

Value for Money – Anwaltliche Sorgfaltspflichten bei der Due Diligence – Modelle für die Praxis

Due Diligence ist auch für Anwälte haftungsträchtig. Einschränkungen des Prüfungsumfangs und Annahmen in Bezug auf nicht geprüfte Sachverhalte sollten aber nicht zur Folge haben, dass Untersuchungen und Hinweise im Due-Diligence-Bericht für den Mandanten wesentliche Verhältnisse der Zielgesellschaft nicht ausreichend berücksichtigen. Der Beitrag stellt Vorgehensweisen dar, wie dem Interesse des Mandanten an einem risikoorientierten Vorgehen und dem des Anwalts an Limitierung von Prüfungsumfang und Haftung Rechnung getragen werden kann. Dabei wird auch auf die Red-Flag Due Diligence eingegangen.

I. Einleitung

Der Pflichtenkreis beim Anwaltsmandat ist nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung des BGH grundsätzlich weit gesteckt.¹⁾ Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist ein Rechts-

*) Dr. iur., LL.M (UPenn), Rechtsanwalt und Attorney-at-law (New York), Partner von Andersen Tax & Legal, Köln, mit Spezialisierung auf internationale M&A-Transaktionen. Herausgeber des im RWS Verlag erscheinenden Standardwerks „Unternehmenskauf“, das in Kürze in 6. Auflage erscheint.

1) Hamm, in: Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 11. Aufl., 2016, § 51 Rz. 21.

anwalt zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Mandanten über alle rechtlichen Risiken im Zusammenhang mit dem erteilten Mandat verpflichtet.²⁾ Bei komplexen Aufträgen, wie etwa einer rechtlichen Untersuchung des zu erwerbenden Unternehmens im Auftrag des voraussichtlichen Käufers (Due Diligence), führt dieser Ansatz zu weitreichenden Hinweispflichten.³⁾ Der Anwaltsvertrag zur Durchführung der Due Diligence und Erstellung eines Due-Diligence-Berichts ist als Werkvertrag⁴⁾ zu qualifizieren, es ist ein Erfolg, nämlich der Due-Diligence-Bericht, geschuldet. Im Rahmen seiner Pflichten muss der Anwalt insbesondere unter anderem durch Befragung seines Mandanten alle Punkte klären, die für die rechtliche Beurteilung des Mandats wesentlich sind.⁵⁾

„Due Diligence“ bedeutet „geschuldete Sorgfalt“. Der Begriff entstammt dem angelsächsischen Rechtskreis, in dem die Gewährleistungsrechte des Käufers viel schwächer ausgeprägt sind als dies im civil law bekannt ist. Es gilt der Grundsatz „caveat emptor“ („es hüte sich der Käufer“).⁶⁾ Die Due Diligence ist also darauf gerichtet, alle aus den vorgelegten Unterlagen und sonstigen Informationen und ggf. aufgrund der vorhandenen Dokumentation zu erfragenden weiteren Informationen resultierenden Risiken hinsichtlich des Kaufobjekts für den Mandanten zu untersuchen und zu dokumentieren.⁷⁾ Gegenstand der Due Diligence ist typischerweise ein Unternehmen, ein Grundstück oder ein anderer Vermögensgegenstand mit vielschichtigen Rechtsbeziehungen. Dabei kann sich die Due Diligence neben rechtlichen auf die steuerlichen, bilanziellen und kommerziellen Verhältnisse des Kaufobjekts erstrecken. Hier ist nur von der rechtlichen Due Diligence die Rede. Dabei ist in den meisten Fällen der Erwerbsinteressent (natürliche Person oder juristische Einheit) Mandant. Es kommt aber auch vor, dass der Verkäufer vor dem Verkaufsprozess das Unternehmen selbst analysieren will, um vorab über Risiken informiert zu sein, aber auch um alle Kaufinteressenten zeitgleich mit den gleichen Informationen auszustatten (sog. Vendor Due Diligence).⁸⁾ Für beide Formen der Due Diligence gelten für den Anwalt im Grundsatz die gleichen Sorgfaltspflichten.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie die allgemeinen Grundsätze zum Umfang der Pflichten eines Rechtsanwalts bei der Beauftragung mit der Erstellung eines Due-Diligence-Berichts angesichts der Komplexität des Auftragsumfangs präzisiert werden können (nachfolgend II). In einem nächsten Schritt soll der Frage nachgegangen werden, ob über die Bedingungen einer Mandatsvereinbarung der Umfang der anwaltlichen Pflichten für Mandant und Anwalt sinnvoll ausgestaltet werden kann (nachfolgend III). Zu beiden Fragen sind bislang nur wenige untergerichtliche Entscheidungen ergangen, die in den nachfolgenden Ausführungen untersucht werden.⁹⁾ Im Lichte dieser Entscheidungen soll ein praxisgerechter Lösungsansatz vorgestellt werden, der sowohl berechnete Interessen des Mandanten als auch diejenigen des Transaktionsanwalts berücksichtigt (nachfolgend IV). Dabei sollen auch innovative Konzepte vorgestellt werden, wie der Anwalt in der Praxis trotz der Breite des Pflichtenkreises bei gleichzeitigem Preisdruck Due-Diligence-Arbeiten effizient gestalten kann.

