Die approbierte Originalversion dieser Diplom-/Masterarbeit ist in der Hauptbibliothek der Technischen Universität Wien aufgestellt und zugänglich.
http://www.ub.tuwien.ac.at

The approved original version of this diploma or master thesis is available at the main library of the Vienna University of Technology.
http://www.ub.tuwien.ac.at/eng

MSc Program
Immobilienmanagement & Bewertung

Due Diligence und Gewährleistung bei Immobilientransaktionen im Wege von Share Deals

Master Thesis zur Erlangung des akademischen Grades
„Master of Science"

eingereicht bei
Dr. Herbert Gartner

MMag. Dr. Bernhard Fölhs

0109816

Wien, 18.04.2016

Eidesstattliche Erklärung

Ich, **MMAG. DR. BERNHARD FÖLHS**, versichere hiermit

1. dass ich die vorliegende Master These, "DUE DILIGENCE UND GEWÄHRLEISTUNG BEI IMMOBILIENTRANSAKTIONEN IM WEGE VON SHARE DEALS", 85 Seiten, gebunden, selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfen bedient habe, und
2. dass ich diese Master These bisher weder im Inland noch im Ausland in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt habe.

Wien, 18.04.2016

Unterschrift

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung 1
2. Due Diligence 3
2.1. Überblick und zeitlicher Ablauf 3
2.2. Wirtschaftliche Due Diligence 7
2.3. Rechtliche Due Diligence 9
2.4. Steuerliche Due Diligence 13
2.5. Technische Due Diligence 15
2.6. Auswirkungen der Ergebnisse einer Due Diligence Prüfung 17
3. Rechtliche Rahmenbedingungen 20
3.1. Überblick über das gesetzliche Gewährleistungsregime und dessen Anwendbarkeit auf Share Deals 20
3.2. Abgrenzung Garantie und Gewährleistung 22
4. Vertragliche Gestaltung der Gewährleistungszusagen 29
4.1. Vertragliches Gewährleistungssystem 29
4.2. Objektive / Subjektive Gewährleistungszusagen 32
4.3. Liegenschaftsbezogene Gewährleistungszusagen 37
4.4. Gesellschaftsbezogene Gewährleistungszusagen 42
4.5. Stichtag(e) der Gewährleistungszusagen 49
5. Rechtsfolgen bei Verletzung von Gewährleistungszusagen 52
5.1. Vertragliches System 52
5.2. Verbesserung 54
5.3. Preisminderung 55
5.4. Rückabwicklung 57
6. Haftungseinschränkungen 59
6.1. Bagatellschwelle 59
6.2. Haftungsobergrenzen 61
6.3. Verjährung 63
6.4. Kenntnis des Käufers / Offenkundige Mängel 68
6.5. Ausschluss einer Doppelerfassung 76
6.6. Vorteilsanrechnung 76
6.7. Abwehr von Ansprüchen Dritter 79
7. Conclusio 82
Literatur 86

1. Einleitung

Zentrales Thema bei Verträgen im Rahmen von Immobilientransaktionen – sei es bei Liegenschaftstransaktionen im Wege von Share Deals (Liegenschaftserwerb durch Erwerb des Eigentums an den Anteilen eines Rechtsträgers, der eine Liegenschaft hält) wie auch bei Asset Deals (unmittelbarer Erwerb des zivilrechtlichen Eigentums an einer Liegenschaft) – sind die Regelungen über die Gewährleistung. Keinem anderen Vertragspunkt kommt bei der Errichtung des entsprechenden Vertragsentwurfes ebenso wie bei dessen Verhandlung in der Praxis so große Bedeutung zu. Über die rechtlichen Aspekte hinaus ist auch die Höhe des Kaufpreises unmittelbar von dem Umfang der Garantien bzw. Gewährleistungen abhängig.

Ein weiterer direkter – und für die praktische Abwicklung von Immobilien-transaktionen zentraler – Zusammenhang besteht zwischen den vertraglichen Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen einerseits und der Durchführung einer (wirtschaftlichen, rechtlichen, steuerlichen und technischen) Due Diligence. Aus dieser Abhängigkeit resultieren spezifische Anforderungen an die Strukturierung von Immobilientransaktionen und die Vertragserrichtung in der Praxis, die im Rahmen der gegenständlichen Master Thesis – wissenschaftlich fundiert aber auch praxisbezogen – einer detaillierten Untersuchung unterzogen werden.

Neben den Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen selbst kommt den Rechtsfolgen aus einer Verletzung dieser Zusagen im Rahmen jeder Immobilientransaktion eine wesentliche wirtschaftliche Rolle und damit auch große Bedeutung im Rahmen der Errichtung und Verhandlung des Kauf- und Abtretungsvertrages zu. Ebenso sollten die – in der Praxis der Errichtung von Abtretungsverträgen für Immobilien-Share Deals häufig vorgesehenen – Einschränkungen vertraglich möglichst exakt und detailliert geregelt werden.

Die Ausführungen dieser Master Thesis beschränken sich auf Immobilienerwerbe durch Anteilskauf, denen in der Praxis große Bedeutung zukommt. Im Gegensatz

zum Liegenschaftserwerb im engeren Sinn wird der Käufer nicht zivilrechtlicher Eigentümer der Liegenschaft, sondern erwirbt Eigentum an den Anteilen der die Liegenschaft haltenden Gesellschaft.[1] Die wesentlichen Vorteile des indirekten Erwerbes von Immobilien durch Anteilskauf liegen in der „automatischen" Übernahme einer Vielzahl von Vertragsbeziehungen, der Übernahme bestehender Verträge ohne Änderungen im Falle einer noch nicht fertig gestellten Immobilienentwicklung, der einfacheren Veräußerung größerer Immobiliengesellschaften mit einer Vielzahl von Liegenschaften, der größeren Flexibilität bei der Anteilsveräußerung und nicht zuletzt geringerer Transaktionskosten.[2]

Die Möglichkeit durch einen Share Deal Transaktionskosten (Grunderwerbsteuer und Eintragungsgebühr) zu sparen, stellt naturgemäß einen wesentlichen wirtschaftlichen Vorteil im Vergleich zum Asset Deal dar. Werden nicht sämtliche Anteile der die transaktionsgegenständliche Liegenschaft haltenden Gesellschaft erworben, sondern nur ein bestimmter Prozentsatz, der dem Käufer nicht die alleinige wirtschaftliche Verfügungsmacht über die Liegenschaft einräumt und ist sohin der Tatbestand der Anteilsvereinigung[3] nicht erfüllt, fällt keine Grunderwerbsteuer an.[4] In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Anteilsvereinigungstatbestände des GrEStG mit Wirkung zum 01.01.2016 geändert wurden:[5] Nach der Neufassung des § 1 Abs. 3 GrEStG kommt es nunmehr bereits dann zu einer Anteilsvereinigung, wenn mindestens 95% aller Anteile in der Hand des Erwerbers allein oder in der Hand einer Unternehmensgruppe iSd § 9 KStG vereinigt werden. Bei der Berechnung der gesetzlichen 95%-Schwelle sind treuhändig gehaltene Geschäftsanteile dem Treugeber zuzurechnen. Diese geänderte Gesetzeslage ist bei der Strukturierung von Immobilientransaktionen im Wege von Share Deals zu berücksichtigen.

[1] Vgl. *Bittner/Fida*, Liegenschaftserwerb zum Anteilskauf, 16.
[2] *Gasteyer* in Semler/Volhard, Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahmen I § 21; vgl. auch *Bittner/Fida*, Liegenschaftserwerb zum Anteilskauf, 7
[3] § 1 Abs. 3 GrEStG.
[4] Vgl. *Bittner/Fida*, Liegenschaftserwerb zum Anteilskauf, 16.
[5] BGBl. I 118/2015.

