicht die Schaffung einer zusätzlichen Haftungsmasse ist, zeigt die Praxis, dass ein Manager mit der Abgabe entsprechender Erklärungen – durchaus erhebliche – Haftungsrisiken eingehen kann. Nachstehend wird deshalb erörtert, welche Risiken für einen Manager aus der Abgabe derartiger Erklärungen resultieren können und welche Möglichkeiten der Risikobegrenzung es gibt.

I. Einleitung

Im Rahmen von Unternehmenskäufen gibt der Veräußerer regelmäßig vertragliche Garantien über die zu veräußernde Gesellschaft (sog. Zielgesellschaft) (*Share Deal*) oder die zu veräußernden Vermögensgegenstände (*Asset Deal*) ab. In diesem Zusammenhang wird das Management der Zielgesellschaft häufig dazu aufgefordert, Erklärungen über die Richtigkeit der im Rahmen des Kaufvertrags gewährten Garantien abzugeben. Wesentlicher Hintergrund ist das Informationsgefälle, das gerade im Verhältnis zu Erwerbern besteht, da diese das Zielunternehmen lediglich im Rahmen einer Due Diligence kennen lernen, damit aber selten ein abschließendes Bild über die Risikosituation erreichen können. Gerade bei größeren Unternehmen bzw. Konzernstrukturen kann auch der Veräußerer selbst ein Interesse an einer Managementerklärung haben, wenn es um die Abgabe von Garantien geht, die er ohne Unterstützung des Managements nur schwer beurteilen kann.

Nachstehend erfolgt zunächst eine rechtliche Einordnung sowie eine Darstellung der faktischen Gegebenheiten und Interessenlagen bei der Abgabe einer Managementerklärung, bevor auf die möglichen Begrenzungen der damit verbundenen Risiken eingegangen wird.

II. Erscheinungsformen und Rechtsnatur von Erklärungen des Managements

1. Garantie vs. Auskunft

Die in einem Management Letter abgegebenen Zusagen des Managements der Zielgesellschaft sind regelmäßig von den Garantien der Verkäufer¹ unabhängig. Sie sind häufig als selbständige Garantieverprechen gemäß § 311 Abs. 1 BGB ausgestaltet,² können aber auch als Auskunftsverträge zu qualifizieren sein.³

Beide Erscheinungsformen eines Management Letters unterscheiden sich im Ausgangspunkt tatbestandlich und in der Rechtsfolge. Denn das selbständige Garantieverprechen begründet eine *verschuldens-*

unabhängige Haftung des Garanten⁴ – hier also des Managers. Demgegenüber besteht die Haftung wegen falsch erteilter Auskunft gemäß § 280 BGB lediglich *verschuldensabhängig*.⁵ Dieser Unterschied kann allerdings nivelliert werden, da ein Garantieverprechen auch verschuldensabhängig ausgestaltet werden kann.⁶ Dies ist aus Sicht des Managers auch ratsam und soll weiter unten vertieft werden.⁷

Ein weiterer Unterschied zwischen bloßer Auskunftshaftung und Garantiehaftung besteht darin, dass sich die Schadenersatzfolgen unterscheiden. Während der eine falsche Auskunft Erteilende auf das *negative Interesse* haftet, ist die Haftung des Garanten auf das *positive Interesse* gerichtet.⁸ Beim negativen Interesse wird der Inhalt der Auskunft hypothetisch den Tatsachen angeglichen, beim positiven Interesse werden die Tatsachen hypothetisch der falschen Auskunft angeglichen.⁹ Das bedeutet zum Beispiel: Wenn der Geschäftsführer der Zielgesellschaft fälschlicherweise bestätigt, die im Rahmen der Due Diligence offengelegten Daten seien richtig und vollständig, so ist der Auskunftsempfänger (Verkäufer oder Erwerber des Unternehmens) so zu stellen, als sei er über die Daten richtig informiert worden (negatives Interesse), während der Garantieempfänger so gestellt werden muss, als wenn die Daten richtig und vollständig gewesen wären (positives Interesse). Im Ergebnis wird Letzteres häufig höher ausfallen als das negative Interesse. Das spricht aus Sicht eines Managers dafür, einen Management Letter als Auskunftsvereinbarung auszugestalten.

2. Rechtsbindungswille

Ist im Management Letter keine ausdrückliche Haftungsfolge vorgesehen, stellt sich die Frage nach dem Rechtsbindungswillen des Managers. Insofern ist zunächst einmal festzuhalten, dass wegen des Erfordernisses eines eindeutigen Garantie- und Einstandswillens des Auskunftsgabers eine verschuldensunabhängige Haftung nur ausnahmsweise in Betracht kommt.¹⁰ Eine verschuldensabhängige Haftung wird in der Literatur hingegen überwiegend bejaht, da ein entspre-

1 Vgl. zur Abgrenzung von Garantien zu Freistellungsansprüchen *Hilgard*, BB 2016, 1218, 1221 f.

2 *Hohaus/Kaufhold*, BB 2015, 709, 711.

3 *Seibt/Wunsch*, ZIP 2008, 1093, 1099 ff.

4 Vgl. BGH, 10.2.1999 – VIII ZR 70/98, NJW 1999, 1542, 1543; OLG Koblenz, 7.10.2014 – 3 U 91/14, 3 U 211/14, Rn. 40 ff., juris, MDR 2014, 1378; *Timmerbeil/Pfeiffer*, Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen, 2010, S.122.

5 *Seibt/Wunsch*, ZIP 2008, 1093, 1101.

