

GUTACHTEN

Dokumentnummer: 11507
letzte Aktualisierung: 16.05.2008

BeurkG §§ 9 Abs. 1 S. 2, 13a, 14; BGB § 311b Abs. 1; GmbHG § 15 Abs. 3 u. 4
Bezugnahme auf eine zu Beweis Zwecken beigelegte oder beim Notar verwahrte, aber nicht mitverlesene CD-ROM mit due diligence-Dokumenten bei Beurkundung eines Unternehmenskaufvertrages

I. Sachverhalt

Die im Rahmen eines Unternehmenskaufvertrages dem Käufer für dessen „due diligence“ zur Verfügung gestellten Geschäftsunterlagen sind auf einer CD-ROM enthalten und sollen als solche zu Beweis Zwecken als Anlage zum Vertrag genommen, aber nicht verlesen werden.

II. Fragen

1. Müssen auch die due diligence-Unterlagen mitbeurkundet und mitverlesen werden, wenn sich Erklärungen der Vertragsbeteiligten in der Niederschrift hierauf beziehen (etwa die Erklärung des Verkäufers, dass er dem Käufer alle Unterlagen über bestimmte Rechtsverhältnisse zur Verfügung gestellt habe, oder die Erklärung des Käufers, dass er eine bestimmte Frist vor Kaufvertragsschluss Einsicht in die im Datenraum zur Verfügung gestellten Unterlagen hatte)?
2. Kann – sofern die Dokumente nicht beurkundungsbedürftig sind – die CD-ROM zu Beweis Zwecken als Anlage zur Niederschrift genommen werden?

III. Zur Rechtslage

1. Beurkundungserfordernis – Grundsätze

a) Umfang des Beurkundungserfordernisses

Das Beurkundungserfordernis des schuldrechtlichen Veräußerungsvertrages nach § 15 Abs. 4 GmbHG (ebenso wie nach § 311b Abs. 1 BGB) umfasst nach einer von der Rechtsprechung zu § 313 BGB a. F. entwickelten Formel alle Vereinbarungen, mit denen der Kaufvertrag „steht und fällt“ – bzw. nach neuerer Rechtsprechung präziser, alle Vereinbarungen, von denen das beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäft abhängt.

b) Abgrenzung von unechter Bezugnahme

Beurkundungsbedürftig sind die **gesamten rechtsgeschäftlichen Erklärungen** der Beteiligten, einschließlich der durch Verweisung auf anderweitige Urkunden erfolgten Erklärung. Davon abzugrenzen sind die Fälle, in denen die Verweisung keine eigene Erklärung von den Beteiligten enthält, sondern einen bloßen Hinweis auf dem Rechtsgeschäft zugrunde liegende Tatsachen oder Rechtsverhältnisse oder anderweitig bereits abgegebene und als solche auch bereits wirksame Erklärung, wobei die Verweisung nur der näheren Identifizierung oder der Auslegung dessen dient, was bereits zum Inhalt der Erklärung (und im Fall der Beurkundung auch der notariellen Niederschrift) gemacht wurde.

Beurkundungsrechtlich spricht man dann nicht von einer Verweisung im Sinne der §§ 9 Abs. 1 Satz 2, 13a BeurkG, sondern von einer unechten Verweisung **oder unechten Bezugnahme**. Was materiell-rechtlich beurkundungsbedürftig ist, kann daher nur entweder in der Urkunde selbst, in einer Anlage nach § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG oder in einer Verweisungsurkunde nach § 13a BeurkG enthalten sein (ggf. mit den Formerleichterungen des § 14 BeurkG). Im Übrigen genügt jedoch beurkundungsrechtlich eine unechte Bezugnahme (Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 13a BeurkG Rn. 20; Limmer, in: Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 2. Aufl. 2004, § 9 BeurkG Rn. 11; v. Schuckmann/Renner, in: Huhn/von Schuckmann, BeurkG, 4. Aufl. 2003, § 9 BeurkG Rn. 24 ff. Staudinger/Wufka, BGB, 2006, § 311b Abs. 1 BGB Rn. 231; Staudinger/Hertel, BGB, 2004, vor §§127a/128 BGB Rn. 407).