2. Due Diligence

Während die Due Diligence im Rahmen von Unternehmenskäufen längst zum Standardprocedere gehört, werden in den letzten Jahren angesichts der zunehmenden Zahl komplexer Immobilientransaktionen auch im Liegenschaftsbereich vermehrt Due Diligence-Prüfungen durchgeführt, mit dem Ziel dem (potentiellen) Käufer bereits vor dem Erwerb möglichst umfassende Kenntnis von sämtlichen wertbildenden Parametern der Immobilie bzw. des Immobilienportfolios in rechtlicher, steuerlicher, finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht zu verschaffen.[6]

2.1. Überblick und zeitlicher Ablauf

Im Rahmen einer „Immobilien Due Diligence" sollen die Potentiale und Risiken einer möglichen Akquisition analysiert werden, um dem Erwerber eine Grundlage für die interne (finale) Ankaufsentscheidung zu geben, eine Basis für die interne Preisbildung seitens des Käufers zu bilden und wesentliche Beiträge zur inhaltlichen Gestaltung des Kaufvertrages und der diesbezüglichen Verhandlungen zu liefern.[7] In der Praxis des Immobilienwesens kommt der Due Diligence wirtschaftlich – und damit auch rechtlich – betrachtet eine immer größere Bedeutung zu, da die Verkäufer einer Immobilie sich bei Immobilientransaktionen nur äußerst selten darauf einlassen, für etwaige später auftretende Risiken und Mängel eine Reduktion des Kaufpreises oder einen teilweisen Einbehalt des Kaufpreises zu vereinbaren; über eine genaue Analyse der Werthaltigkeit und Qualität eines Immobilienobjektes hinaus, soll eine Immobilien Due Diligence auf Grund der hohen Kapitalbindungsdauer und der oft erheblichen Transaktionskosten sämtliche Chancen und Risiken der transaktionsgegenständlichen Immobilie analysieren, weshalb neben Chancen und Risiken sowie der nachhaltigen Wertentwicklung der Investition auch Chancen und Risiken bei einer Weitervermarktung der Investition zu prüfen sind.[8]

---

[6] *Kersebaum*, Due Diligence, in *Van Kann*, Immobilientransaktionen, 103 mwN.

[7] Zu den Auswirkungen der Ergebnisse der Due Diligence siehe Kapitel 2.6., zu den Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung siehe Kapitel 4.1.

[8] Vgl. *Wiesner*, (Tax-)Due-Diligenceprüfung bei Immobilientransaktionen, in *Bammer/Fuhrmann/Ledl*, Handbuch Immobilienbewirtschaftung, 366.

Der Begriff „Due Diligence“ stammt aus dem anglo-amerikanischen Rechtsraum und bedeutet wörtlich übersetzt die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“.[9] Allgemein wird unter dem Begriff „Due Diligence“ die sorgfältige Analyse und Bewertung eines Objektes im Rahmen einer geschäftlichen Transaktion verstanden.[10] Eine Due Diligence-Prüfung kann als mehrphasiger, interdisziplinärer und transaktionsorientierter Erhebungs-, Prüfung- und Dokumentationsprozess verstanden werden, der in standardisierter Form Transparenz schaffen möchte und einen Kauf oder Verkauf vorbereitet und begleitet.[11]

Wenngleich sich die gegenständlichen Ausführungen auf die käuferseitig durchgeführte Immobilien Due Diligence beziehen, der nicht nur höhere rechtliche Relevanz, sondern auch große praktische Bedeutung zukommt, soll an dieser Stelle doch auch auf die verkäuferseitige Due Diligence hingewiesen werden. Die Durchführung einer solchen „Vendor Due Diligence“ vor Beginn des Verkaufsprozesses ist meines Erachtens jedem Verkäufer dringend anzuraten:[12] Eine Verkäufer Due Diligence ermöglicht es dem Verkäufer nicht nur den von ihm erwarteten Kaufpreis zu verproben und allenfalls zu korrigieren, sondern auch rechtliche Schwachstellen zu erkennen und sohin vor Einleitung des Verkaufsprozesses zu beseitigen. Weiters liefert eine Vendor Due Diligence in der Regel wichtige Anregungen für die Vertragsgestaltung, insofern als sich der Verkäufer in Kenntnis der rechtlichen Risiken der Zielgesellschaft bzw. der Immobilien eine Verhandlungstaktik und entsprechende Strategien zurechtlegt, wie in den Vertragsverhandlungen mit den vorliegenden Problemen umgegangen wird, beispielsweise für welche verkäuferseitigen Haftungsrisiken der Verkäufer im Kauf- und Abtretungsvertrag Vorsorge treffen muss. In der Praxis kommt es tatsächlich immer wieder vor, dass der Käufer auf Grund der aktuell durchgeführten Due Diligence die Zielgesellschaft bzw. die Immobilien samt deren Problemfelder besser

[9] *Kersebaum*, Due Diligence, in *Van Kann*, Immobilientransaktionen, 103 mwN.
[10] Vgl. *Wiesner,* (Tax-)Due-Diligenceprüfung bei Immobilientransaktionen, in *Bammer/Fuhrmann/Ledl*, Handbuch Immobilienbewirtschaftung, 367 nwN.
[11] *Wiesner,* (Tax-)Due-Diligenceprüfung bei Immobilientransaktionen, in *Bammer/Fuhrmann/Ledl*, Handbuch Immobilienbewirtschaftung, 381 nwN.
[12] Zur Verkäufer Due Diligence vgl. *Brogynyi,* Grundbegriffe und Funktionen der Legal Due Diligence, *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 73ff.

kennt als der Verkäufer; in derartigen Konstellationen wird es dem Verkäufer kaum gelingen (rechtliche) Bedenken des Kaufinteressenten zu zerstreuen, was negative Auswirkungen bis hin zu einem Preisnachlass oder einem Abbruch der Transaktion nach sich ziehen kann. Aus all diesen Gründen ist eine dem Verkaufsprozess vorgelagerte Vendor Due Diligence jedenfalls empfehlenswert, zumal deren Durchführung auf Grund der Tatsache, dass die im Datenraum offen zu legenden Unterlagen ohnehin zu sammeln, aufzubereiten und zu sichten sind, in der Regel keinen außerordentlich großen Zusatzaufwand verursacht. Nur durch eine solche Vendor Due Diligence kann sich der Verkäufer ein aktuelles Bild über die Zielgesellschaft samt deren Immobilienvermögen verschaffen, die gewonnenen Erkenntnisse in die Strukturierung der Transaktion einfließen lassen, allfällige Schwachstellen beseitigen, verkäuferseitige Risiken minimieren und antizipatorisch auf die Due Diligence des Käufers und die bevorstehenden Vertragsverhandlungen reagieren.

Bei der praktischen Umsetzung einer Immobilien Due Diligence durch den Käufer geht es um die Offenlegung der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse der transaktionsgegenständlichen Immobilie(n), die üblicherweise durch Zurverfügungstellung des wesentlichen Datenmaterials physisch in einem Datenraum zur Einsichtnahme durch den potentiellen Erwerber für eine begrenzte Zeitdauer, durch direkte Übersendung des Datenmaterials in Kopie oder im Wege des – zunehmend an Bedeutung gewinnenden – virtuellen Datenraums, über den der potentielle Erwerber über einen Passwort geschützten Internet-Zugang Zugriff auf das gesamte Datenmaterial erhält, erfolgt.[13]

Die durch den potentiellen Käufer durchgeführte Due Diligence findet üblicherweise nach ersten Verhandlungen mit dem Verkäufer, Vorbesprechungen der Transaktionsstruktur sowie der Unterzeichnung von Unterlagen zur Fixierung erster Eckpunkte der Transaktion, statt. In der Praxis wird etwa ein sogenanntes „Term Sheet“ unterzeichnet oder vom Käufer ein „Letter of Intent“ (LOI), d.h. eine rechtlich unverbindliche Absichtserklärung zur Festlegung der wesentlichen

[13] Vgl. *Kersebaum*, Due Diligence, in *Van Kann*, Immobilientransaktionen, 104 mwN.