6 Vgl. *Timmerbeil/Pfeiffer*, Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen, 2010, S. 122; *Unberath*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.3.2011, § 276, Rn. 40 (Frage der Auslegung).

7 S. unten V.

8 Vgl. hierzu *Martinek*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2006, § 675, Rn. C 35, 42 f.

9 *Martinek*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2006, § 675, Rn. C 43.

10 *Martinek*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2006, § 675, Rn. C 35; vgl. auch *Seibt/Wunsch*, ZIP 2008, 1093, 1101.

chender Rechtsbindungswillen des Geschäftsleiters angenommen wird.¹¹ Dem ist zuzustimmen. Die Gegenmeinung beruft sich darauf, dass die Wertung des § 311 Abs. 3 BGB¹² bei allzu schneller Bejahung vertraglicher Rechte und Pflichten unterlaufen würde.¹³ Verlangt wird ein deutliches Hinausgreifen über die originäre Tätigkeit hinaus, die an einen Rollen- oder Statuswechsel heranreichen müsse.¹⁴ Dabei werden die folgenden Zusammenhänge verkannt: Ein stillschweigender Abschluss eines Auskunftsvertrages zwischen Geber und Empfänger der Auskunft und damit eine vertragliche Haftung des Auskunftsgabers für die Richtigkeit seiner Auskunft ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn die Auskunft für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist und er sie zur Grundlage wesentlicher Entscheidungen machen will.¹⁵ Entscheidend sind die Gesamtumstände des Falles und deren Einordnung unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und der Verkehrsbedürfnisse.¹⁶ Wenn nun aber der Geschäftsführer bei einem Unternehmenskauf eine eigenständige Bestätigung der Richtigkeit und Vollständigkeit bestimmter Informationen abgibt, so werden regelmäßig sowohl der Geschäftsführer als auch der Erklärungsempfänger nach der Verkehrsauffassung nicht von einer Gefälligkeit ausgehen, sondern den Erklärungsinhalt zum Gegenstand vertraglicher Rechte und Pflichten machen wollen.¹⁷ Das gilt insbesondere dann, wenn der künftige Erwerber Adressat des Management Letters ist. Nur diese Wertung wird der Interessenlage gerecht. Für den Geschäftsführer ist nämlich erkennbar, dass seine Erklärung für den Erwerber von erheblicher Bedeutung und Grundlage der Erwerbsentscheidung ist.¹⁸

Das bedeutet im Grundsatz, dass der Auskunftsgaber – auch wenn er die Auskunft unentgeltlich erteilt hat – gemäß § 276 Abs. 1 BGB für jede Form des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit haftet.¹⁹ Erklärt sich der Geschäftsführer nur auf dringenden Wunsch des Adressaten zur Auskunft bereit, ist aber an eine ergänzende Vertragsauslegung zu denken, die zur Freistellung von leichter Fahrlässigkeit führen könnte.²⁰ Sicherer ist aber eine haftungsbeschränkende Regelung in dem Management Letter.²¹

III. Gemengelage unterschiedlicher Interessen

Der Erwerber hat ein Interesse an einem Management Letter, da er regelmäßig nur schwer beurteilen kann, ob die im Rahmen der Due Diligence bereitgestellten Unterlagen und Informationen richtig und vollständig sind.²² Der Veräußerer möchte sich dagegen absichern, im Rahmen des Unternehmensverkaufs unhaltbare Garantien abzugeben,²³ zumal er sich oftmals nicht um das Tagesgeschäft der Zielgesellschaft gekümmert haben wird.²⁴ Management Letters sind somit nicht primär dazu bestimmt, dem finanziellen Rückgriff beim Management zu dienen, sondern sollen sicherstellen, dass der Geschäftsführer die erforderlichen Informationen vollständig und zutreffend offenlegt.²⁵ Allerdings sind die Inhalte sehr unterschiedlich und reichen von kurzen Bestätigungen bis hin zu umfangreichen Katalogen.²⁶

Wegen der damit verbundenen Haftungsrisiken hat der Geschäftsführer einer Zielgesellschaft hingegen kein rechtliches Interesse an der Unterzeichnung eines Management Letters.²⁷ Davon wird denn auch mit Recht grundsätzlich abgeraten.²⁸ Allerdings können Sachzwänge den Geschäftsführer einer Zielgesellschaft dazu veranlassen, *volens* einen Management Letter abzugeben, da er es sich – um seine Position zu behalten – nicht zuschreiben lassen will, zum Scheitern des Verkaufs beigetragen zu haben bzw. zu einer vertrau-

ensvollen Zusammenarbeit mit dem Erwerber nicht bereit gewesen zu sein.²⁹

Zusätzlich kann es finanzielle Anreize geben, die den Geschäftsführer dazu veranlassen, einen Management Letter abzugeben. So wird es dem seine eigenen Anteile verkaufenden Gesellschafter-Geschäftsführer darauf ankommen, sein Vermögen zu mehren.³⁰ Darüber hinaus werden Transaktionsboni seitens des Veräußerers oder Erwerbers gewährt.³¹ Auch Sonderprämien und dergleichen kommen als sog. Incentivierung in Betracht. Allerdings hat der Geschäftsführer die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft zu beachten und darf keine eigenen, über die der Gesellschaft hinausgehenden finanziellen Interessen verfolgen.³² Dem kann dadurch begegnet werden, dass sich der Geschäftsführer einen Dispens von sämtlichen Gesellschaftern der GmbH erteilen lässt.³³

11 Hohaus/Kaufhold, BB 2015, 709, 711.

12 Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB kann nach dieser Vorschrift auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.