Eine bloße unechte Bezugnahme hat die Rechtsprechung bisher zum einen bei der Übernahme von Rechten bzw. Pflichten (**Schuldübernahme**) und beim Eintritt in ein bestehendes Vertragsverhältnis (insbesondere Mietverhältnis) anerkannt, ebenso bei der Übertragung von Rechten. Beurkundungsbedürftig ist hier lediglich die Verpflichtung

zur Schuldübernahme, Vertragseintritt etc. und deren Erfüllungen, nicht aber die übernommene Schuld oder das Rechtsverhältnis als solche; insoweit genügt es, das betroffene Rechtsverhältnis lediglich zur Identifizierung in der Übernahme- bzw. Beitrittserklärung erläuternd zu bezeichnen (BGHZ 75, 15 = DNotZ 1979 m. Anm. Schippel = NJW 1979, 2387; BGHZ 125, 235, 238 = DNotZ 1994, 476 = NJW 1994, 1347 = ZIP 1994, 888; Hagen, DNotZ 1984, 267; Brambring, DNotZ 1980, 281; Limmer, in: Eylmann/Vaasen, § 9 BeurkG Rn. 13; Winkler, § 13a BeurkG Rn. 24; v. Schuckmann/Renner, in: Huhn/von Schuckmann, § 9 BeurkG Rn. 34; Staudinger/Wufka, § 311b Abs. 1 BGB Rn. 231; Staudinger/Hertel, vor §§127a/128 BGB Rn. 128).

Auch wenn sich der Verkäufer in einem Grundstückskaufvertrag zur Übertragung der Rechte an der vorhandenen **Baugenehmigungsplanung** verpflichtet, gehört bei diesem Grundstücks- und Rechtskauf der bestehende Bauvorbescheid und die vorhandenen Planungsunterlagen als Inhalt der Genehmigungsplanung im Sinn eines Identifizierungsbehelfes nicht zum Regelungsinhalt des Kaufvertrages und sind damit nicht beurkundungspflichtig (BGH DNotZ 1999, 50 m. Anm. Kanzleiter = NJW 1998, 3197 = WM 1998, 1886 = ZIP 1998, 1593).

Inhalt der rechtsgeschäftlichen Erklärung und damit beurkundungsbedürftig ist hingegen die **Baubeschreibung** beim Bauträgervertrag, da diese die vom Bauträger eingegangene Bauverpflichtung erst näher beschreibt (BGHZ 69, 266; BGHZ 74, 348; BGH NJW 1979, 1495; DNotZ 1979, 682 = NJW 1979, 1984; OLG Celle OLG-Report 1998, 349; Limmer, in: Eylmann/Vaasen, § 9 BeurkG Rn. 16; Winkler, § 13a BeurkG Rn. 31; v. Schuckmann/Renner, in: Huhn/von Schuckmann, § 9 BeurkG Rn. 36).

c) **Kein gesetzliches Beurkundungserfordernis für Wissenserklärungen**

Reine **Wissenserklärungen** sind demgegenüber nicht vom gesetzlichen Beurkundungserfordernis nach § 311b Abs. 1 BGB oder § 15 Abs. 4 GmbHG erfasst (BGH DNotZ 1986, 78 = WM 1985, 699; BGH BGHR § 313 Satz 1 BGB Vollständigkeitsvermutung 1 = BGHR § 415 Abs. 1 ZPO Beweiskraft 1; BGH DNotI-Report 2003, 109 = DNotZ 2003, 696 = MDR 2003, 982 = NJW 2003, 2380 = NotBZ 2003, 265 = WM 2003, 1956; Staudinger/Hertel, BGB, 2004, vor §§ 127a/128 BGB Rn. 129 und 407; Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, Teil 2 Rn. 375; Staudinger/Wufka, BGB, 2006, § 311b Abs. 1 BGB Rn. 157; ähnlich Winkler, § 9 BeurkG Rn. 15; v. Schuckmann/Renner, in: Huhn/v. Schuckmann, § 9 BeurkG Rn. 18; Limmer, in: Eylmann/Vaasen, § 9 BeurkG Rn. 6). Ihre Mitbeurkundung kann sich allerdings zu Beweis Zwecken empfehlen und insofern von den Beteiligten gewünscht werden (Hertel, in: Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 9. Aufl. 2008, Rn. 315).