Rahmenbedingungen der angestrebten Transaktion, übersendet.[14] Vor Beginn der detaillierten Immobilien Due Diligence verlangt der Verkäufer vom Käufer in der Regel den Abschluss einer Geheimhaltungsvereinbarung[15] sowie der Käufer vom Verkäufer den Abschluss einer Exklusivitätsvereinbarung, da die Durchführung der Due Diligence nicht unwesentliche Kosten verursacht. Aus anwaltlicher Perspektive ist bei der zeitlichen Strukturierung des Transaktionsprozesses insbesondere darauf zu achten, dass die Ergebnisse der Due Diligence im Rahmen der Vertragserrichtung und der – aus Zeitgründen oft parallel zur Due Diligence laufenden – Vertragsverhandlung berücksichtigt werden können und ein entsprechender Informationsaustausch sämtlicher Beteiligter gewährleistet ist. Daraus resultiert folgender – in der Praxis durchaus häufig vorkommender – Interessengegensatz: Der Käufer möchte die Immobilien Due Diligence so früh wie möglich durchführen, um die Ergebnisse voll in die Vertragsverhandlungen einfließen lassen zu können und genügend Zeit zur Entscheidungsfindung zu haben, wohingegen der Verkäufer aus Geheimhaltungsgründen und verhandlungstaktischen Motiven an einer möglichst späten Offenlegung interessiert ist, um dem Käufer kurz vor Vertragsschluss möglichst wenig Zeit für die Verhandlung einer seinen Due Diligence-Ergebnissen entsprechenden, vertraglichen Risikoverteilung zu lassen.[16]

Aufgrund der wesentlichen Bedeutung der Due Diligence-Prüfung im Hinblick auf die Vertragsgestaltung werden nachfolgend die einzelnen Funktionsbereiche einer Due Diligence (Legal, Tax, Financial, Commercial, Technical) im Überblick dargestellt und die Auswirkungen der Ergebnisse einer Immobilien Due Diligence erörtert.

[14] Zum Ablauf des Transaktionsprozesses und insbesondere der Stellung der Due Diligence-Prüfung siehe *Wiesner*, (Tax-)Due-Diligenceprüfung bei Immobilientransaktionen, in *Bammer/Fuhrmann/Ledl*, Handbuch Immobilienbewirtschaftung, 369; sowie *Heidinger/Albeseder*, Due Diligence – Ein Handbuch für die Praxis (2001), 17ff.

[15] In der Praxis der Transaktionsgestaltung üblicherweise „NDA“ (Non Disclosure Agreement) genannt.

[16] Vgl. *Heidinger/Albeseder*, Due Diligence – Ein Handbuch für die Praxis (2001), 19ff.

2.2. Wirtschaftliche Due Diligence

Die wirtschaftliche Due Diligence wird in der Regel – in Anlehnung an die bei Unternehmenstransaktionen üblichen und zunehmend auch bei Immobilien-Share Deals verbreiteten Differenzierung – in eine „Financial Due Diligence“ und eine „Commercial Due Diligence“ unterteilt.

Der Schwerpunkt der „Financial Due Diligence“ liegt in der Prüfung der wirtschaftlichen und finanziellen Grundlagen der Zielgesellschaft und zielt darauf ab an Hand der Jahresabschlüsse, der Planungsrechnungen sowie des Rechnungswesens die betriebswirtschaftliche Situation der Zielgesellschaft zu beschreiben und zu analysieren.[17] Die im Rahmen einer solchen „Financial Due Diligence“ gesammelten, aufbereiteten und ausgewerteten Informationen dienen als Grundlage für eine Bewertung des Transaktionsobjektes und bilden sohin die Basis für die Entscheidung, ob die Transaktion durchgeführt werden soll und wenn ja, unter welchen Prämissen.[18] Zu diesem Zwecke ist es notwendig, die finanziellen Verhältnisse der Zielgesellschaft – in der Regel durch Beiziehung von Wirtschaftsprüfern oder Steuerberatern – zu durchleuchten, um eine konkrete Vorstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Zielgesellschaft zu erhalten, wofür es auch einer eingehenden Prüfung der bisherigen Bilanzpolitik – insbesondere im Hinblick auf Abweichungen der bilanziellen Darstellung von den tatsächlichen Vermögensverhältnissen – bedarf.[19]

---

[17] Vgl. *Brogynyi*, Grundbegriffe und Funktionen der Legal Due Diligence, *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 27; vgl. auch *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis[13], Rz 30.

[18] *Wiesner*, (Tax-)Due-Diligenceprüfung bei Immobilientransaktionen, in *Pammer/Fuhrmann/Ledl*, Handbuch Immobilienbewirtschaftung, 371.

[19] *Brogynyi*, Grundbegriffe und Funktionen der Legal Due Diligence, *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 27.

Die „Commercial Due Diligence“ untersucht die markt- und wettbewerbsseitigen Parameter einer angestrebten Transaktion und setzt sohin – im Vergleich zur „Financial Due Diligence“ – auf einem höheren Abstraktionsniveau an: Immobilientransaktionen sollen im Rahmen der „Commercial Due Diligence“ anhand einer Standort-, Markt- und Konkurrenzanalyse untersucht werden.[20] Da sohin beispielsweise auch das wirtschaftliche Umfeld und die Marktposition der Zielgesellschaft bzw. der transaktionsgegenständlichen Liegenschaft(en) analysiert werden, sind über die Unterlagen der Gesellschaft hinaus auch externe Informationen wie etwa Markt- oder Branchenberichte bei den Prüfungshandlungen zu berücksichtigen.[21]

Im Rahmen der wirtschaftlichen Due Diligence im Zuge einer Immobilientransaktion kommt neben der Analyse des Standorts (Standortfaktoren, Verkehrsanbindung, Infrastruktur, Nahversorgung, Sichtbarkeit, etc.) naturgemäß auch der Analyse des Objektes (Architektur, Zustand, Flächeneffizienz, Image, etc.) wesentliche Bedeutung zu. Weitere wichtige Teilbereiche der wirtschaftlichen Due Diligence bilden die Ermittlung des Verkehrswertes der transaktionsgegenständlichen Liegenschaft sowie detaillierte Berechnungen der Rentabilität. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die wirtschaftliche Due Diligence darauf abzielt, sämtliche Grundlagen für eine Analyse und Einschätzung des zukünftigen Entwicklungs- und Ertragspotentials zur Verfügung zu stellen, um auf Basis dessen die Realisierbarkeit der mit der Transaktion verfolgten Ziele und Motive zu prüfen.[22]

---

[20] *Wiesner*, (Tax-)Due-Diligenceprüfung bei Immobilientransaktionen, in *Pammer/Fuhrmann/Ledl*, Handbuch Immobilienbewirtschaftung, 371.
[21] Vgl. *Brogynyi*, Grundbegriffe und Funktionen der Legal Due Diligence, *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 30.
[22] *Brogynyi*, Grundbegriffe und Funktionen der Legal Due Diligence, *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 28 und 30.

In diesem Sinne kommt der wirtschaftlichen Due Diligence in der Praxis regelmäßig eine über die konkreten Bereiche („Financial-“ und „Commercial Due Diligence“) hinausgehende, übergreifende Funktion zu, da häufig im Rahmen der wirtschaftlichen Due Diligence die wesentlichen Ergebnisse sämtlicher Teilbereiche – insbesondere der rechtlichen, steuerlichen und technischen Due Diligence – zusammengefasst werden, um – entsprechend aufbereitet – eine vollständige Entscheidungsgrundlage zu bieten. Schließlich kann nur auf Basis einer solchen umfassenden Darstellung der Ergebnisse der Due Diligence die grundlegende Entscheidung, ob die Transaktion durchgeführt werden soll (ebenso wie jene über die Höhe des Kaufpreises und erforderlicher Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen) getroffen werden.