II. Sorgfaltspflichten ohne Präzisierung in einer Mandatsvereinbarung

Gerade bei komplexeren Mandaten ist der Abschluss einer Mandats- und Vergütungsvereinbarung heute weit verbreitet.¹⁰⁾ Sofern die Parteien keine derartige Vereinbarung getroffen haben bzw. diese keine Regelung zum Umfang der Tätigkeit und des Pflichtenkreises des Anwalts enthält, gilt hinsichtlich der Pflicht des Beraters zur Aufklärung des Sachverhalts, dass dieser zwar grundsätzlich keine eigenen Nachforschungen anstellen muss, sondern vielmehr auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der ihm vom Mandanten bzw. der Zielgesellschaft oder dem Verkäufer zur Verfügung gestellten Informationen vertrauen darf.¹¹⁾ Der Rechtsanwalt muss sich aber durch zusätzliche Fragen um ergänzende Aufklärung bemühen, wenn die Kenntnis weiterer Tatsachen nach den Umständen für eine zutreffende rechtliche Einordnung erforderlich ist und deren Bedeutung für den Mandanten nicht ohne Weiteres ersichtlich ist.¹²⁾

Für den Fall der Beauftragung mit der Durchführung einer Legal Due Diligence hat das LG Berlin in seinem Urteil vom 14. 9. 2012 (bestätigt durch das Urteil des Kammergerichts vom 17. 9. 2013)¹³⁾ eine Modifizierung des einleitend beschriebenen allgemeinen Pflichtenkreises für Beauftragungen im Fall einer Due Diligence vorgenommen. Danach ist die allgemeine Pflichtenstellung des Rechtsanwalts für die besondere Situation der Beauftragung mit einer Legal-Due-Diligence-Prüfung dahin zu modifizieren, „dass der Rechtsanwalt nur dann auf fehlende Informationen hinweisen muss, wenn (1) die abschließende Beurteilung des in Rede stehenden Gesichtspunkts für die betreffende Transaktion von hervorgehobener Bedeutung ist, und (2) (a) dem Rechtsanwalt die für seine Beurteilung schlechterdings unabdingbaren Dokumente nicht vorliegen, oder (b) aufgrund der zur Verfügung stehenden Informationen konkreter Anlass für die Annahme besteht, dass es sich um ein tatsächliches Problem handelt.“¹⁴⁾ Zur Begründung dieser Einschränkung des Pflichtenkreises weist das LG Berlin darauf hin, anderenfalls würde „der Rechtsanwalt vor die Aufgabe gestellt [...], einen hinsichtlich seiner rechtlichen Beziehungen zur Umwelt äußerst komplexen Transaktionsgegenstand allgemein zu prüfen“, und sein Bericht würde „zu

2) St. Rspr. des BGH, zuletzt Urt. v. 21. 6. 2018 – IX ZR 80/17, ZIP 2019, 521, Rz. 8, dazu EWiR 2019, 17 (Röhm/Seichter).

3) Ausführlich zu Due-Diligence-Prüfungen Becker/Voß, in: Knott, Unternehmenskauf, 5. Aufl., 2017, Rz. 32 ff.

4) Palandt/Sprau, BGB, 77. Aufl., 2018, § 675 Rz. 23 m. Verweis auf die Rechtsprechung; s. dazu unten Text bei Fußn. 39 bis 41.

5) Hamm (Fußn. 1), § 51 Rz. 22.

6) Becker/Voß (Fußn. 3), Rz. 31.

7) Becker/Voß (Fußn. 3), Rz. 40.

8) Becker/Voß (Fußn. 3), Rz. 61 f.

9) Zur Legal Due Diligence LG Berlin v. 14. 9. 2012 – 2 O 540/11, ZfR 2012, 840 (LS) = juris, und KG v. 17. 9. 2013 – 7 U 160/12, juris, sowie zur sog. Red-Flag Due Diligence LG Düsseldorf v. 15. 10. 2013 – 7 O 6/12 U., AnwBl 2014, 450.

10) S. dazu unten unter III am Anfang.

11) BGH v. 13. 3. 1997 – IX ZR 81/96, NJW 1997, 2168, 2169 = juris Rz. 16 (Rz. 16 – gilt nicht für Rechtstatsachen und rechtliche Wertungen).

12) BGH v. 2. 4. 1998 – IX ZR 107/97, NJW 1998, 2048, 2049 = juris Rz. 25 (Pflicht zur Nachfrage nach dem Vorhandensein gerichtlicher Urteile in Unterhaltssache – nachdem Mandantin einen Unterhaltsvergleich als „letztes Urteil“ bezeichnet hatte –, so dass statt Unterhalts- Abänderungsklage erhoben worden wäre).

13) S. zu beiden Urteilen oben Fußn. 9 und Becker/Voß (Fußn. 3), Rz. 112 – 114.