In der Rechtsprechung des **BGH** lässt sich die Abgrenzung etwa an einer Entscheidung zu einer Vertragsklausel belegen, wonach ein **Bodengutachten**, das nach der Baubeschreibung bei der Fundamentierung eines zu errichtenden Gebäudes „zu beachten“ war, aber nicht die vertragliche Beschaffenheit des Gebäudes bestimmte, keiner Beurkundung bedurfte (BGH DNotI-Report 2003, 85 = DNotZ 2003, 698 = NJW-RR 2003, 1136 = ZNotP 2003, 216).

d) Beurkundungserfordernis einer Garantie, Beschaffenheitsvereinbarung, Zusicherung

Als Zwischenergebnis lässt sich feststellen: Die Übernahme einer **Garantie** oder eine **Beschaffenheitsvereinbarung** ist vom Formbedürfnis des Veräußerungsvertrages nach § 311b Abs. 1 BGB bzw. § 15 Abs. 4 GmbHG umfasst (Staudinger/Wufka, § 311b Abs. 1 BGB Rn. 164; Brambring, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 4. Aufl. 2006, A I Rn. 138). Dasselbe galt für eine Zusicherung nach altem Schuldrecht (BGH DNotZ 1989, 773 = NJW 1989, 2050; KG KG-Report 1994, 133 = MDR 1995, 37; OLG Hamm IBR 1996, 437 = OLG-Report 1996, 182; Heckschen, in: Beck'sches Notar-Handbuch, A I Rn. 196).

Als bloße Wissenserklärung nicht beurkundungsbedürftig ist demgegenüber die bloße **Offenbarung von Sach- oder Rechtsmängeln** oder die bloße Mitteilung der Beschaffenheit.

2. Literatur zum Beurkundungserfordernis beim Unternehmenskauf

a) Bezugnahme auf Datenraum

Als **Datenraum** werden die bei einem Unternehmenskaufvertrag im Rahmen der Due Diligence-Prüfung dem Erwerbsinteressenten entweder in Papierform oder in elektronischer Form zur Verfügung gestellten ausgewählten Unterlagen über das zu erwerbende Unternehmen bezeichnet. Der Datenraum kann sowohl für Erklärungen des Veräußerers wie des Erwerbers eine Rolle spielen. So kann der Veräußerer etwa erklären, dass der Datenraum alle hinsichtlich bestimmter Aspekte relevanten Daten (Verträge etc.) enthält. Andererseits kann der Erwerber erklären, dass er sich im Datenraum enthaltene Informationen als bekannt entgegenhalten lassen muss (sei es im Hinblick auf Offenbarungspflichten des Veräußerers, sei es im Hinblick auf den Verlust von Gewährleistungsrechten bei Kenntnis insbes. nach § 442 BGB).

In der **Literatur** schreibt *Hermanns* (ZIP 2006, 2296, 2301) ausdrücklich, dass bei Bezugnahme in rechtsgeschäftlichen Erklärungen im Rahmen eines Unterkaufvertrages

auf einen Datenraum zwar die Erklärung über den Datenraum beurkundungsbedürftig ist, nicht der Datenraum als solcher.

Indirekt ergibt sich z. T. auch aus veröffentlichten Formulierungen, dass nicht der Datenraum selbst in den Vertrag mit aufgenommen wird, sondern allenfalls eine Liste der darin enthaltenen Dokumente, so etwa *Lips/Stratz/Rado* (wobei allerdings nicht ausdrücklich angeführt ist, ob der betroffene Unternehmenskaufvertrag beurkundungsbedürftig ist; jedoch ist an anderer Stelle – § 4 Rn. 418 – erwähnt, dass i. d. R. der gesamte Vertrag einschließlich Anlagen beurkundungsbedürftig ist):

„Eine Haftung des Veräußerers ist ausgeschlossen, wenn und soweit der Käufer davon Kenntnis hatte oder bei Beachtung der geschäftsüblichen Sorgfalt hätte Kenntnis davon haben müssen, dass Sachverhalte, Ereignisse, Unterlassungen, Dokumente, Erklärungen oder sonstige Umstände bestehen, nach denen eine oder mehrere Garantieerklärungen des Veräußerers zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unrichtig oder unvollständig waren. Hierbei gelten insbesondere alle Dokumente, Daten, Informationen und Umstände, die dem Käufer oder einem seiner Berater im Rahmen der Due Diligence-Prüfung zugänglich gemacht worden sind, als dem Käufer bekannt. Im Rahmen dessen gelten insbesondere alle Informationen, die dem Käufer während des Due Diligence-Prozesses im data-room zur Verfügung gestellt wurden, insbesondere diejenigen Dokumente, die in dem in der Anlage [...] beigefügten Datenraumindex aufgeführt sind, als dem Käufer bekannt.“

(Lips/Stratz/Rado, in: Beck'sches Mandats-Handbuch Unternehmenskauf, 2004, § 4 Rn. 147).