2.3. Rechtliche Due Diligence

Die rechtliche Due Diligence zielt darauf ab, dem Käufer umfassende Kenntnisse der rechtlichen Verhältnisse der Zielgesellschaft (unter besonderer Berücksichtigung deren Immobilienvermögens) zu verschaffen sowie rechtliche Schwachpunkte und Haftungsrisiken aufzudecken; u.a. sind die Eigentumsverhältnisse an den transaktionsgegenständlichen Liegenschaften und Anteilen sowie die Wirksamkeit und der Bestand vertraglicher Verpflichtungen und Rechte, insbesondere auch der Fortbestand von Verträgen und öffentlich-rechtlichen Genehmigungen, im Akquisitionsfall zu prüfen.[23]

Im Rahmen eines Immobilienerwerbes durch Anteilskauf ist hinsichtlich der rechtlichen Due Diligence zu berücksichtigen, dass auch allfällige nicht liegenschaftsbezogene Haftungen der Zielgesellschaft übernommen werden, weshalb sich die Due Diligence-Prüfung bei einem Share Deal nicht nur auf die Liegenschaft, sondern auch auf gesellschaftsrechtliche Aspekte und sämtliche sonstigen Rechtspositionen der Zielgesellschaft (einschließlich möglicher Änderungen durch

[23] Vgl. *Heidinger/Graf,* Rechtliche Due Diligence in *Heidinger/Albeseder*, Due Diligence – Ein Handbuch für die Praxis (2001), 27.

den Gesellschafterwechsel, wie beispielsweise bei Bestehen von Change-of-Control-Klauseln in Verträgen der Zielgesellschaft) bezieht.[24] Dementsprechend liegt eine wesentlicher Schwerpunkt der rechtlichen Due Diligence bei einem Share Deal in der Prüfung, ob – und wie – die angestrebte Beteiligung (Geschäftsanteil bzw. Aktien) an der Gesellschaft lastenfrei erworben werden kann und ein weiterer Schwerpunkt – vor dem Hintergrund der Tatsache, dass sich die Identität des rechtlichen Liegenschaftseigentümers (Zielgesellschaft) nicht ändert – in der Erstellung eines spezifischen „Haftungsrisikobefundes" über drohende Haftungsfälle.[25]

Entsprechend dem Ziel der rechtlichen Due Diligence zu klären, ob die gekauften Positionen rechtlich abgesichert sind und ob das Risiko einer Haftung des Käufers für vor dem Stichtag eingetretene Ereignisse besteht, können die identifizierten Risiken – idealerweise unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit des Risikoeintrittes und des Ausmaßes der Folgen – in unterschiedliche Kategorien eingeteilt werden: In der Praxis üblich und durchaus empfehlenswert ist die Unterteilung in (i) „Deal Breaker", (ii) Risiken, die vor Abschluss des Kauf- und Abtretungsvertrages beseitigt werden können, (iii) Risiken, die im Kauf- und Abtretungsvertrag beispielsweise durch Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen des Verkäufers geregelt werden und (iv) Risiken, die vom Käufer akzeptiert werden müssen und unter Umständen zu einer Reduktion des Kaufpreises führen.[26]

In der Literatur wird zwischen einer „Legal Due Diligence im engeren Sinn" und einer „Legal Due Diligence im weiteren Sinn" unterschieden. Während sich die „Legal Due Diligence im engeren Sinn" – unabhängig davon, dass das Hauptaugenmerk der rechtlichen Due Diligence im Hinblick auf den Kaufentschluss und die Gestaltung des Kauf- und Abtretungsvertrages vor allem auf der Identifizierung der rechtlichen Schwachpunkte der Zielgesellschaft liegt – nur auf die Prüfung der Zielgesellschaft, deren Liegenschaften und deren rechtlichen Angelegenheiten selbst bezieht, betrifft die „Legal Due Diligence im weiteren Sinn"

[24] *Foerster*, Die rechtliche Due Diligence in *Teufelsdorfer*, Handbuch Immobilientransaktionen[2], 146f.
[25] *Heidinger/Graf*, Rechtliche Due Diligence in *Heidinger/Albeseder*, Due Diligence – Ein Handbuch für die Praxis (2001), 27f.
[26] Vgl. *Foerster*, Die rechtliche Due Diligence in *Teufelsdorfer*, Handbuch Immobilientransaktionen[2], 144.

auch sämtliche Fragen, die sich im Hinblick auf die Strukturierung der Transaktion und die rechtliche Machbarkeit von Um- bzw. Restrukturierungsmaßnahmen für die Zeit nach der Akquisition ergeben; während also die „Legal Due Diligence im engeren Sinn“ das Ziel verfolgt, einen Eindruck davon zu verschaffen, was den Kaufgegenstand in rechtlicher Hinsicht ausmacht, geht die „Legal Due Diligence im weiteren Sinn“ noch darüber hinaus und verfolgt zusätzlich das Ziel, jene rechtlichen Parameter zu identifizieren, die für die Strukturierung des Liegenschaftserwerbs an sich sowie den nachfolgenden Umgang mit der erworbenen Gesellschaft bzw. mit den erworbenen Immobilien von Bedeutung sind.[27]

Wenngleich an dieser Stelle freilich keine vollständige Darstellung des Umfangs einer rechtlichen Due Diligence bei einem Immobilien-Share Deal erfolgen kann,[28] soll im Folgenden dennoch zumindest ein grober Überblick über die relevanten Themenkomplexe gegeben werden, um – in Zusammenschau mit den Ausführungen über die liegenschafts- bzw. gesellschaftsbezogenen Gewährleistungszusagen[29] – die Zusammenhänge zwischen der (rechtlichen) Due Diligence und den Gewährleistungsbestimmungen des Kauf- und Abtretungsvertrages zu verdeutlichen. Wie zu zeigen sein wird, stellt der Katalog an Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen nämlich gewissermaßen das Spiegelbild der Ergebnisse der Due Diligence dar.

Die gesellschaftsrechtlichen Aspekte der rechtlichen Due Diligence umfassen im Wesentlichen die Prüfung der Eigentümerstellung des Anteilsveräußerers,

---

[27] Vgl. *Brogynyi*, Grundbegriffe und Funktionen der Legal Due Diligence, *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 23 mwN.

[28] Ausführlich zu den Inhalten einer rechtlichen Due Diligence siehe *Fellner*, Immobilienrechtliche Aspekte im Rahmen einer Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal; nach deutscher Rechtslage *Scheel*, Unternehmenskauf: Kernfragen einer grundstücksrechtlichen Due Diligence, Der Betrieb 2005, 2799; *Reich-Rohrwig/Hanslik*, Checkliste Unternehmenskauf, ecolex 2006, 632; *Größ*, Immobilien Due Diligence, ecolex 2008, 308; *Heidinger/Albeseder*, Due Diligence – Ein Handbuch für die Praxis (2001), 27f; *Foerster*, Die rechtliche Due Diligence in *Teufelsdorfer*, Handbuch Immobilientransaktionen[2], 146f; *Fellner/Thaler*, Schwerpunkte der Due Diligence bei Gesellschaften mit Immobilien-Vermögen, *ZUS 2012, 92; Grama*/Vondrak, Prüfung der gesellschaftsrechtlichen Aspekte im Rahmen der Due Diligence-Prüfung, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal; sowie hinsichtlich einer praxisrelevanten Dokumentenliste: *Fischer*, Rechtliche Due-Diligence-Anforderungsliste, in *Knauder/Marzi/Temmel*, Handbuch Wirtschaftsverträge (2011).

[29] Zu den liegenschaftsbezogenen Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen siehe Kapitel 4.3. und zu den gesellschaftsbezogenen Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen siehe Kapitel 4.4.

Formvorschriften der Anteilsübertragung, die Prüfung des Gesellschaftsvertrages bzw. der Satzung der Zielgesellschaft, die Prüfung allfälliger Syndikatsverträge, der Geschäftsführung und Vertretung, des Firmenbuchstands, sowie von Gesellschafterbeschlüssen und sonstigen relevanten Verträgen, wie etwa Geschäftsordnungen.