14) LG Berlin v. 14. 9. 2012 – 2 O 540/11, juris Rz. 20.

großen Teilen aus rein abstrakten rechtlichen Risikohinweisen“ bestehen.¹⁵⁾

Der Entscheidung lag der beabsichtigte Erwerb eines Grundstücks zugrunde. Eine Due Diligence in Bezug auf die rechtlichen Verhältnisse hatte der spätere Käufer Ende 2006 bei der beklagten Kanzlei (nachfolgend die „DD-Kanzlei“) in Auftrag gegeben. Die DD-Kanzlei hatte einen Due-Diligence-Bericht erstellt (nachfolgend der „DD-Bericht“). Den Anwälten war die Bedeutung des Fortbestands der Mietverträge für die Kaufentscheidung bzw. den Preis, den der Käufer zu zahlen bereit sein würde, bewusst. Im Jahre 2005 war das Grundstück an eine aus vier Gesellschaftern bestehende Anwaltskanzlei, die als GbR geführt wurde (nachfolgend die „Mieter-Kanzlei“), vermietet worden. Die Laufzeit war bis zum 31. 12. 2012. Eine Sozia war aus der Mieter-Kanzlei Ende 2005 ausgeschieden und hatte den Mietvertrag nicht mitunterschieden. Damit war das Schriftformerfordernis der §§ 578, 550 Satz 1 BGB nicht erfüllt. Die Mieter-Kanzlei hatte den Mietvertrag am 25. 9. 2009 vorzeitig gekündigt.

Die DD-Kanzlei, die auch die Sozia im Rahmen ihres Ausscheidens aus der Mieter-Kanzlei beraten hatte, konnte sich vor den Berliner Gerichten zur Abwehr der Haftung wegen Berufsversehens erfolgreich auf folgende Aspekte berufen: Sie habe im DD-Bericht darauf hingewiesen, ihre Untersuchungen nur anhand der zur Verfügung gestellten Unterlagen und sonstigen Informationen und nur auf konkret erkennbare Risiken zu erstrecken. Diese Informationen seien als richtig und vollständig unterstellt worden, außer soweit es offensichtlich sei, dass weitere Informationen erforderlich seien. Der DD-Bericht enthalte den Hinweis, die DD-Kanzlei sei davon ausgegangen, dass der Abschluss des Mietvertrags durch dafür ausreichend bevollmächtigte Personen erfolgt sei. Alle diese Annahmen und Einschränkungen des Prüfungsumfanges für die DD-Kanzlei seien vom Käufer akzeptiert worden, denn er hätte ihnen nicht widersprochen. In dem Mietvertrag sei der Mieter als „... Rechtsanwälte“ bezeichnet worden. Die DD-Kanzlei habe nicht wissen müssen, dass die Mieterin eine GbR gewesen sei. Dies ginge aus der Bezeichnung des Mieters als „... Rechtsanwälte“ nicht hervor. Selbst wenn die DD-Kanzlei von diesem Umstand Kenntnis gehabt hätte, wäre ihr nicht bekannt gewesen, wie viele Gesellschafter die GbR zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags gehabt hätte. Anhand des Schriftbilds des Mietvertrags ließe sich nicht erkennen, wie viele Personen für die Mieter-Kanzlei tatsächlich unterzeichnet hatten. Daher, so die Berliner Gerichte, wäre jeglicher Hinweis auf die Einhaltung des Schriftformerfordernisses notwendigerweise abstrakt geblieben. Damit sei dieser Hinweis von der Sorgfaltspflicht der DD-Kanzlei nicht mitumfasst. Die DD-Kanzlei habe daher der Problematik der Einhaltung des Schriftformerfordernisses nicht weiter nachgehen müssen. Das Wissen derjenigen Anwälte aus der DD-Kanzlei, die die Ende 2005 ausgeschiedene Sozia der Mieter-Kanzlei beraten hätten, sei den für die Due Diligence zuständigen Anwälten der DD-Kanzlei nicht zuzurechnen.

Die Urteile der Berliner Gerichte sind unter dem Gesichtspunkt der Haftungsrisiken für Anwaltskanzleien aus den Tätigkeiten im Rahmen von Kaufvoruntersuchungen Berater-

freundlich ausgefallen.¹⁶⁾ Sollte man die Urteile daher mit Genugtuung zur Kenntnis nehmen und zur Tagesordnung übergehen? Oder ist es auf der Grundlage langjähriger Erfahrung in Due-Diligence-Prozessen angebracht, die anwaltlichen Sorgfaltspflichten unter Berücksichtigung dessen, was der Mandant ohne Überspannung der Sorgfaltspflichten vom Anwalt erwarten kann, angemessen festzulegen? Der Käufer hatte hier die Untersuchung der rechtlichen Verhältnisse des Grundstücks mit dem Hinweis bei der DD-Kanzlei in Auftrag gegeben, ihm sei an der Wirksamkeit des Mietvertrags als wesentlicher wertbildender Faktor des zu erwerbenden Grundstücks gelegen. Mit den im DD-Bericht artikulierten Annahmen und Einschränkungen des Prüfungsumfanges brauchte die DD-Kanzlei letztlich gar nicht mehr zu prüfen, ob der Mietvertrag wirksam abgeschlossen worden war. Sämtliche wesentlichen, insoweit relevanten Aspekte waren Gegenstand von Annahmen (wirksame Unterzeichnung des Mietvertrags – alle notwendigen Bevollmächtigungen lagen vor) bzw. sollten nicht Teil der Untersuchungspflicht der DD-Kanzlei sein (Rechtsform des Mieters).