Ansonsten ist jedenfalls in den Darstellungen zum Datenraum, soweit ersichtlich, nirgends ein Beurkundungserfordernis bejaht – auch nicht, soweit sich Erklärungen einer Vertragspartei auf den Datenraum beziehen (vgl. etwa Semler, in: Hölters, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, 6. Aufl. 2005, Teil VII, Rn. 32-38).

b) Bezugnahme auf Bilanzen oder Bestandsverzeichnisse

Vergleichbar ist jedoch die Frage, inwieweit bei einer Bezugnahme auf Dokumente in Anlagen eine Mitbeurkundung der Anlage erforderlich ist. Hierzu finden sich diverse **Literaturstimmen**.

aa) Einleuchtend erscheint uns die Unterscheidung von *Wolfsteiner*:

- Beurkundungsbedürftig ist der **Inhalt einer Garantie**, Zusicherung oder Beschaffenheitsvereinbarung (etwa dass nur bestimmte, aufgelistete Verträge, Rechtsverhältnisse etc. bestehen). Bei einer Garantie, dass alle Bilanzen nach den gesetzlichen Vorschriften erstellt wurden (oder für alle Gebäude, Produktionsprozesse etc. die gesetzlich erforderlichen Genehmigungen vorliegen), muss hingegen der Inhalt der Bilanzen (bzw. die Art der einzelnen Gebäude etc.) nicht mitbeurkundet werden, da er nicht Inhalt der Garantie ist.
- Soweit der Inhalt von Auflistungen beurkundungsbedürftig ist, greift verfahrensrechtlich der mögliche Verzicht auf die Verlesung nach § 14 BeurkG.

So schreibt *Wolfsteiner*:

„Bezieht sie (gemeint: die Bilanzgarantie) sich – ... – auf eine bereits erstellte **Bilanz**, so ist sie der Urkunde als zu verlesende Anlage oder gemäß § 14 BeurkG beizufügen. Ob weitere Bestandteile des Jahresabschlusses beizufügen sind, insbesondere die Gewinn- und Verlustrechnung (§§ 275 ff. HGB) oder der Anhang (§§ 284 ff. HGB), richtet sich nach den Details der zu leistenden Garantien. Bei einer allgemein gehaltenen Zusicherung, dass eine bereits festgestellte Bilanz den gesetzlichen Vorschriften entspreche, kann auf die Beifügung ganz verzichtet werden.“

(*Wolfsteiner*, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl. 2001, § 34 Rn. 22).

Darüber hinaus sieht *Wolfsteiner* eine Beurkundung hinsichtlich folgender Garantien bzw. Erklärungen in zu verlesenden Anlagen vor:

- „Der Verkäufer gewährleistet, dass die in Anlage 6 der Verweisungsurkunde aufgeführten **Marken**, Patente, Gebrauchs- und Geschmacksmuster unange-

flichten bestehen ..., dass das Unternehmen über den Vertrag Anlage 7 zu dieser Urkunde näher geregelte Lizenz verfügt ..., dass über das im Anhang aufgeführte hinaus keine **Haftung** für fremde Verbindlichkeiten bestehen, auch nicht aus Patronatserklärungen und ähnlichen nicht direkt rechtsverbindlichen Erklärungen ...“ (ebenda § 34 Rn. 28 M).

- Der Verkäufer erklärt, „dass über die in einer Liste nach Namen, Beschäftigungsdauer, Vergütungsansprüchen, Urlaubsansprüchen, Kündigungs-, Schadens- und Versorgungsansprüchen zu erfassenden **Beschäftigungsverhältnissen** hinaus keine weiteren Anstellungsverhältnisse bestehen und es keine Ansprüche der Arbeitnehmer über die in der Liste erfassten hinausbestehen“ (ebenda § 34 Rn. 30).
- Eine Gewährleistung dafür „dass das Unternehmen nur in die in Anlage 14 der Verweisungsurkunde im Einzelnen aufgeführten **Aktiv- und Passivprozesse** verwickelt ist ...“ (ebenda § 34 Rn. 33 M).

bb) Ähnlich – wenn auch ohne Begründung – ist der Formulierungsvorschlag von *Knott/Mielke/Weidlich*. Dort sind u. a. für folgende Garantien mitverlesene (Rn. 340) Anlagen vorgesehen:

- Das Nichtbestehen von Stimmbindungs- oder **Unternehmensverträgen** im Sinne des § 292 AktG
- „Anlage ... zu diesem Vertrag enthält eine richtige und vollständige Aufstellung aller in- und ausländischen gewerblichen **Schutzrechte** ...“
- „Die Gesellschaft verfügt über das alleinige und unbeschränkte Eigentum an allen in ihrem Geschäftsbetrieb genutzten Gegenstände des im verbindlichen zwischen abschlussbilanzierten **Anlagevermögen** ist, soweit nicht etwas anderes in Anlage ... aufgeführt ist“.
- „Anlage ... zu diesem Vertrag enthält eine richtige und vollständige Aufstellung folgender für den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft wichtiger (schriftlich oder mündlich abgeschlossene) **Verträge** und Verpflichtungen der Gesellschaft ...“
- „Anlage ... enthält eine richtige und vollständige Aufstellung aller von der Gesellschaft beschäftigten **Mitarbeiter** mit Angaben zu den jährlichen Bruttogesamtbezügen, sowie Kündigungsfristen, Sonderkündigungsschutz ...“ (Knott/Mielke/Weidlich, Unternehmenskauf, 2001, Rn. 251, 254, 259, 284, 340).

Nicht vorgesehen ist hingegen eine Mitbeurkundung der **Bilanzen**:

„Bezogen auf den Tag der jeweiligen Testatserteilung sind die Jahresabschlüsse der Gesellschaft für die letzten 3 Geschäftsjahre ... unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften, der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung ... aufgestellt worden und vermittelt unter Berücksichtigung ein den jeweiligen tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft“ (ebenda Rn. 271).

- cc) Ähnlich sieht *Hermanns* ebenfalls eine Mitbeurkundung diverser **Listen von Verträgen** der Gesellschaft sowie einer Inventarliste vor, aber **keine Mitbeurkundung des Jahresabschlusses**, hinsichtlich dessen der Verkäufer nur allgemein die Erstellung nach den gesetzlichen Regeln einzustehen hat (*Hermanns*, ZIP 2002, 696, 700; ders. ZIP 2006, 2296, 2301).
- dd) Etwas weitergehend, aber noch auf derselben Grundlinie sieht *Rombach* in seinem Formulierungsmuster zur Gewährleistung beim Unternehmenskauf nicht nur eine abschließende Liste besonders wichtiger **Verträge** als (verlesene) Anlage vor, sondern auch eine Mitbeurkundung des **Jahresabschlusses**, obwohl diesbezüglich nur die allgemeine Garantie der gesetzmäßigen Aufstellung gegeben wird (*Rombach*, in: *Amann/Brambring/Hertel*, Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht, 2. Aufl. 2002, S. 568 f.).
- ee) Ebenso wie *Rombach* sieht auch *Gerber* (in: *Würzburger Notarhandbuch*, Teil 5 Rn. 1120) eine Mitbeurkundung sowohl der Listen über Verträge und Vermögensgegenstände etc. wie des Jahresabschlusses (trotz nur allgemeiner Garantie der gesetzmäßigen Erstellung) vor.
- ff) Abweichend verneint *Meyer-Sparenberg* ein gesetzliches Beurkundungserfordernis für den Inhalt einer Garantie, dass bestimmte Erklärungen richtig sind (möglicherweise weil er dies als Wissenserklärung ansieht). Wollen die Beteiligten hingegen eine Mitbeurkundung zu Beweis Zwecken, so erwähnt er nur die Beurkundung als Bestandsverzeichnis nach § 14 BeurkG bzw. durch Verweisungsurkunde nach § 13a BeurkG, nicht aber die Möglichkeit einer bloßen Beifügung zu Beweis Zwecken (ohne Mitbeurkundung).

Die betreffende Vertragsklausel lautet:

„§ 5 Gewährleistungen des Verkäufers

Die Verkäuferin übernimmt eine selbständige Einstandspflicht im Sinne des § 311 BGB dafür, dass die nachfolgenden Angaben

(nachfolgend „Gewährleistungen“), soweit sie nicht ausdrücklich auf einen bestimmten Zeitpunkt abgegeben werden, am Tag der Unterzeichnung dieses Vertrages zutreffend sind und am Stichtag zutreffend sein werden. ...

(1) ...