Hinsichtlich der transaktionsgegenständlichen Liegenschaft umfasst die rechtliche Due Diligence insbesondere die Eigentumsverhältnisse samt Vorgeschichte, den Flächenwidmungs- und Bebauungsplan, allfällige Veräußerungsbeschränkungen nach den jeweils anwendbaren Grundverkehrsgesetzen, bücherliche und außerbücherliche Lasten sowie Kontaminationen; im Zusammenhang mit auf den transaktionsgegenständlichen Liegenschaften errichteten Gebäuden sind neben den Eigentumsverhältnissen insbesondere die Bau- und Benützungsbewilligungen sowie allenfalls gewerberechtliche Genehmigungen (z.B. Betriebsanlagenbewilligungen), allenfalls erforderliche sonstige Genehmigungen, Denkmalschutz, Energieeffizienz (Energieausweis) und der Urheberrechtsschutz des Bauwerks zu prüfen. Einen weiteren – sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich äußerst bedeutsamer – Themenkomplex stellt die Prüfung der Bestandverträge dar, insbesondere die Anwendbarkeit des MRG, die rechtliche Qualifikation als Miete als Pacht, die Wertsicherung der Bestandzinse (volle oder teilweise Indexierung, Anpassungsschwellen, etc.), die Umlegbarkeit der Betriebskosten, Befristungen, Kündigungsverzichte, Kündigungsfristen und -termine, Untervermietungs- oder Weitergaberechte, sowie Regelungen über Investitionskosten(-ersatz). Neben Versicherungsverträgen (Gebäudehaftpflichtversicherung, Feuerversicherung, Sturmschadenversicherung, Betriebsunterbrechungsversicherung, allenfalls Bauherren- und/oder Bauwesenversicherung, etc.), etwaigen Dienstverträgen (z.B. Hausbesorger) und sonstigen liegenschaftsbezogenen Verträgen und Rechtsverhältnissen (Wartungsverträge, Hausverwaltungsvertrag, Facility Management-Vertrag, etc.), kommt der Prüfung von anhängigen oder drohenden Rechtsstreitigkeiten und sonstigen Verfahren (z.B. gerichtliche Streitigkeiten über

dingliche Rechte, Streitigkeiten mit Bestandnehmern und öffentlich-rechtliche Verfahren) wesentliche Bedeutung zu.[30]

Im Bereich der Finanzen sollten neben Kredit- und Darlehensverträgen, die insbesondere hinsichtlich des Fortbestandes der Verträge bei Gesellschafterwechsel geprüft werden sollten, Verpfändungen sowie andere Sicherheiten und der Verfügungsberechtigung über Bankkonten der Zielgesellschaft (erforderliche Änderungen für die Zeit nach dem Stichtag bzw. Gesellschafterwechsel) auch die Jahresabschlüsse und WP-Berichte für die letzten drei Geschäftsjahre – unabhängig von der Financial Due Diligence[31] – auch im Rahmen der Legal Due Diligence von Juristen eingesehen werden, da sich daraus wertvolle Hinweise – wie beispielsweise ungewöhnliche Rückstellungen, stille Gesellschaften (Gewinnabführungsverpflichtungen) oder Angaben über schwebende Verfahren und bedingte Verbindlichkeiten (Bürgschaften, etc.) – für die rechtliche Prüfung ergeben können.[32]

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass der rechtlichen Due Diligence auf Grund ihres umfassenden Ansatzes und auch im Hinblick auf ihre unmittelbare Relevanz für die Vertragsgestaltung und Verhandlungsführung eine Schlüsselrolle zukommt, weshalb eine enge Zusammenarbeit der Rechtsanwälte mit den für die anderen Bereiche der Due Diligence zuständigen Beratern und insbesondere ein voller Informationsfluss von sämtlichen Beratern zu den mit der Vertragserrichtung und -verhandlung betrauten Juristen für eine erfolgreiche Durchführung der Transaktion unerlässlich ist.[33]

2.4. Steuerliche Due Diligence

Ziel der steuerliche Due Diligence im Rahmen einer Immobilientransaktion im Wege eines Share Deals ist die Ermittlung und Überprüfung der bestehenden und zu

[30] Vgl. im Überblick *Größ*, Immobilien Due Diligence, ecolex 2008, 308.
[31] Zur Financial Due Diligence siehe Kapital 2.2.
[32] *Heidinger/Graf,* Rechtliche Due Diligence, in *Heidinger/Albeseder*, Due Diligence – Ein Handbuch für die Praxis (2001), 37f.
[33] So auch *Heidinger/Graf,* Rechtliche Due Diligence, in *Heidinger/Albeseder*, Due Diligence – Ein Handbuch für die Praxis (2001), 43f.

erwartenden steuerlichen Verhältnisse der Zielgesellschaft: Einerseits sollen durch die Tax Due Diligence durch Analyse der steuerlichen Situation der Gesellschaft die Risiken für etwaige Steuernachzahlungen aufgedeckt werden, andererseits soll die steuerliche Due Diligence die Grundlagen für eine optimale steuerliche Strukturierung der Transaktion darstellen.[34] Naturgemäß ist auch der Aufwand der steuerlichen Due Diligence bei einem Share Deal größer als bei einem Asset Deal, da erstens über die unmittelbar liegenschaftsbezogenen Steuerthemen hinaus auch jene der Gesellschaft zu berücksichtigen sind und zweitens durch den Anteilskauf das Steuersubjekt mit allen steuerrechtlichen Folgen und Haftungen übernommen wird. Dementsprechend umfasst eine derartige steuerrechtliche Prüfung nicht nur die Themenbereiche Grunderwerbsteuer, Grundsteuer, Verkehrssteuern und Rechtsgeschäftsgebühren, sondern im Falle des Erwerbs von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft auch den Bereich der Körperschaftssteuer und allenfalls – sofern bei der Zielgesellschaft Arbeitnehmer beschäftigt sind oder waren – auch die Lohnsteuer, Sozialversicherungsabgaben und andere damit zusammenhängende Steuern und Abgaben. Ein Kerngebiet der Tax Due Diligence stellt beim Share Deal ebenso wie beim Asset Deal die Umsatzsteuer dar. In der Praxis ist es auf Grund dieser Vielschichtigkeit der steuerlichen Themen wichtig an Hand des konkreten Einzelfalls den Prüfungsumfang individuell festzulegen, wenngleich die Berücksichtigung sämtlicher Abgaben einschließlich Gebühren empfehlenswert ist; der Umfang einer steuerlichen Due Diligence ist darüber hinaus auch abhängig davon, welche Veranlagungszeiträume noch keiner Betriebsprüfung unterzogen wurden.[35]

Im Wesentlichen werden im Rahmen einer Tax Due Diligence sämtliche Maßnahmen zur Analyse und Berücksichtigung aller steuerlichen bzw. abgabenrechtlichen Risiken und Chancen gesetzt.[36] Ähnlich wie bei der rechtlichen

---

[34] Vgl. *Brogynyi,* Grundbegriffe und Funktionen der Legal Due Diligence, *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 25.

[35] Vgl. *Fuhrmann/Kerbl*, Die steuerliche Due Diligence, in *Teufelsdorfer,* Handbuch Immobilientransaktionen[2], 195.

[36] Vgl. *Löffler*, Tax Due Diligence beim Unternehmenskauf (2002), 699; *Wiesner*, (Tax-)Due-Diligenceprüfung bei Immobilientransaktionen, in *Bammer/Fuhrmann/Ledl*, Handbuch Immobilienbewirtschaftung, 373f; ausführlich zur steuerlichen Due Diligence siehe auch *Baumann/Waitz-Ramsauer*, Tax Due Diligence, in *Baumann/Waitz-Ramsauer*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence, Band II: tax (2009).

Due Diligence geht es im Ergebnis bei der steuerlichen Due Diligence im Kontext von Immobilientransaktionen sohin neben der Gestaltung einer steueroptimalen Transaktionsstruktur insbesondere um die Erfassung des steuerlichen Status quo der Zielgesellschaft einschließlich allfälliger Schwachstellen und Haftungsrisiken, um entsprechende Steuerklauseln im Kauf- und Abtretungsvertrag vorsehen zu können.[37]

2.5. Technische Due Diligence

Wenngleich die Durchführung und die Inhalte einer technischen Due Diligence äußerst komplex sind und – noch stärker als die wirtschaftliche Due Diligence – eine eigene Disziplin mit der Notwendigkeit entsprechenden Fachwissens darstellt, soll an dieser Stelle auf Grund der Wichtigkeit für die vertraglichen Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen ein kurzer Überblick über deren Ziele und wesentlichsten Inhalte gegeben werden.