Ein die wirtschaftlichen Interessen des Mandanten berücksichtigender Wirtschaftsanwalt würde sich im Mandanteninteresse wie folgt verhalten: Er sieht, die Mieterin firmiert unter „... Rechtsanwälte“. Danach war die Wahrscheinlichkeit sehr hoch, dass die Mieter-Kanzlei als GbR (Sozietät) organisiert war. Dann stellte sich die Frage nach der Formwirksamkeit des Abschlusses des Mietvertrags. Hier hätte dem rechtsunkundigen Käufer im Sinne einer Beratung, die dem Mandanten einen Mehrwert verschafft, der Hinweis gegeben werden müssen, dass es sich bei dem Mieter aller Voraussicht nach um eine Sozietät in Form der GbR handelte, zur Wahrung der Formerfordernisse alle Sozien den Mietvertrag unterschreiben mussten, die Zahl der Sozien der Mieter-Kanzlei der DD-Kanzlei nicht bekannt sei, es darauf im Mietvertrag keinen Hinweis gebe¹⁷⁾ und auch anhand öffentlich zugänglicher Urkunden nicht zu überprüfen sei. Die DD-Kanzlei hätte daher dem Käufer nahelegen müssen, beim Verkäufer nach der Rechtsform des Mieters nachzufragen und – wenn es eine GbR war – weiter nachzufragen, wie viele Gesellschafter die GbR zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags Ende 2005 hatte und wer den Mietvertrag unterschrieben hatte. Wenn die DD-Kanzlei mit einem Anwalt des Verkäufers in Kontakt stand, konnte sie diese Fragen direkt an diesen Anwalt richten. Diese Rückfragen waren notwendig, um das Risiko einer Unwirksamkeit des Mietvertrags mit der Mieter-Kanzlei zu prüfen.

Soweit sich diese Fragen nicht vollständig hätten beantworten lassen, war die DD-Kanzlei verpflichtet, im DD-Bericht darauf hinzuweisen, ihr hätten nicht alle angeforderten Unterlagen betreffend die Wirksamkeit des Mietvertrags vorgelegen. Wenn sich die Rechtsform der Mieter-Kanzlei nicht hätte ermitteln lassen und die Zahl bzw. Identität der Gesellschafter

15) LG Berlin v. 14. 9. 2012 – 2 O 540/11, juris Rz. 21.

16) S. auch die Besprechung der Entscheidungen von *Chab*, AnwBl 2014, 444.

17) Laut dem von den Berliner Gerichten mitgeteilten Sachverhalt war weder aus den Unterschriftenzeilen noch aus der Bezeichnung der Parteien am Anfang des Mietvertrages (Rubrum) erkennbar, ob es sich bei der Mieter-Kanzlei um eine GbR handelte und wer deren Gesellschafter waren, KG v. 17. 9. 2013 – 7 U 160/12, juris Rz. 22.

nicht ermittelt werden konnte, hätte die DD-Kanzlei den Käufer darauf hinweisen müssen, dass (i) Anwälte traditionell als GbR organisiert sind, (ii) bei der GbR alle Gesellschafter den Mietvertrag unterschreiben müssen, und (iii) anhand der vorliegenden Kopie des Mietvertrags nicht bestätigt werden könne, ob diese Voraussetzung erfüllt sei. Daher könne die Wirksamkeit des Mietvertrags trotz Nachfrage beim Mandanten/Verkäufer nicht bestätigt werden. Erst mit diesen (naheliegenden) Hinweisen hätte der mit den Formvorschriften für Mietverträge nicht vertraute Käufer die rechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit der Wirksamkeit der Mietverträge beurteilen können und entsprechend in die Verhandlungen mit dem Verkäufer bzw. die Vertragsgestaltung einfließen lassen können. So hätte sich der Käufer die Wirksamkeit des Mietvertrags bis zum 31. 12. 2012 im Grundstückskaufvertrag vom Verkäufer garantieren lassen können. Eine solche Garantie hat der Verkäufer des Grundstücks aber offenbar nicht abgegeben. Sonst wäre ja nicht der DD-Anwalt in Regress genommen worden, sondern der Verkäufer aus der selbstständigen Garantiezusage.¹⁸⁾

Das eventuell vorhandene Wissen über die Verhältnisse der Mieter-Kanzlei aufgrund der Beratung deren Ende 2005 ausgeschiedenen Sozia dürfte hier aber nicht zum Nachteil der DD-Kanzlei unter rechtlicher Betrachtung Berücksichtigung finden, da es ein anderes Mandatsverhältnis betrifft und insofern Verschwiegenheitspflichtungen zu beachten sind. Rein praktisch hätte dieses Wissen natürlich in die Beratung einfließen könnten, wenn es dem den Käufer beratenden Anwalt der DD-Kanzlei bekannt war. Eine organisatorische Pflicht, dieses Wissen verfügbar zu machen, oder gar eine Wissenszurechnung analog § 166 BGB kommt aber angesichts der Grundsätze des anwaltlichen Berufsrechts nicht in Betracht.