(3) Vermögensgegenstände

a) ...

b) Anlage 5 führt alle im Eigentum der Gesellschaft stehenden oder von ihr gemieteten oder genutzten Grundstücke und Räumlichkeiten („Grundbesitz“) auf. Vor Abschluss dieses Vertrages wurden der Verkäuferin vollständige, aktuelle Grundbuchauszüge und Kopien der Mietverträge über Grundbesitz übergeben.²⁵ Die Gesellschaft ist zur unbeschränkten Nutzung des Grundbesitzes berechtigt, vorbehaltlich der im Grundbuch eingetragenen Belastungen sowie der Bedingungen der Mietverträge. Es gibt keine Baulasten oder sonstigen Beschränkungen, welche die gegenwärtige Nutzung des Grundbesitzes beeinträchtigen, und die Gesellschaft ist mit Ausnahme des von ihr gemäß Anlage 5 vermieteten Grundbesitzes ungestörte Besitzerin des Grundbesitzes.“

Dazu führt *Meyer-Sparenberg* in den Anmerkungen aus:

„Teilweise werden solche in Bezug genommenen Unterlagen dem Vertrag selbst als Anlage beigelegt. Erforderlich ist dies aus beurkundungsrechtlichen Gründen nicht, solange die Dokumente nur hinreichend genau im Vertrag (d. h. in der Anlage) bezeichnet sind. Der Inhalt dieser Unterlagen gehört nicht zum Regelungsinhalt der notariellen Urkunde. Die Beifügung hat zwar den Vorteil, dass sich später eindeutig beweisen lässt, um welche Unterlagen es sich gehandelt hat (vgl. § 415 ZPO). Nachteil ist jedoch, dass die Verträge dadurch im Umfang erheblich zunehmen und die beigelegten Unterlagen bei der Beurkundung vorgelesen werden müssen. Die Ausnahme von der Vorlesungspflicht in § 14 BeurkG gilt z. B. für beigelegte Verträge nicht. Vielfach hilft man sich in der Praxis damit, dass vor Vertragsschluss sog. Bezugsurkunden (vgl. § 13a BeurkG) erstellt werden. Praktikabler ist es, wenn auf die Beifügung solcher Unterlagen so weit wie möglich verzichtet wird und beispielsweise die beteiligten Rechtsanwälte paraphierte Kopien zu ihren Akten nehmen, um den Parteien später Beweisprobleme zu ersparen.“

(Meyer-Sparenberg, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Aufl. 2006, Muster III. A. 5., Anm. 25).

- gg) Die Möglichkeit, beurkundungsverfahrensrechtlich bei einer Garantie, Zusicherung, Gewährleistungs- oder Vollständigkeitserklärung nur die Garantie etc. selbst in die Niederschrift aufzunehmen, hinsichtlich der von der Garantie etc. erfassten Gegenstände aber in eine Liste aufzunehmen, für die nach § 14 BeurkG auf die Verlesung verzichtet wird, bespricht auch *Stauf* (Umfang und Grenzen der Verweisungsmöglichkeiten nach § 13a BeurkG und der eingeschränkten Vorlesungspflicht nach § 14 BeurkG, RNotZ 2001, 129, 146).
- hh) Nicht näher behandelt fanden wir die Frage der Beurkundungsbedürftigkeit derartiger Anlagen in folgenden Handbüchern und Darstellungen:
- *Berens/Brauner/Strauch*, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 3. Aufl. 2002,
 - *Heckschen*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 4. Aufl. 2006 (vgl. dort D V Rn. 47-48),
 - *Höhn*, Einführung in die Rechtliche Due Diligence, 2003,
 - *Hölters*, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, 6. Aufl. 2005 (Teil VII, Rn. 111 zu Formfragen; das Muster von *Semler*, Anhang A I, S. 1247, 1249 ff. nennt zwar zahlreiche dem Käufer übergebene Unterlagen; diese scheinen aber nicht mitbeurkundet zu werden),
 - *Holzapfel/Pöllat*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis – Rechtliche und steuerliche Aspekte, 12. Aufl. 2005 (Rn. 900 spricht nur allgemein davon, dass die Beurkundungspflicht „in der Regel den gesamten Vertrag einschließlich Anlagen“ erfasst; Rn. 14-17 über den Datenraum und Due Diligence behandeln die Frage nicht),
 - *Niewiarra*, Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2002, S. 119-121,
 - *Picot*, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 3. Aufl. 2004 (Rn. 131 ff. zu Formfragen),
 - *Rödter/Hötzel/Mueller-Thuns*, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf, 2003 (nur allgemeiner Hinweis auf das Beurkundungserfordernis auch „sämtlicher Anlagen“ in § 5 Rn. 28).