Die grundlegende Aufgabe der technischen Due Diligence ist es Immobilien hinsichtlich des bautechnischen Zustandes sowie des Instandhaltungsaufwandes zu überprüfen und – basierend auf den Anforderungskriterien des potentiellen Käufers, den geltenden Gesetzen und dem Stand der Technik – zu bewerten.[38] Auf Grund der Komplexität ist – insbesondere bei größeren Transaktionsobjekten – ein multidisziplinäres Prüfungsteam erforderlich, welches über die jeweils erforderlichen Detailkenntnisse auf dem Gebiet der Architektur, Bautechnik, Tragwerksplanung, Bauphysik, technischen Gebäudeausrüstung und des Facility Management verfügt.[39]

Ziel der technischen Due Diligence ist das Aufdecken möglicher Risikofelder beim Erwerb von Immobilien, wie beispielsweise ein unzureichender Gebäudestandard für die beabsichtigte Nutzung (Lüftungskapazität, Kühlung, Stromkapazität, Raumhöhen, technische Infrastruktur, etc.), eine unzureichende Tragsicherheit (beispielsweise Probleme für Altbauten durch neue gesetzliche Regelungen),

[37] Zur „Steuerklausel“ siehe Kapitel 4.4.; vgl. *Brogynyi*, Grundbegriffe und Funktionen der Legal Due Diligence, *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 25.
[38] Vgl. *Helbl/Schindler*, Die technische und umwelttechnische Due Diligence, in *Teufelsdorfer*, Handbuch Immobilientransaktionen[2], 85.
[39] Vgl. *Wiesner*, (Tax-)Due-Diligenceprüfung bei Immobilientransaktionen, in *Bammer/Fuhrmann/Ledl*, Handbuch Immobilienbewirtschaftung, 372.

Nutzungseinschränkungen (beispielsweise Einschränkungen der möglichen Raumaufteilungen, Flexibilität, oder erhöhte Nutzlasten für bestimmte Flächennutzungen), Sicherheitsmängel (z.B. Mängel der Brandschutzeinrichtungen, Absturzsicherungen, Verglasungen oder elektrischen Anlagen), baurechtliche Probleme (z.B. Gebäude bzw. Gebäudeteile ohne behördliche Bewilligung oder nicht im Konsens errichtete Gebäude), oder der Bauzustand (z.B. kurz- bzw. mittelfristige Erforderlichkeit umfangreicher Investitionen für Erneuerungen und/oder hohe Instandhaltungskosten, wenn bauliche oder technische Anlagen bereits die technische Lebensdauer erreicht haben), Baumängel (z.B. bauphysikalische Fehler in Wandaufbauten, Fenster und Dachkonstruktionen), Kontamination des Gebäudes oder des Grundstücks. [40]

In der Praxis der Durchführung von Due Diligence-Prüfungen kommt einer engen Abstimmung und inhaltlichen Zusammenarbeit zwischen den die technische und die rechtliche Due Diligence durchführenden Teams wesentliche Bedeutung zu, da insbesondere im Bereich der Prüfung der bau- und betriebsanlagenrechtlichen Genehmigungen eine „rein rechtliche" Prüfung keine abschließende Sicherheit bietet. Neben der rechtlichen Abklärung des Vorliegens einer rechtskräftigen Baugenehmigung samt Fertigstellungsanzeige, sind eine technische Prüfung der Übereinstimmung der Bauausführung mit den genehmigten Einreichplänen sowie die Einhaltung etwaiger Auflagen von großer praktischer Bedeutung.

Aus der Perspektive des Kaufinteressenten kommt hinsichtlich der Ergebnisse der technischen Due Diligence neben den zentralen Themen, wie beispielsweise einer Beschreibung des Bauzustandes, Kontaminationsrisiken und der Nutzbarkeit, detaillierten Informationen über zukünftig erforderliche Investitionsmaßnahmen (Instandhaltung und Reparaturen) samt dadurch entstehender Kosten wesentliche Bedeutung für die Ankaufsentscheidung sowie die Kaufpreisbemessung zu. Über eine solche Schätzung des kurz-, mittel- und langfristigen Reparatur- und Instandhaltungsaufwands hinaus, stellt die Identifizierung „technischer" – im

[40] Vgl. *Helbl/Schindler*, Die technische und umwelttechnische Due Diligence, in *Teufelsdorfer*, Handbuch Immobilientransaktionen[2], 85.

weitesten begrifflichen Sinne – Risiken die Grundlage für die vertraglich vorzusehenden Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen dar.

2.6. Auswirkungen der Ergebnisse einer Due Diligence Prüfung

Nach Durchführung der Due Diligence in den unterschiedlichsten Gebieten – Wirtschaft, Recht, Steuer und Technik – sind die identifizierten Risiken und Mängel der Immobilie und/oder der Zielgesellschaft zu analysieren und hinsichtlich des – aus einer Wertkomponente und einer Wahrscheinlichkeitskomponente zusammengesetzten – Risikoausmaßes zu bewerten. Auf Basis dessen sind Lösungen zur Handhabung dieser Risiken zu erarbeiten und ist seitens des Käufers eine Entscheidung darüber zu treffen, wie mit den in der Due Diligence hervorgekommenen Problemen, Schwachstellen und Risiken umgegangen werden soll. Dem Käufer stehen diesebzüglich verschiedene Alternativen zu Verfügung, die jeweils unterschiedliche Auswirkungen auf die Risikoverteilung zwischen Käufer und Verkäufer haben:[41]

Die gravierendste Konsequenz stellt der Abbruch der Transaktion dar, zu dem es dann kommt, wenn der Käufer im Rahmen der Due Diligence auf „Deal Breaker" gestoßen ist, die keiner der im folgenden dargestellten Lösungen zugeführt werden können. In der Praxis kommt es in der Regel nicht auf Grund eines Einzelrisikos zu einem Transaktionsabbruch, sondern oft wegen des Zusammentreffens verschiedener – jeweils als wesentlich bewerteter – Risiken, die in ihrer Gesamtheit für den Käufer inakzeptabel sind.

Davon zu unterscheiden sind solche – ebenso wesentliche – in der Due Diligence hervorgekommene Probleme, die durch den Verkäufer behoben werden können. Die konkrete Umsetzung einer solchen Sanierung hängt insbesondere von der zeitlichen Komponente ab: Besteht kein Zeitdruck bei der Durchführung der Transaktion, kann der Käufer die Lösung des identifizierten Problems als Bedingung für das

[41] Vgl. zu den folgenden Ausführungen *Harasser*, Due Diligence: Identifikation, Bewertung und Handhabung von Risiken, ZLB 2013, 9; sowie *Heidinger/Graf*, Rechtliche Due Diligence, in *Heidinger/Albeseder*, Due Diligence – Ein Handbuch für die Praxis, 29.

weiterverhandeln setzen. Soll es hingegen – aus welchen Gründen auch immer – zu einem Vertragsabschluss kommen, bevor der Verkäufer die Schwachstelle beheben kann, besteht die Möglichkeit den Käufer diesbezüglich vertraglich abzusichern, beispielsweise durch Aufnahme einer aufschiebenden Bedingung oder einer „Closing Condition", welche zur Folge hat, dass der Verkäufer die Problemlösung im Zeitpunkt des Closings als Voraussetzung für dessen Durchführung nachzuweisen hat.

Eine andere mögliche Reaktion auf das Vorliegen schwerwiegender Haftungsrisiken stellt auch die Änderung der Transaktionsstruktur dar; so kann beispielsweise – im Falle von umfassenden Haftungsrisiken in Bezug auf die Zielgesellschaft von einem Share Deal Abstand genommen werden und die kaufgegenständliche Liegenschaft im Wege eines Asset Deals erworben werden.

Die Anpassung des Kaufpreises ist eine weitere – eher wirtschaftliche als rechtliche – Alternative. Derartige Lösungen, die zu einer Übernahme des Risikos durch den Käufer gegen Reduktion des Kaufpreises führen, kommen in der Praxis durchaus häufig vor, wenngleich die Verhandlungen über die Höhe der Preisreduzierung naturgemäß schwierig sind. Neben der unmittelbaren Reduktion des Kaufpreises gibt es auch andere Gestaltungsformen, wie beispielsweise eine Staffelung der Kaufpreiszahlung samt Koppelung an den (Nicht-)Eintritt bestimmter Ereignisse oder ein Kaufpreis-Einbehalt in Verbindung mit einer entsprechenden Treuhand-Vereinbarung.

Wesentliche Bedeutung im Zusammenhang mit dem Umgang mit im Rahmen der Due Diligence aufgedeckten Risiken und Mängel kommt der vertraglichen Ausgestaltung der Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen zu.[42] Diese im Kauf- und Abtretungsvertrag vom Verkäufer abzugebenden Zusicherungen und/oder Garantien sind in der Regel die zentrale Käuferabsicherung und dienen gleichermaßen der Risikoverteilung zwischen Verkäufer und Käufer. Sohin bilden die Ergebnisse der Due Diligence die Grundlage für den Garantie- bzw. Gewährleistungskatalog sowie dessen Verhandlung. Neben den Zusagen des Verkäufers bestehen noch weitere

[42] Siehe dazu Kapitel 4.