Unter auf M&A-Transaktionen spezialisierten Anwälten wird die Due Diligence als sehr haftungsträchtiges Vorgehen im Rahmen der anwaltlichen Tätigkeit angesehen, und das zu Recht: In allen von der rechtlichen Due Diligence erfassten Rechtsgebieten¹⁹⁾ ist der Anwalt gehalten, die für den Erwerb des Kaufobjekts relevanten rechtlichen Aspekte zu untersuchen und die Ergebnisse bzw. verbleibenden, nicht zu klären offenen Themen – alles bezogen auf die aus Sicht des Mandanten im Hinblick auf sein Interesse am Erwerb des Kaufobjekts relevanten rechtlichen Risiken – mitzuteilen. Beim Unternehmenskauf sind regelmäßig die gesellschaftsrechtlichen (beim Anteilskauf²⁰⁾), arbeitsrechtlichen, vertragsrechtlichen, wettbewerbs-, umwelt- und sonstigen öffentlich-rechtlichen Fragen sowie die Verhältnisse bzgl. Rechtsstreitigkeiten, Finanzierung und evtl. weitere Aspekte von Bedeutung. Um eine Due Diligence durchzuführen, muss die DD-Kanzlei also sämtliche erforderlichen Spezialisierungen abdecken oder entsprechend spezialisierte Kanzleien im Wege des Unterauftrags einschalten.

Die Berliner Gerichte schränken den Umfang der anwaltlichen Sorgfaltspflichten im Rahmen der Due Diligence mit dem Hinweis ein, der Anwalt bräuhete keine „abstrakten“ Hinweise in seinem Bericht zu geben, diese seien für den Mandanten nicht von Nutzen. Diese Unterscheidung zwischen „abstrakt-problematisch“ und dem, was das LG Berlin ein „tatsächliches

Problem“ nennt²¹⁾ (gemeint ist wohl „tatsächlich ein Problem“ im Gegensatz zu „abstrakt ein Problem“), ist sicher insoweit sinnvoll, als der Anwalt dem Mandanten keine irrelevanten Risiken abstrakt darzustellen braucht. So braucht der Anwalt z. B. keine Ausführungen zum Risiko der Einlagenrückgewähr zu machen, wenn es hierfür in den Unterlagen, die der Due Diligence zugrunde liegen, keine Anzeichen gibt.

Anders verhält es sich aber in Bezug auf den Mietvertrag mit der Mieter-Kanzlei im Fall des LG Berlin. Das Risiko, nicht alle Gesellschafter der Mieter-Kanzlei hätten den Mietvertrag unterschrieben, war nämlich konkret, nicht nur abstrakt. Zwar mag der Mietvertrag keine Anhaltspunkte dafür enthalten haben, dass Unterschriften fehlen würden, aber die DD-Kanzlei musste die Möglichkeit in Betracht ziehen, die „... Rechtsanwälte“ seien in Form einer GbR organisiert.²²⁾ Für diesen Fall konnte die DD-Kanzlei nicht bestätigen, dass die Unterschriften all derer vorlagen, die zur Zeit des Abschlusses des Mietvertrags Sozien der Mieter-Kanzlei waren. Dieser Hinweis war nicht abstrakt, sondern konkret, weil dieses Risiko tatsächlich bestand – und sich ja in der Folge auch realisiert hat.

III. Möglichkeiten zur Begrenzung der Sorgfaltspflichten bei einer Due Diligence

Es entspricht heutigem Standard, gerade bei komplexeren Projekten Mandatsvereinbarungen abzuschließen. Darin wird insbesondere der Umfang der Tätigkeit des Anwalts festgelegt und eine Begrenzung seiner Haftung vereinbart. Zur Wahrung der Transparenz gegenüber dem Mandanten muss eine regelmäßige ebenfalls getroffene Vergütungsvereinbarung von den Regelungen der Mandatsvereinbarung deutlich abgesetzt sein (§ 3a Abs. 1 Satz 2 RVG). Die vertragliche Festlegung der Tätigkeiten, die der Anwalt durchzuführen hat, soll umgekehrt auch klarstellen, dass er alle anderen ggf. von ihm zu erwartenden Untersuchungen nicht zu erledigen braucht. In diesem Zusammenhang ist darauf zu achten, dass die Mandatsvereinbarung nicht deswegen unwirksam ist, weil der Mandant über die Risiken der Einschränkung des Tätigkeitsumfangs nicht ausreichend aufgeklärt war. Dieser Aspekt könnte in der hier besprochenen Fallkonstellation hinsichtlich der von der DD-Kanzlei postulierten Annahme, der Mietvertrag sei wirksam abgeschlossen, relevant sein. Grund dafür ist, dass infolge dieser Annahme der Mandant nicht auf die Besonderheiten beim Abschluss des Mietvertrags mit einer GbR (Anwaltssozietät) hingewiesen worden ist (nämlich das Erfordernis der Unterschrift aller Sozien).²³⁾ Nach Ansicht der Berliner Gerichte war dieser Hinweis aber gar nicht erforderlich, weil

18) Zur Bedeutung von selbstständigen Garantiezusagen nach § 311 Abs. 1 BGB beim Unternehmenskauf s. *Stamer*, in: Knott, Unternehmenskauf, 5. Aufl., 2017, Rz. 237.