3. Ergebnis

Aus der Literatur entnehmen wir daher folgende Mehrheitsmeinung – wobei wir ausdrücklich darauf hinweisen möchten, dass uns diesbezüglich keine obergerichtliche Rechtspre-

chung ersichtlich ist. Soweit in der zitierten Literatur Mitbeurkundung vorgesehen ist, muss dies nicht notwendig heißen, dass der Autor von einem Beurkundungserfordernis ausgeht; zum Teil wird eine Mitbeurkundung auch im Gesichtspunkt des sichersten Weges vorgeschlagen bzw. um die **Beweiswirkung nach §§ 415, 418 ZPO** auch insoweit zu erhalten.

- a) Enthalten die Angaben über das Unternehmen eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung (insbes. eine Garantie oder Beschaffenheitsvereinbarung), so muss deren Inhalt (z. B. die Liste der Verträge, Arbeitsverhältnisse, Grundstücke, etc.) mitbeurkundet werden.
- b) Bei **Bilanzen** und Jahresabschlüssen ist unseres Erachtens wohl nach dem Inhalt der Erklärung **differenzieren**: Wenn der Verkäufer lediglich erklärt, dass die Bilanzen bzw. Jahresabschlüsse ordnungsgemäß erstellt wurden, so ist der Inhalt der Jahresabschlüsse nicht Inhalt seiner Erklärung. Insofern genügt dann lediglich eine nähere Bezeichnung der Jahresabschlüsse (z. B. durch das Datum des Testats des Wirtschaftsprüfers) zu deren Identifizierung.

Wird hingegen eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung (z. B. eine Garantie) auch über den Inhalt der Bilanz getroffen (z. B. über **bestimmte im Jahresabschluss enthaltene Zahlen**), so sind jedenfalls die betreffenden Zahlen auch mitzubeurkunden. Beurkundungsverfahrenrechtlich ist ein Verzicht auf die Verlesung nach § 14 BeurkG möglich.

- c) Schwieriger zu beurteilen sind Erklärungen, wonach der Verkäufer die Gewähr für die **Richtigkeit und Vollständigkeit der in dem Datenraum enthaltenen Dokumente** übernimmt. Ist hiermit eine Einstandspflicht für einzelne Angaben in den Dokumenten gemeint, so wäre dies Inhalt der Erklärung und damit mitbeurkundungsbedürftig (wie in dem oben genannten Beispiel der Liste der Verträge, Arbeitsverhältnisse, der Grundstücke etc.).

Ist hingegen Inhalt der Erklärung nur, dass der Verkäufer dem Käufer bestimmte Unterlagen vollständig zur Verfügung gestellt hat und dass sich darunter keine falschen Unterlagen befinden – ohne dass damit eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung über den Inhalt der enthaltenen Unterlagen verbunden ist –, so erscheint dem Sachbearbeiter nach der ausgewerteten Literatur der Inhalt des Datenraumes nicht beurkundungsbedürftig, da dann lediglich die Tatsache der Zurverfügungstellung garantiert wird, nicht der Inhalt der Dokumente, so dass die Bezeichnung der Dokumente lediglich für deren Identifizierung dienen würde. (Dies ähnelt dem Fall, dass der Veräußerer nur allgemein garantiert, dass der Jahresabschluss ordnungsgemäß erstellt wurde, ohne einen bestimmten Inhalt des Jahresabschlusses zu garantieren.)

Bezieht sich der Inhalt der Erklärung hingegen auch darauf, welche Dokumente im Datenraum zur Verfügung gestellt wurden (nicht aber auf den Inhalt der Dokumente), so ist auch die Liste der Dokumente mitzubeurkunden (ggf. nach § 14 BeurkG), nicht aber die einzelnen Dokumente.

- d) Schwierig ist die Abgrenzung auch, wenn eine **Gewährleistung ausgeschlossen** wird, soweit ein Mangel aufgrund der im Datenraum befindlichen Dokumente erkennbar war – oder wenn umgekehrt vereinbart werden soll, dass dem Käufer die Umstände als bekannt gelten, die sie aus den zur Einsicht gestellten Dokumenten erkennen konnten. Auch hier scheint dem Sachbearbeiter eine rechtsgeschäftliche Regelung nur hinsichtlich der Fiktion oder Beweiserleichterung der Kenntnis vorzuliegen, nicht hinsichtlich des Inhalts der betroffenen Dokumente. Als bloßer Identifizierungsbehelf sind sie (d. h. der Inhalt des Datenraumes) u. E. nicht beurkundungsbedürftig. Offenbar gehen davon auch die Literaturstellen aus, die allenfalls eine Liste der im Datenraum zur Verfügung gestellten Unterlagen mitbeurkunden wollen (Lips/Stratz/Rado, in: Beck'sches Mandats-Handbuch Unternehmenskauf, 2004, § 4 Rn. 147).