13 Krüger/Pape, NZI 2009, 870, 873, die daher nur in „absoluten Ausnahmefällen“ wie dem Anteilsverkauf durch den Gesellschafter-Geschäftsführer einen Rechtsbindungswillen annehmen.

14 Wächter, M&A Litigation, 2. Aufl. 2014, Rn. 1725.

15 BGH, 5.12.2000 – XI ZR 340/99, BB 2001, 226, NJW-RR 2001, 768, 769; KG, 28.10.2004 – 12 U 237/00, Rn. 44, juris; Heermann, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, § 675, Rn. 122.

16 Heermann, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, § 675, Rn. 122.

17 Hohaus/Kaufhold, BB 2015, 709, 711; vgl. allgemein KG, 28.10.2004 – 12 U 237/00, Rn. 44, juris.

18 Seibt/Wunsch, ZIP 2008, 1093, 1100; dies gilt ebenso für den Veräußerer, der eine Entscheidung über die Gewährung bestimmter Garantien zu treffen hat. Dazu kommt, dass der Geschäftsführer in einem solchen Fall als sachlich zuverlässige, nicht nur als einseitige Vertretung der Interessen eines anderen in Erscheinung tritt (vgl. zu diesem Aspekt BGH, 29.10.1952 – II ZR 283/51, BGHZ 7, 371-378, Rn. 7). Es geht um die Erteilung einer Auskunft durch eine im Verhältnis zum Verkäufer bzw. Erwerber als Dritten anzusehende Person, die über die Vermögensverhältnisse der Zielgesellschaft Aufschluss geben soll (vgl. zu diesem Aspekt BGH, 13.6.1962 – VIII ZR 235/61, NJW 1962, 1500). Außerdem werden über den Inhalt des Management Letters in der Regel Verhandlungen geführt (zu diesem Indiz vgl. Seibt/Wunsch, ZIP 2008, 1093, 1100).

19 Vgl. Fischer, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2015, § 662, Rn. 14; Seiler, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, § 662, Rn. 53 ff. (beide mit Nachweisen zur Gegenmeinung und überzeugendem Rekurs auf die Entstehungsgeschichte).

20 Vgl. Seiler, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, § 662, Rn. 56.

21 Dazu unter V.

22 Thiessen, in: MünchKommBGB, 3. Aufl. 2010, Anhang zu § 25 Unternehmenskauf, Rn. 106; Timmerbeil/Pfeiffer, Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen, 2010, S. 123; Schaffner, BB 2007, 1292; Seibt/Wunsch, ZIP 2008, 1093.

23 Schaffner, BB 2007, 1292; vgl. auch Krüger/Pape, NZI 2009, 870, 874.

24 Seibt/Wunsch, ZIP 2008, 1093 (in Bezug auf veräußerungswillige Konzernobergesellschaften); Berg, NZG 2008, 641 (multinationale Konzerne) vgl. auch Timmerbeil/Pfeiffer, Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen, 2010, S. 122; Koppmann, BB 2014, 1673, 1678 (jeweils zum *Share Deal*).

25 Beisel, in: Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2016, § 17, Rn. 37; Timmerbeil/Pfeiffer, Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen, 2010, S. 123 u. 133; Seibt/Wunsch, ZIP 2008, 1093, 1094; Hohaus/Kaufhold, BB 2015, 709, 710; a. A. Krüger/Pape, NZI 2009, 870, 874 (Erweiterung der Haftungsmasse).

26 Instruktion Krüger/Pape, NZI 2009, 870, 871. Ein Muster findet sich bei Timmerbeil/Pfeiffer, Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen, 2010, S. 126 ff.

27 Vgl. Schaffner, BB 2007, 1292.

28 Beisel, in: Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2016, § 17, Rn. 38; Krüger/Pape, NZI 2009, 870, 874; sehr skeptisch auch Wächter, M&A Litigation, 2. Aufl. 2014, Rn. 1721 ff.; diametral entgegen gesetzt Koppmann, BB 2014, 1673, 1678 Fn. 53, die aus der Erwerberperspektive einen Management Letter empfiehlt, der sich auf sämtliche Informationsquellen bezieht, die dem Kaufinteressenten zur Verfügung gestellt werden, d. h. auch auf Informationsmemorandum, Fact Book, Vendor Due Diligence Report und Management Präsentationen. Auch Hohaus/Kaufhold, BB 2015, 709, 711 votieren für die Abgabe persönlicher Erklärungen des Geschäftsführers, die sie bei Private Equity Transaktionen ohnehin als praxisüblich voraussetzen.

29 Timmerbeil/Pfeiffer, Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen, 2010, S. 125; Schaffner, BB 2007, 1292; Seibt/Wunsch, ZIP 2008, 1093, 1099.

30 Seibt/Wunsch, ZIP 2008, 1093, 1098.

31 Timmerbeil/Pfeiffer, Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen, 2010, S. 122; Hohaus/Kaufhold, BB 2015, 709, 711; zur rechtlichen Zulässigkeit solcher Transaktionsboni vgl. Hohaus/Weber, BB 2008, 2358.

32 Beisel, in: Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2016, § 17, Rn. 37; Seibt/Wunsch, ZIP 2008, 1093, 1098; näher Krüger/Pape, NZI 2009, 870, 877 f.