19) S. zu den von der Legal Due Diligence potentiell erfassten Rechtsgebieten *Becker/Voß* (Fußn. 3), Rz. 40.

20) *Becker/Voß* (Fußn. 3), Rz. 120.

21) S. LG Berlin v. 14. 9. 2012 – 2 O 540/11, juris Rz. 20 f.

22) A. A. (die Annahmen und Einschränkungen der Berliner Gerichte akzeptierend) *Beisel*, in: *Beisel/Klump*, Der Unternehmenskauf, 7. Aufl., 2016, § 2 (Due Diligence) Rz. 53.b.

23) Im hier dargestellten Sinne für eine Art „teleologisch reduzierte Auslegung“ der Annahme im DD-Bericht, alle Dokumente seien vollwirksam und gültig, LG Düsseldorf AnwBl 2014, 450 = juris Rz. 37.

die DD-Kanzlei nicht davon ausgehen musste, Mieterin könne eine GbR sein.

In dem im Ergebnis das Urteil des LG bestätigende Berufungs-urteil vom 17. 9. 2013 führte das KG eine anders Begründung an als das LG. Das LG hob generell die Einschränkung des Prüfungsumfangs bei Due-Diligence-Aufträgen für Anwälte hervor.²⁴⁾ Das KG beurteilte den Umfang des Mandats dagegen auf der Basis der Annahmen und Einschränkungen zum Umfang der Prüfungspflicht, die die DD-Kanzlei im DD-Bericht gemacht hatte. Diese seien für den Käufer verbindlich, da er nicht verlangt hatte, dass z. B. der wirksame Abschluss des Mietvertrages mit der Mieter-Kanzlei geprüft werde. Der konkrete Umfang der anwaltlichen Pflichten richte sich, so das KG, nach dem erteilten Mandat und den Umständen des Einzelfalls.²⁵⁾ Der rechtsunkundige Käufer konnte aber gar nicht die Problematik erkennen, ob der Mietvertrag mit der Mieter-Kanzlei wirksam abgeschlossen war. Ihm war ja gar nicht bekannt, dass ein Mietvertrag mit einer GbR von allen Gesellschaftern der GbR unterschrieben werden muss.

Praktisch kommen danach zur Festlegung des Umfangs der Prüfungspflichten des Anwalts zwei Zeitpunkte in Betracht, um den Pflichtenumfang festzulegen: derjenige der Mandatserteilung (nachfolgend 1) und derjenige der Erstellung des DD-Berichts (nachfolgend 2).

1. Bei Mandatserteilung

Zunächst kann eine mit einer Due-Diligence-Prüfung beauftragte Kanzlei ihren Prüfungsumfang bei der Mandatserteilung im Grundsatz auf die zur Verfügung gestellten Unterlagen beschränken. Dies geschieht primär durch Vereinbarung entsprechender Bedingungen in der Mandatsvereinbarung (Engagement Letter).²⁶⁾ Der Vorteil dieses Vorgehens ist, dass der Hinweis vor Beginn der Arbeiten der beauftragten Kanzlei erfolgt und gegebenenfalls noch verhandelt werden kann. Der Mandant kann Fragen stellen und vor Aufnahme der Prüfungstätigkeiten Aufklärung über die Risiken erhalten, die sich aus dieser Einschränkung des Prüfungsumfangs im Rahmen der Due Diligence ergeben. Allerdings muss die DD-Kanzlei darauf achten, dass sie durch solche Hinweise die Due-Diligence-Prüfung nicht ihres eigentlichen Inhalts entleert, indem diejenigen Aspekte Gegenstand von Annahmen oder Einschränkungen sind, welche gerade Gegenstand der Due-Diligence-Prüfungen sein sollen, wie etwa der wirksame Abschluss des Mietvertrags mit der Mieter-Kanzlei im Fall, der den Entscheidungen der Berliner Gerichte zugrunde lag.

Einschränkungen des Prüfungsumfangs der DD spielten in dem Fall eine Rolle, der dem Urteil des LG Düsseldorf vom 15. 10. 2013²⁷⁾ zugrunde lag. Dieses hatte sich mit dem Umfang der Prüfungspflichten des Anwalts im Falle einer sog. Red-Flag Due Diligence zu befassen. Ausweislich der Mandatsvereinbarung sollte die DD-Kanzlei nämlich nur sog. Dealbreaker im DD-Bericht darstellen. Damit sind solche Risiken gemeint, die für den Abschluss des in Aussicht genommenen Unternehmenskaufs wesentlich sein könnten. Dafür musste die DD-Kanzlei aber dennoch umfassend Due-Diligence-Prüfungsmaßnahmen vornehmen.²⁸⁾ Sie hatte zum einen Art und Höhe von Schadensrisiken festzustellen und darüber hinaus

deren Eintrittswahrscheinlichkeit zu prüfen.²⁹⁾ Auch ein hohes Schadensrisiko mit geringer Eintrittswahrscheinlichkeit kann einen Dealbreaker darstellen.