4. Beifügung oder Verwahrung der due diligence-Unterlagen

Sofern die due diligence-Unterlagen hiernach nicht mitbeurkundungsbedürftig sind, weil sie keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Beteiligten enthalten, sondern allenfalls Wissenserklärungen bzw. weil sich die Beteiligten nur anderweitig darauf beziehen, können die Vertragsparteien jedoch Interesse daran haben, für den Fall eines späteren Streits beweiskräftig festzuhalten, welche Unterlagen im Rahmen der due diligence-Prüfung zur Verfügung gestellt wurden. Hierzu ist uns auch aus Anfragen anderer Kollegen bekannt, dass die entsprechenden Unterlagen teilweise zu Beweis Zwecken durch den Notar verwahrt werden (unechte Verwahrung nach § 24 BNotO, sei es als Papierdokumente, sei es in elektronischer Form) oder auch in Form eines elektronischen Datenträgers als Anlage zu Beweis Zwecken zur Urkunde genommen werden.

a) Anlage zu Beweis Zwecken

Nach allgemeiner Ansicht können Schriftstücke als nichtverlesene Anlagen zu Beweis Zwecken zur Urkunde geheftet werden; gesetzlich geregelt ist dies in § 12 S. 1 BeurkG für vorgelegte Vollmachten und Ausweise über die Berechtigung eines gesetzlichen Vertreters (vgl. etwa BayObLGZ 1980, 182 = DNotZ 1981, 320). Aber auch andere Urkunden können zu Beweis Zwecken beigelegt werden, so etwa ein Handelsregisterauszug (KG DNotI-Report 1998, 29 = NJW-RR 1997, 1259) oder sonstige Urkunden (Staudinger/Hertel, BGB, vor §§ 127a, 128 BGB Rn. 408; Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 9 BeurkG Rn. 32).

Elektronische Datenträger wie vorliegend die CD-ROM können zwar nicht Bestandteil der Niederschrift und damit nicht Anlage im Sinne des § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG sein, wohl aber als Anlagen zu Beweis Zwecken zur Urkunde genommen werden (Limmer, in: Eylmann/Vaasen, § 9 BeurkG Rn. 21). In der Praxis kommt dies insbesondere auch bei einer sog. notariellen Prioritätsverhandlung vor (vgl. Gutachten DNotI-Report 1996, 45; Heyn, DNotZ 1998, 177, 185; Leistner, MittBayNot 2003, 3; Hertel, in: Eylmann/Vaasen, § 54e BeurkG Rn. 23; Winkler, § 43 BeurkG Rn. 3 ff.; Nordemann, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2004, Muster VII.1, S. 697 ff.; Menzel, DNotI-Report 1997, 132).

b) Verwahrung der due diligence-Dokumente durch den Notar

Ebenso denkbar (und bei Dokumenten in Papierform wesentlich besser praktikabel) ist eine Verwahrung durch den Notar nach § 24 BNotO.

Hierfür gelten die §§ 54a ff. BeurkG nicht. Gleichwohl empfiehlt sich, eine Verwahrungsanweisung mit dem in § 54a Abs. 2 Nr. 2 BeurkG vorgesehenen Inhalt aufzunehmen. Regelungsbedürftig ist insbesondere die Frage, ob eine besondere Art der Verwahrung erfolgen soll (etwa in einem verschlossenen Behältnis oder im Tresor, feuerfest etc.). Außerdem empfiehlt sich eine zeitliche Begrenzung der Verwahrung und die Herausgabe des Verwahrungsgutes nach Ablauf der Verwahrungsdauer zu regeln (damit der Notar die meist umfangreichen Unterlagen auch einmal wieder los wird und nicht womöglich noch seinem Amtsnachfolger übergeben muss). Dabei kann auch geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen der Notar die Unterlagen nach Ablauf der Verwahrungsfrist vernichten darf, wenn sie von den Beteiligten trotz Anschreibens des Notars nicht abgeholt werden. Denn in der Regel sind die Beteiligten an einer Verwahrung über einen gewissen Zeitraum hinaus (d. h. gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Gewährleistungsfristen zzgl. eines gewissen Sicherheitszuschlages) gar nicht interessiert.