33 Seibt/Wunsch, ZIP 2008, 1093, 1098, Fn. 27.

IV. Pflicht zur Abgabe eines Management Letters?

Es besteht im Schrifttum im Grundsatz Einigkeit darüber, dass den Geschäftsführer keine rechtliche Verpflichtung trifft, einen Management Letter mit haftungsrelevanten Erklärungen zu unterzeichnen.³⁴ Der Erwerber hat schon mangels vertraglicher Beziehung zum Geschäftsführer der Zielgesellschaft keinen Anspruch auf eine derartige Erklärung.³⁵ Eine Pflicht zur Abgabe haftungsrelevanter Erklärungen gegenüber dem Veräußerer kann auch nicht aus § 51a GmbHG abgeleitet werden.³⁶ Nach dieser Vorschrift haben die Geschäftsführer grundsätzlich jedem Gesellschafter auf Verlangen unverzüglich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben und die Einsicht der Bücher und Schriften zu gestatten. Dies impliziert jedoch offensichtlich keinen Anspruch auf die Abgabe weitergehender Erklärungen.³⁷ Eine Haftung des Geschäftsführers kommt allenfalls auf Basis einer Haftungskette in Betracht, wenn der Käufer den Verkäufer, dieser die Gesellschaft als Auskunftspflichtige³⁸ nach § 51a GmbHG und diese den Geschäftsführer gemäß § 43 GmbHG in Anspruch nimmt.³⁹ Eine Ausnahme wird allerdings bei Konzernsachverhalten erwogen.⁴⁰ So könnte eine Pflicht zur Abgabe von Erklärungen dann bestehen, wenn der Geschäftsführer der zu veräußernden Gesellschaft gleichzeitig auch Geschäftsführer des veräußernden (Konzernober-)Gesellschafters ist.⁴¹ Zwar mögen in einem solchen Fall haftungsbegründende Konstellationen denkbar sein, wenn der Geschäftsführer sich pflichtwidrig verhält. Jedoch begründet dies keinesfalls einen Anspruch der veräußernden Gesellschaft, dass sich der Geschäftsführer im Wege eines Management Letters weitergehenden Haftungsrisiken aussetzt, die über die ohnedies ggf. bestehende Haftung hinausgehen.⁴² Es fehlt schlicht an einer diesbezüglichen Rechtsgrundlage – namentlich der Treupflicht des Geschäftsführers.⁴³

V. Begrenzung der Risiken

Sofern der Geschäftsführer trotz der bestehenden Bedenken bereit ist, einen Management Letter zu unterzeichnen, sollte er dafür Sorge tragen, seine Haftung soweit möglich zu beschränken.⁴⁴ Dies kann in vielerlei Hinsicht geschehen, wobei es aus Sicht des erklärenden Geschäftsführers optimal ist, wenn es ihm gelingt, sämtliche nachfolgend im Überblick aufgeführten Gestaltungsmöglichkeiten durchzusetzen:

- Beschränkung auf grobes Verschulden;⁴⁵
- summenmäßige Beschränkung;⁴⁶
- zeitliche Befristung;⁴⁷
- Beschränkung auf das Ressort des Geschäftsführers;⁴⁸
- Begrenzung der Nachforschungspflicht;⁴⁹
- Beschränkung auf die Amtszeit als Geschäftsführer;⁵⁰
- Haftung als Einzelschuldner nur bei eigener Pflichtverletzung;⁵¹
- Ausschluss der Haftung bei Kenntnis des Adressaten bzw. seiner Berater;⁵²
- Freistellung durch die Zielgesellschaft bzw. deren Gesellschafter;⁵³
- Einbeziehung Dritter;⁵⁴
- Versicherungslösung, etwa Abschluss einer individuellen W&I-Versicherung.⁵⁵

1. Ausgestaltung

a) Beschränkung auf „bestes Wissen“?

Um der Verschuldensunabhängigkeit der Garantiehaftung zu begegnen, wird im Allgemeinen dazu geraten, dass der Geschäftsleiter seine

Bestätigungen nur „nach bestem Wissen“ bzw. „nach bester Kenntnis“ abgibt.⁵⁶ Über die Bedeutung einer solchen „best knowledge“-Klausel besteht allerdings Rechtsunsicherheit.⁵⁷ Was gemeint und wie insbesondere die Beweislast zu verteilen ist, muss im Weg der Vertragsauslegung festgestellt werden.⁵⁸ Insbesondere kann eine solche Klausel ohne nähere Begriffsbestimmung nicht auf Vorsatz, ggf. auch grobe Fahrlässigkeit reduziert werden. Die Wendung „nach bestem Wissen“ findet sich in der Gesetzessprache häufig und begründet z.B. bei einem Verstoß gegen die §§ 259 Abs. 2, 260 Abs. 2 BGB die Strafbarkeit gemäß §§ 156, 161 StGB, wobei letztere Vorschrift auch die einfach fahrlässige Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung unter Strafe stellt. Es trifft daher zu, dass die Klausel die positive Kenntnis des Geschäftsleiters sowie diejenige Kenntnis, die der betreffende Manager erlangt hätte, wenn er die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes angewandt hätte – dies entspricht einer Haftung für einfache Fahrlässigkeit –, umfasst.⁵⁹ Teilweise wird vertreten, dass „bestes Wissen“ auch eine Nachforschungspflicht etwa auf der Ebene der Abteilungsleiter impliziert,⁶⁰ wobei diese dann sogar als Erfüllungsgehilfen anzusehen sein könnten, für die der Auskunftsgewer nach § 278 BGB

34 Beisel, in: Beisel/Klumpff, Der Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2016, § 17, Rn. 37; *Timmerbeil/Pfeiffer*, Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen, 2010, S. 124; *Seibt/Wunsch*, ZIP 2008, 1093, 1096 ff.; *Krüger/Pape*, NZI 2009, 870, 872; *Hohaus/Kaufhold*, BB 2015, 709, 712.