Möglichkeiten der Berücksichtigung von im Rahmen der Due Diligence-Prüfung identifizierten Risiken im Kauf- und Abtretungsvertrag: Dafür kommt neben einer Anpassung der vertraglich vorgesehenen Verjährungsfristen[43], insbesondere die Berücksichtigung bei der Festlegung von Haftungsobergrenzen[44] ebenso wie Haftungsuntergrenzen[45], in Betracht.

[43] Zu den Verjährungsfristen siehe Kapitel 6.3.
[44] Zu Haftungsobergrenzen siehe Kapitel 6.2.
[45] Siehe zu Haftungsuntergrenzen Kapital 6.1.

3. Rechtliche Rahmenbedingungen

Bei der Prüfung der Anwendbarkeit des gesetzlichen Gewährleistungsregimes auf den Immobilienerwerb ist grundlegend nach der Transaktionsstruktur zu differenzieren: Auf einen Asset Deal (Liegenschaftskauf im engeren Sinne) sind die Gewährleistungsbestimmungen der §§ 922ff ABGB direkt anwendbar. Bei einem Share Deal (Liegenschaftserwerb durch Anteilskauf), im Rahmen dessen die Geschäftsanteile jener Gesellschaft in deren Eigentum die Liegenschaft steht, übertragen werden, kommen über die §§ 922ff ABGB hinaus die §§ 1397f ABGB als Sondergewährleistungsrecht des Forderungskaufs zur Anwendung.[46]

3.1. Überblick über das gesetzliche Gewährleistungsregime und dessen Anwendbarkeit auf Share Deals

Die Beurteilung der Anwendbarkeit der gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen auf den Share Deal ist ziemlich komplex, da Gegenstand des Share Deals und damit der Gewährleistung eben grundsätzlich eine Beteiligung und nicht wie beim Asset Deal unmittelbar die Liegenschaft ist.

Unklarheiten bestehen insbesondere hinsichtlich der Frage, unter welchen Voraussetzungen beim Anteilskauf – insbesondere ab welcher relativen Anteilsgröße – Mängel der Liegenschaft bzw. des Unternehmens[47] auch als Mängel der Beteiligung aufzufassen sind; wenngleich diese Frage nicht abschließend geklärt ist, gilt dies nach herrschender Meinung jedenfalls im Fall der Veräußerung sämtlicher Anteile einer Gesellschaft.[48] Da bei Share Deals in der Immobilienbranche in der Regel sämtliche Geschäftsanteile übertragen werden (wenn auch insbesondere aus

---

[46] Vgl. zum Unternehmenskauf *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353 (354); SZ 68/162 = ecolex 1991, 24; OGH ecolex 1996, 910; *Puck*, Der Unternehmenskauf, 17; *Ertl* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB II[3], § 1397, Rz 1.

[47] Mangels konkreter Judikatur bzw. Literatur zu dieser Frage in Bezug auf Liegenschaftstransaktionen ist die Rechtsprechung und herrschende Meinung zum Unternehmenskauf im Allgemeinen heranzuziehen.

[48] Vgl. *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353 (354); OGH ecolex 1996, 919; siehe auch *Reich-Rohrwig/Thiery*, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf, ecolex 1991, 91; *Stainer*, Die Gewährleistung im Unternehmenskauf, 127ff; Wilhelm, Zur Gewährleistung beim Kauf eines Unternehmensanteils, RdW 1985, 267; *Puck*, Unternehmenskauf 23.

grunderwerbsteuerrechtlichen Gründen oftmals an zwei oder mehrere Käufer), ist die Bedeutung der in Judikatur wie Literatur strittigen Frage, ab dem Erwerb welcher Anteilsgröße die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen zur Anwendung kommen, nicht von großer praktischer Bedeutung. Der Hintergrund der in Judikatur bzw. Literatur vertretenen Wertungen, dass beim Kauf aller oder fast aller Anteile der wirtschaftliche Gegenstand des Kaufvertrags das wirtschaftliche Unternehmen ist und die Art des Erwerbs nur eine gesetzlich zulässige Variante und im Kern nicht unterschiedlich zum Asset Deal ist,[49] kann ebenso auf Immobilientransaktionen umgelegt werden.

Unklar ist weiters die Anwendbarkeit der in § 1397 ABGB vorgesehenen Haftungsbeschränkung[50] auf den Anteilskauf, die in der Literatur überwiegend abgelehnt wird.[51]

Gemäß §§ 922ff ABGB leistet der Verkäufer primär Gewähr für die vertraglich geschuldeten Eigenschaften des Kaufgegenstandes und für gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften; stellt sich heraus, dass diese Eigenschaften nicht zutreffen und somit ein Sach- oder Rechtsmangel vorliegt, kann der Käufer Gewährleistung – bei Verschulden auch Schadenersatz – geltend machen.[52] Neben den grundlegenden Fragen der Anwendbarkeit der gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen auf Share Deals, bestehen in verschiedensten Detailfragen Unklarheiten, beispielsweise im Zusammenhang mit der Vermutung des § 922 Abs. 2 ABGB, der zufolge öffentliche Äußerungen des Übergebers im Rahmen der berechtigten Erwartungen des Erwerbers zum Vertragsinhalt werden, der in § 924 ABGB enthaltenen Vermutung der Mangelhaftigkeit bei Auftreten eines Mangels innerhalb von sechs Monaten nach Übergabe, der gesetzlichen

[49] *Lumsden*, Tax Due Diligence: Steuerliche Aspekte der Vertragsgestaltung, Steuerklauseln in *Baumann/Waitz-Ramsauer*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence, Band 2, Rz 12.
[50] Gemäß § 1397 ABGB (Haftung des Zedenten) haftet der Überträger dem Übernehmer nach entgeltlicher Abtretung sowohl für die Richtigkeit, als auch für die Einbringlichkeit der Forderung, jedoch nie für mehr als er von dem Übernehmer erhalten hat.
[51] Vgl. *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353 (354); mit Verweis auf *Puck*, Unternehmenskauf 23f mwN.
[52] Vgl. *Lumsden*, Tax Due Diligence: Steuerliche Aspekte der Vertragsgestaltung, Steuerklauseln in *Baumann/Waitz-Ramsauer*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence, Band 2, Rz 9; vgl. auch *Fischer/Foerster*, Vertragliche Gestaltung des Ankaufs, in *Teufelsdorfer*, Handbuch Immobilientransaktionen[2] (340).

Gewährleistungsbehelfe gemäß § 932 ABGB, wonach die – in der Praxis häufig präferierte – Preisminderung nur sekundär (nämlich wenn die Verbesserung unmöglich, untunlich oder aus der Sicht des Übernehmers unzumutbar ist oder vom Übergeber trotz Möglichkeit und Tunlichkeit nicht innerhalb einer angemessenen Frist durchgeführt wird)[53] zustehen.[54]

Schon dieser kurze Überblick über die Vielzahl von Unklarheiten zeigt, dass die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen des ABGB für den Anteilskauf – sei es ein Liegenschafts- oder Unternehmenskauf im Wege eines Share Deals – in der Regel ungeeignet und nicht ausreichend sind, weshalb es in der Praxis üblich ist, zur Erhöhung der Rechtssicherheit und zur Sicherstellung einer effizienten Abwicklung eines allfälligen Ausgleichs für Leistungsstörungen, von dem gesetzlichen Gewährleistungsregime abzugehen und ein eigenes Rechtsfolgensystem sowie einen Katalog der bedungenen Eigenschaften sowie Haftungsbeschränkungen individuell im Rahmen des Kauf- und Abtretungsvertrages zu vereinbaren.[55]

3.2. Abgrenzung Garantie und Gewährleistung

Da im Rahmen der vom Verkäufer abzugebenden Haftungszusagen sowohl bei Verhandlung wie auch teilweise bei Errichtung von Verträgen die Begriffe „Gewährleistung“ und „Garantie“ oftmals synonym verwendet werden oder gar – ohne nähere Detaillierung – formuliert wird, dass der Verkäufer *„dafür haftet, dass [...]“* erscheint es wichtig, zunächst die Rechtsgrundlagen unterschiedlicher Zusagen,

[53] Zu den Gewährleistungsbehelfen und Rechtsfolgen bei Verletzung von Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen siehe Kapitel 5.