Bei der Beurteilung, ob ein Dealbreaker vorliegt, kommt es maßgeblich auf die Wahrscheinlichkeit an, inwieweit die Verwirklichung des betreffenden Risikos zu erwarten ist.³⁰⁾ Je höher der zu befürchtende Schaden ist, desto geringer sind die Anforderungen, die an die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung des betreffenden Risikos zu stellen sind. Trotzdem muss das Risiko realistisch und nicht nur abstrakter Natur sein.³¹⁾ Im Fall des LG Düsseldorf gab es im Zeitpunkt der Prüfung durch die DD-Kanzlei noch gar keine Rechtsprechung zu dem betreffenden Risiko,³²⁾ und die Diskussion der relevanten juristischen Fragestellung im Schrifttum war noch schwach entwickelt.³³⁾ Vor diesem Hintergrund hat das LG Düsseldorf im Ergebnis das Vorliegen eines Dealbreakers zum Zeitpunkt des Abschlusses des Unternehmenskaufvertrages verneint.³⁴⁾

2. Hinweise im DD-Bericht

Hinweise auf den eingeschränkten Umfang der Prüfungstätigkeit, die die DD-Kanzlei erst im DD-Report erteilt, sind zunächst rein einseitiger Natur. Im Hinblick auf die Frage, ob eine Kanzlei durch Hinweise im DD-Bericht, sie sei von der Wirksamkeit und Vollständigkeit der ihr überlassenen Dokumente ausgegangen, ihren Prüfungsumfang begrenzen kann, weichen die Entscheidungen des KG vom 17. 9. 2013 und des LG Düsseldorf vom 15. 10. 2013 voneinander ab.³⁵⁾

Laut Urteil des LG Düsseldorf vom 15. 10. 2013³⁶⁾ soll die im DD-Bericht zum Ausdruck gebrachte Annahme, alle Unterlagen seien in der der DD-Kanzlei vorliegenden Form rechtswirksam, falls nicht explizit anders angegeben, auf die Prüfung von Unterlagen, die Dealbreaker enthalten könnten, nicht anwendbar sein. Im Übrigen wird sie in der Entscheidung aber als wirksam angesehen. In der Literatur geht eine Ansicht noch weiter.³⁷⁾ Danach soll eine Beschränkung des Pflichtenumfangs der DD-Kanzlei allein durch Hinweise im DD-Bericht überhaupt nicht zulässig sein. Für diese Meinung spricht der einseitige Charakter solcher nach Mandatierung erst im DD-Bericht abgegebenen Erklärungen der DD-Kanzlei. Es kann in diesem Fall auch an einer ausreichenden Aufklärung des Mandanten fehlen.³⁸⁾

24) S. dazu die Ausführungen im Urteil v. 14. 9. 2012 – 2 O 540/11, juris Rz. 20 f.

25) KG v. 17. 9. 2013 – 7 U 160/12, AnwBl 2014, 449 = juris Rz. 18 unter Verweis auf die Rechtsprechung des BGH.

26) KG AnwBl 2014, 449 = juris Rz. 20.

27) LG Düsseldorf AnwBl 2014, 450.

28) LG Düsseldorf AnwBl 2014, 450 = juris Rz. 28.

29) S. zur Red-Flag Due Diligence (im Unterschied zur Full-Scope Due Diligence) *Becker/Voß* (Fußn. 3), Rz. 115 f.

30) LG Düsseldorf AnwBl 2014, 450 = juris Rz. 39.

31) LG Düsseldorf AnwBl 2014, 450 = juris Rz. 46.

32) Es ging um die Tariffähigkeit einer Gewerkschaft und die im Falle einer Tariffähigkeit drohenden Nachzahlungen insbesondere von Sozialversicherungsabgaben.

33) LG Düsseldorf AnwBl 2014, 450 = juris Rz. 45.

34) LG Düsseldorf AnwBl 2014, 450 = juris Rz. 38 ff.

35) S. dazu schon oben Fußn. 23.

36) LG Düsseldorf AnwBl 2014, 450 = juris Rz. 35 – 37; dazu *Becker/Voß* (Fußn. 3), Rz. 115 f.

37) *Semler*, in: Festschrift Quack, 1991, S. 439, 440.

38) S. dazu schon oben III 1. Absatz.