35 Zutreffend *Timmerbeil/Pfeiffer*, Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen, 2010, S. 124.

36 *Timmerbeil/Pfeiffer*, Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen, 2010, S. 124; *Seibt/Wunsch*, ZIP 2008, 1093, 1097; *Krüger/Pape*, NZI 2009, 870, 872; *Hohaus/Kaufhold*, BB 2015, 709, 712.

37 Vgl. zur Auslegung mittels der herkömmlichen Methoden *Hohaus/Kaufhold*, BB 2015, 709, 712.

38 Nicht die Geschäftsführung, sondern die Gesellschaft selbst ist Trägerin der Informationspflicht (BGH, 6.3.1997 – II ZB 4/96, BGHZ 135, 48-58, BB 1997, 1223, Rn. 5; dies wird allerdings verkannt von *Hohaus/Kaufhold*, BB 2015, 709, 712 und ebenso von *Berg*, NZG 2008, 641, 644 f., der für einen Direktanspruch gegen den Geschäftsführer plädiert).

39 Dazu *Scheufele*, GmbHR 2010, 965, 967 u. 969; vgl. allgemein *Schindler*, BeckOK GmbHG, Stand: 15.8.2015, § 51a, Rn. 70 f.; *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 51a, Rn. 51 f.

40 Dafür *Beisel*, in: *Beisel/Klumpff*, Der Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2016, § 17, Rn. 37 (ohne Begründung).

41 Beispiel von *Seibt/Wunsch*, ZIP 2008, 1093, 1097.

42 So auch *Seibt/Wunsch*, ZIP 2008, 1093, 1098.

43 Vgl. hierzu grundsätzlich *Fleischer*, WM 2003, 1045.

44 Einen instruktiven Überblick über mögliche Gestaltungsvarianten geben *Krüger/Pape*, NZI 2009, 870, 876 f. Dort auch zu hier nicht behandelten Varianten wie die Haftungsfreistellung durch Gesellschaft(er), die Haftungsverlagerung auf Rechtsanwälte etc., die Begrenzung auf Ressort und Amtszeit.

45 Dazu unter V. 1. a). (Stichwort „bestes Wissen“).

46 Dazu unter V. 1. b).

47 Dazu unter V. 1. b).

48 *Krüger/Pape*, NZI 2009, 870, 877.

49 Formulierungsbeispiel bei *Seibt/Wunsch*, ZIP 2008, 1093, 1101.

50 *Krüger/Pape*, NZI 2009, 870, 877.

51 Vgl. *Timmerbeil/Pfeiffer*, Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen, 2010, S. 129, 136 f.

52 Vgl. *Timmerbeil/Pfeiffer*, Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen, 2010, S. 129, 135; *Hohaus/Kaufhold*, BB 2015, 709, 713.

53 *Krüger/Pape*, NZI 2009, 870, 876.

54 *Krüger/Pape*, NZI 2009, 870, 876 f. empfehlen die Haftungsverlagerung durch Beauftragung von Rechtsanwälten, Patentanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und/oder Unternehmensberatern.

55 Dazu unter V.2.

56 *Beisel*, in: *Beisel/Klumpff*, Der Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2016, § 17, Rn. 38; *Timmerbeil/Pfeiffer*, Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen, 2010, S. 135; *Seibt/Wunsch*, ZIP 2008, 1093, 1101; *Krüger/Pape*, NZI 2009, 870, 877; vgl. auch *Koppmann*, BB 2014, 1673, 1678, Fn. 53; *Hohaus/Kaufhold*, BB 2015, 709, 713.

57 *Krüger/Pape*, NZI 2009, 870, 877.

58 *Thiessen*, in: *MünchKommHGB*, 3. Aufl. 2010, Anhang zu § 25 Unternehmenskauf, Rn. 105; vgl. auch *Beckmann*, in: *Staudinger*, BGB, Neubearb. 2013, § 453, Rn. 110, der solche „weichen Garantien“ als Beweislastregel zugunsten des Verkäufers begreift.

59 *Timmerbeil/Pfeiffer*, Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen, 2010, S. 133; unklar *Koppmann*, BB 2014, 1673, 1678, Fn. 53: „kenntnisqualifizierte Bestätigung“; a. A. *Seibt/Wunsch*, ZIP 2008, 1093, 1101; *Hohaus/Kaufhold*, BB 2015, 709, 713, wonach eine Beschränkung auf „bestes Wissen“ und auf „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes“ zwei Haftungsschranken begründen soll.

60 *Seibt/Wunsch*, ZIP 2008, 1093, 1100 f. – mit einem auf die Ressortzuständigkeit bezogenen Formulierungsbeispiel; *Hohaus/Kaufhold*, BB 2015, 709, 713; wegen ihrer Unklarheit kritisch zu solchen Formulierungen *Schmitz*, RNotZ 2006, 561, 592; für eine explizite Einschränkung *Wächter*, M&A Litigation, 2. Aufl. 2014, Rn. 1721.

haftet, da sie mit seinem Willen bei der Erfüllung einer ihm obliegenden Verbindlichkeit tätig werden.⁶¹

Angesichts dieser Risikolage ist aus Sicht des Geschäftsleiters eine klar formulierte Klausel vorzugswürdig, nach der lediglich positive Kenntnis und ggf. Unkenntnis infolge grober Fahrlässigkeit schaden.⁶² Die Darlegungs- und Beweislast sollte dann bei dem Adressaten des Management Letters liegen. Eine solche Klausel ist auch interessengerecht und wird dem Sinn und Zweck des Management Letters gerecht, die Versorgung des Adressaten mit den notwendigen Informationen sicherzustellen und nicht primär einen weiteren Zahlungsschuldner hinzuzugewinnen. Aber auch bei Aufnahme einer solchen Klausel in den Management Letter ist das Haftungsrisiko nicht zu unterschätzen. Man wird von dem Geschäftsführer verlangen können, im Wege der sekundären Darlegungslast⁶³ sein Bemühen um eine vollständige und richtige Erfassung des Sachverhalts zu erläutern. Dem Geschäftsführer ist daher zu empfehlen, dass er die von ihm vorgenommene Sachverhaltsaufklärung, die der Bestätigung zugrunde liegt, dokumentiert.⁶⁴ Auf diese Weise kann er die Behauptung, grob sorgfaltswidrig gehandelt zu haben, widerlegen. Dabei empfiehlt es sich, auch eine Bestätigung des nachgeordneten Auskunftsgabers einzuholen, die nicht zwingend mit einer Rechtsfolge verknüpft sein muss. Dadurch kann dem in der Literatur befürchteten Problem vorgebeugt werden, dass der gutgläubig agierende Geschäftsführer sich mit der nicht zu widerlegenden Behauptung konfrontiert sieht, dass er sogar vorsätzlich gehandelt habe, weil Mitarbeiter der Zielgesellschaft – schon um „ihre eigene Haut zu retten“ – behaupten, dass sie auf die Unrichtigkeit des in der Garantie wiedergegebenen Sachverhalts hingewiesen hätten.⁶⁵

b) Summenmäßige und zeitliche Beschränkung

Darüber hinaus kann dem Geschäftsleiter der Zielgesellschaft geraten werden, die Haftung durch eine summenmäßige⁶⁶ und zeitliche⁶⁷ Obergrenze zu beschränken. Das kann das Haftungsrisiko allerdings nicht vollends ausschließen, da im Falle vorsätzlichen Handelns die summenmäßige Beschränkung gemäß § 276 Abs. 3 BGB unwirksam und die Abkürzung der Verjährungsfrist gemäß § 202 Abs. 1 BGB unzulässig ist. Vereinzelt ist deshalb in der Literatur vorgeschlagen worden, statt einer Garantie eine (zeitlich und summenmäßig begrenzte) Freistellungsverpflichtung des Geschäftsführers von den Risiken vorzusehen, auf die sich die Erklärung bezieht.⁶⁸ Dieser Vorschlag hat sich in der Praxis jedoch nicht durchgesetzt.

2. Versicherungslösungen

Fraglich ist, ob der Geschäftsführer, der einen Management Letter unterzeichnet hat, im Falle der Inanspruchnahme durch eine Versicherung geschützt sein kann.

a) D&O-Versicherung?

In Betracht zu ziehen ist hierfür zunächst die vielfach von der Zielgesellschaft (oder der Verkäufergesellschaft) zugunsten ihrer Organmitglieder abgeschlossene D&O-Versicherung.⁶⁹ Diese bietet Versicherungsschutz für den Fall, dass ein gegenwärtiges oder ehemaliges Mitglied des Aufsichtsrates, des Vorstandes oder der Geschäftsführung der Versicherungsnehmerin oder einer Tochtergesellschaft wegen einer bei Ausübung dieser Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen Vermögens-

schaden auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird (Ziff. 1.1 Abs. 1 AVB-AVG⁷⁰). Teilweise werden auch vertragliche Ansprüche in den Versicherungsschutz einbezogen, allerdings nur, sofern der Ersatzanspruch im gleichen Umfang auch auf Grund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen einredefrei besteht.

Demzufolge müsste die aus dem Management Letter resultierende Verpflichtung (zumindest auch) aus einer „gesetzlichen Haftpflichtbestimmung“ resultieren. Darunter versteht man Rechtsnormen, die unabhängig vom Willen des Handelnden ein bestimmtes Verhalten mit einer bestimmten Haftungsfolge verknüpfen, woran es bei Garantieerklärungen fehlt.⁷¹ Demgegenüber ist die Haftung gem. § 280 Abs. 1 BGB, auch wenn sie auf konkludent zustande gekommenen Auskunftsverträgen basiert, auf eine gesetzliche Haftpflichtbestimmung zurückzuführen.⁷²

Versicherungsschutz genießt der Geschäftsführer jedoch nur wegen einer bei Ausübung dieser Tätigkeit (angeblich) begangenen Pflichtverletzung. Seine Tätigkeit muss im Rahmen der ihm anvertrauten Aufgaben und nicht außerhalb seines Aufgabenkreises liegen.⁷³ Letzteres ist jedoch der Fall, wenn der Geschäftsführer privat tätig wird.⁷⁴ So genießt ein Aufsichtsratsmitglied, das wegen einer Pflichtverletzung aus einem gesondert bestehenden Beratungsvertrag auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, keinen D&O-Versicherungsschutz.⁷⁵ Entsprechendes muss aber gelten, wenn ein Geschäftsführer aus einem gesondert bestehenden (stillschweigenden) Auskunftsvertrag (oder gar einer Garantieerklärung) auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird. Denn er haftet dann gemäß § 280 Abs. 1 BGB so, wie jeder Dritte auch eintreten

61 Vgl. *Koppmann*, BB 2014, 1673, 1678 sowie die Definition bei *Alpmann*, in: jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 278, Rn. 13.