Nach dem Berufungsurteil des KG vom 17. 9. 2013 sind die einseitigen Einschränkungen, die die DD-Kanzlei im DD-Bericht artikuliert, für den Prüfungsumfang der DD-Kanzlei maßgebend. Die Entgegennahme des DD-Berichts wird als Zustimmung zu den darin enthaltenen Ausführungen betreffend den eingeschränkten Prüfungsumfang angesehen. Wenn der Mandant nicht einverstanden ist, kann er die im DD-Bericht enthaltenen Einschränkungen ganz oder teilweise ablehnen und Nacherfüllung im Hinblick auf die Due-Diligence-Arbeiten verlangen (§ 635 BGB). Dieser Anspruch ist nach dem insoweit maßgeblichen Werkvertragsrecht³⁹⁾ dem Recht, Schadensersatz zu verlangen, vorgelagert. Erweiterte Hinweispflichten bestehen nach Ansicht des KG nur dann, wenn aus der Prüfung der Dokumente erkennbar ist, dass für die Beurteilung von in der Due Diligence zu prüfenden wesentlichen Fragen Unterlagen oder Informationen offensichtlich fehlen bzw. Zweifel an der Richtigkeit der allgemein ausgesprochenen Annahmen und Angemessenheit der Einschränkungen des Prüfungsumfangs bestehen.⁴⁰⁾ Allerdings gilt der Vorrang der Nacherfüllung nicht in denjenigen Fällen, in welchen Ersatz von Mangelfolgeschäden geltend gemacht wird,⁴¹⁾ wie in dem hier besprochenen Sachverhalt (Schadensersatz wegen Mietausfalls aufgrund vorzeitiger Kündigung des Mietvertrags mit der Mieter-Kanzlei).

IV. Empfehlungen für die Praxis

Es empfiehlt sich für den DD-Anwalt, den Mandanten nicht erstmals im DD-Bericht mit Klauseln zu konfrontieren, die Annahmen und sonstige Beschränkungen des Prüfungsumfangs enthalten. Der DD-Anwalt sollte diese Klauseln entweder schon in der Mandatsvereinbarung festlegen oder in der Mandatsvereinbarung jedenfalls eine „Öffnungsklausel“ vorsehen, in der angekündigt wird, im DD-Bericht gewisse Annahmen zu treffen und Einschränkungen des Prüfungsumfangs vorzusehen. Diese sollen nur dann nicht gelten, wenn im Hinblick auf eine für den Mandanten wesentliche Frage der Due-Diligence-Prüfung für den DD-Anwalt offensichtlich ist, dass weitere Unterlagen oder Informationen benötigt werden.

Annahmen und Einschränkungen sollten keinesfalls so weit reichen, dass der Anwalt nicht die für die Kauf- oder sonstige Entscheidung des Mandanten wesentlichen Themen soweit als möglich vollständig prüft und auf bestehenbleibende un-

beantwortete Fragen hinweisen muss. Dabei ist die Angemessenheit von Annahmen und Einschränkungen des Prüfungsumfangs im konkreten Kontext genau zu hinterfragen. Der Anwalt muss sich vor Augen halten, was die Anwendung der Annahmen und der Restriktionen des Prüfungsumfangs im konkreten Kontext für die Durchführung der Due-Diligence-Prüfung unter Berücksichtigung der Interessen des Mandanten für diesen bedeutet und sie entsprechend risikobezogen⁴²⁾ anwenden. Bei denjenigen Themen, an deren Prüfung der Mandant aufgrund ausdrücklichen Hinweises oder infolge des rechtlichen und wirtschaftlichen Umfelds der Transaktion nach vernünftiger Einschätzung des Transaktionsanwalts ein Interesse haben muss, kann der Anwalt sich nicht auf allgemein formulierte Annahmen und Einschränkungen des Prüfungsumfangs berufen. Nur dann bekommt der Mandant wirklich value for money.

Bei der Red-Flag Due Diligence ist der Prüfungsumfang in Bezug auf das zu erwerbende Unternehmen thematisch nicht limitiert, aber es werden im DD-Bericht nur diejenigen Risiken dargestellt, die potentiell Dealbreaker sein können. Ein anderer Ansatz, dem hohen Kostendruck sowie gleichzeitig hohem Risiko bei auf Due Diligence gerichteten Aufträgen zu begegnen, ist folgender: In enger Abstimmung mit dem Mandanten den Umfang der Prüfung auf bestimmte Themen konzentrieren, die aufgrund der Verhältnisse am Markt, in dem das Zielunternehmen tätig ist, sowie der spezifischen Verhältnisse des Zielunternehmens selbst als risikobehaftet einzuschätzen sind. Soweit der DD-Bericht auch der Entscheidung über die Gewährung von Fremdfinanzierung dient oder Grundlage einer Gewährleistungsversicherung sein soll, lassen sich Beschränkungen des Umfangs der Due-Diligence-Prüfung nur allerdings nur schwer durchsetzen.



Selbststudium nach § 15 FAO mit der ZIP:

Zum Beitrag finden Sie einen Multiple-Choice-Test als Lernerfolgskontrolle (Fortbildungsnachweis über eine Zeitstunde) bis zum 12. 1. 2020 unter zip-online.de/15FAO.

39) S. dazu KG AnwBl 2014, 449 = juris Rz. 21.

40) KG AnwBl 2014, 449 = juris Rz. 22.

41) Palandt/Sprau (Fußn. 4), § 634 Rz. 17.

42) „Teleologisch reduziert“, s. oben Fußn. 23.