62 So zutreffend *Seibt/Wunsch*, ZIP 2008, 1093, 1101; *Krüger/Pape*, NZI 2009, 870, 877; vgl. auch *Schmitz*, RNotZ 2006, 561, 592. Für einen vollkommenen Ausschluss des „Kennennüssens“ *Wächter*, M&A Litigation, 2. Aufl. 2014, Rn. 1721. Sofern es sich bei der entsprechenden Klausel im Management Letter um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt, ist der Ausschluss der Haftung für grob fahrlässiges Verhalten allerdings gem. § 309 Nr. 7 b BGB unwirksam. Ein Manager könnte nämlich bereits dann als Verwender im AGB-rechtlichen Sinne anzusehen sein, wenn er eine Klausel einbringt, die in mehreren Managementerkklärungen (z. B. Mitgeschäftsführer) verwendet werden soll, vgl. dazu OLG Köln, 22.10.1993 – 19 U 34/93, BB 1993, 2334, NJW 1994, 59.

63 Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH obliegt dem Prozessgegner eine so genannte sekundäre Behauptungslast, wenn die primär darlegungsbelastete Partei außerhalb des darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine Kenntnisse von den maßgeblichen Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner zumutbar nähere Angaben machen kann; dies gilt insbesondere auch für innere Tatsachen (BGH, 18.5.2005 – VIII ZR 368/03, NJW 2005, 2395, 2397).

64 Ebenso im Ergebnis *Krüger/Pape*, NZI 2009, 870, 877.

65 Dazu näher *Schaffner*, BB 2007, 1292, 1293.

66 *Beisel*, in: *Beisel/Klumpp*, Der Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2016, § 17, Rn. 38; *Timmerbeil/Pfeiffer*, Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen, 2010, S. 135 f.; *Wächter*, M&A Litigation, 2. Aufl. 2014, Rn. 1721; *Seibt/Wunsch*, ZIP 2008, 1093, 1101 f.; *Krüger/Pape*, NZI 2009, 870, 877.

67 *Timmerbeil/Pfeiffer*, Unternehmenskauf Nebenvereinbarungen, 2010, S. 136; *Seibt/Wunsch*, ZIP 2008, 1093, 1102: Üblich sind 12 bis 24 Monate ab Vollzug der Transaktion; *Krüger/Pape*, NZI 2009, 870, 877.

68 *Schaffner*, BB 2007, 1292, 1293.

69 Dabei handelt es sich um eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung (Versicherung für fremde Rechnung), bei der der Versicherer einem Organmitglied gegen unberechtigte Ansprüche Abwehrdeckung gewährt und es von berechtigten Ansprüchen freistellt (vgl. OLG München, 15.3.2005 – 25 U 3940/04, VersR 2005, 540 ff.).

70 Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten Vorständen und Geschäftsführern – Musterbedingungen des GDV Stand: Mai 2013.

71 *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung 2014, § 8, Rn. 27; vgl. auch *Ihlas*, in: *Langheid/Wandt*, MünchKommVVG, 2011, Directors & Officers Versicherung, Rn. 108.

72 Vgl. OLG Düsseldorf, 30.1.2001 – 4 U 138/00, Rn. 33, juris, VersR 2002, 748; OLG Saarbrücken, 14.11.2001 – 5 U 384/99, VersR 2004, 507.

73 *Ihlas*, in: *Langheid/Wandt*, MünchKommVVG, 2011, Directors & Officers Versicherung, Rn. 117.

74 *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung 2014, § 7, Rn. 11; *Sieg*, in: *Terbille/Höra*, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, § 17, Rn. 82.

75 *Ihlas*, in: *Langheid/Wandt*, MünchKommVVG, 2011, Directors & Officers Versicherung, Rn. 131; *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung 2014, § 7, Rn. 16 ff.

müsste.⁷⁶ Nichts anderes gilt, wenn man darauf abstellt, ob die Tätigkeit des Geschäftsführers betrieblich veranlasst ist.⁷⁷ Denn bei der Erteilung der Auskunft gegenüber dem Veräußerer oder Erwerber der Zielgesellschaft handelt es sich um eine eigenwirtschaftliche Tätigkeit des Geschäftsführers, die mit der Geschäftsleitungstätigkeit für die Zielgesellschaft nichts zu tun hat und deshalb vom Schutzzweck der D&O-Versicherung nicht erfasst wird.⁷⁸ Letztlich ist hier schon der Pflichtenkreis als Geschäftsführer nicht betroffen, da es eine (organschaftliche) Pflicht zur Abgabe einer Garantiererklärung nicht gibt (vgl. oben IV.).

b) W&I-Versicherung?

Eine weitere denkbare Möglichkeit der Absicherung gegen die Risiken aus einem Management Letter stellt die W&I-Versicherung dar, die grundsätzlich insbesondere Versicherungsschutz für Garantieverletzungen bei Unternehmenskäufen bietet.⁷⁹ Dem Manager ist daran gelegen, unberechtigte Ansprüche aus dem Management Letter abzuwehren und von berechtigten Ansprüchen freigestellt zu werden, mithin den Schutz nach Art einer Haftpflichtversicherung zu genießen. Eine solche könnte von der Verkäufergesellschaft zugunsten des Geschäftsführers oder von diesem selbst abgeschlossen werden und erinnert dann an eine D&O-Versicherung bzw. an eine Selbstbehalts-D&O-Versicherung. Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass der Versicherungsfall einer so konzipierten W&I-Versicherung die Inanspruchnahme auf Grund des Management Letters darstellt, also nicht eine gesetzliche Haftpflichtbestimmung zugrunde liegen⁸⁰ und keine originäre Geschäftsführertätigkeit betroffen sein muss. Es bleibt abzuwarten, ob derartige Produkte zukünftig am Markt angeboten werden.

Ungeachtet dessen dürfte der Abschluss einer regulären W&I-Versicherung – also einer solchen, die den Kaufvertragsparteien zugutekommt – mittelbar auch für den Manager des Zielunternehmens vorteilhaft sein. Denn im Garantiefall wird der Versicherungsnehmer geneigt sein, primär auf den zahlungsfähigen Versicherer zuzugehen und mögliche Ansprüche aus dem Management Letter zurückzustellen. Das bietet für den Manager natürlich keine abschließende Rechtssicherheit, zumal dann auch ein Regress des Versicherers denkbar wäre; dennoch wird ein Manager damit faktisch sicher erheblich besser gestellt sein.

VI. Fazit

Wird ein Geschäftsführer im Rahmen einer Unternehmenstransaktion um die Abgabe eines Management Letters gebeten, ist höchste Vorsicht geboten. Denn je nach Ausgestaltung kann die Abgabe einer entsprechenden Erklärung zu einer verschuldensunabhängigen und unbegrenzten Haftung führen. Dass damit die Gefahr der Existenzvernichtung einhergeht, liegt auf der Hand. In Anbetracht der zugrunde liegenden Interessen sollte ein Geschäftsführer eine derart weitreichende Erklärung deshalb allenfalls im absoluten Ausnahmefall abgeben, zumal auch erheblich eingeschränkte Erklärungen grundsätzlich interessengerecht sein sollten. Eine angemessene Haftung sollte deshalb auf (allenfalls) grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden, wobei die häufig verwendete Formulierung des „besten Wissens“ Raum für Missverständnisse bietet und zu unerwünschten Haftungsfällen führen kann. Zudem erscheint eine Haftungsbegrenzung der Zeit und der Höhe nach unerlässlich, da das

Ziel der verlässlichen Informationsgewinnung auch ohne eine langfristige Möglichkeit der Existenzvernichtung des Geschäftsführers erreicht werden kann. Dies gilt umso mehr, als es derzeit keine Versicherungslösung gibt, die die Risiken aus einem Management Letter eindeutig übernimmt.

Michael Jakobs, LL.M. oec., ist Rechtsanwalt und Partner bei BLD Bach Langheid Dallmayr am Standort Köln. Seine Aufgabengebiete umfassen die Managerhaftung – namentlich im Bereich von M&A-Transaktionen – und Post-M&A-Streitigkeiten. Zu seinen Tätigkeitsfeldern gehören ferner Fragen rund um die Absicherung diesbezüglicher Risiken über D&O- oder W&I-Versicherungslösungen.



Dr. Sven-Markus Thiel ist Rechtsanwalt bei BLD Bach Langheid Dallmayr am Standort Köln. Er ist u. a. auf den Gebieten der Managerhaftung und der D&O-Versicherung sowohl beratend als auch in der Prozessführung tätig. Er verfügt über langjährige Erfahrung in Haftungs- und Deckungsfragen.



76 Vgl. *Sieg*, in: Terbille/Höra, Münchener Anwaltshandbuch Versicherungsrecht, § 17, Rn. 82.

77 Dafür votiert *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung 2014, § 7, Rn. 11.

78 Der Begriff der betrieblich veranlassten Tätigkeit ist der gesetzlichen Regelung des § 105 Abs. 1 SGB VII entlehnt und wird von der Rechtsprechung in diesem Sinne ausgelegt. Als betrieblich veranlasst gelten solche Tätigkeiten, die arbeitsvertraglich übertragen worden sind oder die der Arbeitnehmer im Interesse des Arbeitgebers für den Betrieb ausführt. Das Handeln braucht dabei nicht zum eigentlichen Aufgabengebiet des Beschäftigten gehören, ausreichend ist, wenn er im wohl verstandenen Interesse des Arbeitgebers tätig wird (BAG, 28.10.2010 – 8 AZR 418/09, Rn. 14, juris, NJW 2011, 1096, 1097). Keine betrieblichen Tätigkeiten sind hingegen die sog. eigenwirtschaftlichen Tätigkeiten (*Grüner*, in: Becker/Franke/Molkentin, SGB VII, 4. Aufl. 2014, § 105, Rn. 9). Die diesbezügliche Einstufung als private Tätigkeit beinhaltet häufig eine wertende Entscheidung, deren Grundlage der Schutzzweck der gesetzlichen Unfallversicherung ist (*Ziegler*, in: Becker/Franke/Molkentin, SGB VII, 4. Aufl. 2014, § 8, Rn. 58).

79 Eine solche Gewährleistungsversicherung findet sich auf dem Markt in Gestalt von Käufer- und Verkäuferpolicen, wodurch Risiken auf Erwerber- und Veräußererseite abgesichert werden, vgl. *Metz*, NJW 2010, 813, 814; *Jakobs/Franz*, VersR 2014, 659, 662.

80 Vgl. *Jakobs/Franz*, VersR 2014, 659, 662, Fn. 17; anders offenbar *Franz/Keune*, VersR 2013, 1371, 1374.