[54] *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353 (354f);

[55] Vgl. *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353 (355); zur Vertragsgestaltung siehe Kapitel 4. und – hinsichtlich der Rechtsfolgen – Kapitel 5. sowie hinsichtlich der Haftungseinschränkungen – Kapitel 6.; siehe zu diesem Themenkomplex im Detail: *Bittner/Fida*, Liegenschaftserwerb zum Anteilskauf, 57ff; *Fritz*, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Risiken einer Unternehmensnachfolge durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, SWK 2005, W 169, 1223 (1225f); *Wilhelm*, Gewährleistungsnebel über dem Unternehmenskauf, ecolex 2005, 741; *Oberlechner*, Wann ist ein Unternehmen mangelhaft?, ecolex 2006, 628; *Kepplinger/Duursma*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf, ZfRV 2001, 86 (mit einer Gegenüberstellung der österreichischen zur deutschen Rechtslage); zur Judikatur siehe *Reich-Rohrwig/Thiery*, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf, ecolex 1991, 89; sowie *Saurer*, Geschäftsanteilskauf: Gewährleistung, Irrtumsanfechtung, AnwBl 2013, 329; *Walch*, Die Gewährleistungspflicht bei Unternehmensmängel bei der Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils, NZ 2013/78.

von denen nicht zuletzt auch die Rechtsfolgen abhängen, darzustellen. Diese Notwendigkeit wird durch die anglo-amerikanischen Einflüsse auf die Vertragsgestaltung noch verstärkt, da im „M&A-Bereich“ gerne von „Representations and Warranties“ oder kurz „Reps and Warranties“ gesprochen wird, was die Einordnung solcher Zusagen nach österreichischem Recht zusätzlich erschwert.

Wenngleich eine Zusammenfassung der in der Praxis üblichen Zusagen unter dem Oberbegriff „Haftungszusagen“ möglich wäre, ist dadurch hinsichtlich Abgrenzungs- und Auslegungsproblemen bezüglich der Reichweite und der Rechtsfolgen solcher Vertragsbestimmungen freilich noch nichts gewonnen.[56] Die Verwendung des unklaren Begriffes „haften“, der keinen zwingenden Hinweis auf eine – über eine Gewährleistungszusage hinausgehende – Garantieerklärung bietet, eine solche aber auch nicht ausschließt, ist jedenfalls problematisch.[57] Schließlich bedeutet „haften“ allgemein das Einstehen für eine Schuld,[58] wobei aber auch die Gewährleistung als Ausfluss der Verpflichtung zur Vertragserfüllung zu sehen ist und als „Einstehen-müssen für Sach- und Rechtsmängel“ bezeichnet wird.[59]

In entsprechenden Bestimmungen von Kauf- und Abtretungsverträgen für Immobilientransaktionen wird vom Verkäufer das Vorliegen bestimmter Eigenschaften der transaktionsgegenständlichen Liegenschaften bzw. der Zielgesellschaft und/oder deren Anteile „gewährleistet“, „garantiert“ oder „zugesichert“. Für die rechtliche Einordnung und Auslegung derartiger Haftungszusagen ist insbesondere zwischen bloßen Eigenschaftszusagen sowie (unechten bzw. echten) Garantien zu unterscheiden; auf Grund der Usancen der Vertragsgestaltung im „M&A-Bereich“, die in den letzten Jahren verstärkt auch auf den Immobilien-Sektor ausstrahlen, sind weiters sogenannte „Covenants“ (schlichte vertragliche Verpflichtungen) und „Indemnities“ (Freistellungsverpflichtungen) abzugrenzen:

---

[56] So auch *Wiedenbauer/Klauninger*, Eigenschaftszusagen & Garantien beim Unternehmenskauf, ecolex 2003, 397 (397).
[57] *Nowotny/Gelter*, „Bilanzklausel“ und Unternehmenserwerb, GesRZ 2000, 63 (63f).
[58] Vgl. *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I[10], 198.
[59] *Nowotny/Gelter*, „Bilanzklausel“ und Unternehmenserwerb, GesRZ 2000, 63 (64) mit Verweis auf *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I[10], 252.

Bloße Eigenschaftszusagen („der Verkäufer sichert zu und leistet Gewähr dafür, dass [...]") bewirken lediglich, dass der Verkäufer für nicht schon vom Verkehr gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften einzustehen hat, d.h. die zugesagte Eigenschaft wird im Sinne des § 922 ABGB bedungen und zu einer solchen des Leistungsgegenstandes erhoben.[60] Im Hinblick auf derartige Vertragsklauseln wird in Lehre und Rechtsprechung überwiegend vertreten, dass die Vertragsparteien im Rahmen derartig ausdrücklich zugesicherter Eigenschaften regelmäßig stillschweigend vereinbaren, den Beginn des Fristenlaufes auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels zu verschieben.[61] Im Falle des Fehlens solcher zugesicherter Eigenschaften werden – sofern der Vertrag keine spezielle Rechtsfolgen-Regelung vorsieht – die gesetzlichen Gewährleistungsfolgen ausgelöst, die im Einzelfall davon abhängen, ob ein Mangel als wesentlich oder unwesentlich, behebbar oder unbehebbar zu beurteilen ist.[62]

Eine *unechte Garantie* liegt hingegen dann vor, wenn der Verkäufer über die gesetzliche Gewährleistung hinausgehende vertragliche Verpflichtungen – beispielsweise für nach Anteilsübertragung entstandene Mängel, eine verschuldensunabhängige Ersatzpflicht für Mangelfolgeschäden oder eine vollständige Umkehr der Beweislast – übernimmt.[63] Kommt es bei der Interpretation derartiger Garantiezusagen zu Streitigkeiten, sind im Rahmen der Vertragsauslegung die von den Parteien angestrebten Rechtsfolgen, nicht die Wahl der wörtlichen Bezeichnung ausschlaggebend.[64]

---

[60] *Hasenauer/Pracht*, Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 50; vgl. auch *Puck*, Der Unternehmenskauf (1996), 136; *Reidinger*, Rechtsprobleme der Garantieabrede (1987), 13; *Reischauer* in *Rummel*, I[3] §§ 922, 923 ABGB, Rz 5.

[61] *Wiedenbauer/Klauninger*, Eigenschaftszusagen & Garantien beim Unternehmenskauf, ecolex 2003, 397 (398); mit Verweis auf *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II[12], 78; *Reischauer* in *Rummel*, I[3] § 933 ABGB, Rz 3a; samt Judikaturverweisen.

[62] Zu den Rechtsfolgen der Verletzung von Gewährleistungszusagen siehe Kapitel 5.; vgl. *Nowotny/Gelter*, „Bilanzklausel" und Unternehmenserwerb, GesRZ 2000, 63 (64).

[63] Vgl. *Reich-Rohrwig*, Auslegung und Reichweite von Bilanzgarantien, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band 1: Legal, Rz 47.

[64] *Wiedenbauer/Klauninger*, Eigenschaftszusagen & Garantien beim Unternehmens-kauf, ecolex 2003, 397 (398); vgl. auch *Reischauer* in *Rummel*, I[3,] § 933 ABGB, Rz 12, der argumentiert, dass sich der Parteiwille trotz der Verwendung des Wortes „Garantie" etwa auch auf eine bloße Verlängerung der Gewährleistungsfrist beziehen kann; allgemein zur Auslegung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen als Rechtsfolgeanordnungen *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft[2], 185ff.

Dementsprechend wird eine Haftungszusage, wonach der Verkäufer – beispielsweise im Falle einer Bilanzgarantie, die eben in der Regel als „Garantie“ bezeichnet wird – für die ordnungsgemäße Erstellung des Jahresabschlusses „garantiert“, in aller Regel nach ständiger Rechtsprechung nur als „unechte Eigenschaftsgarantie“ zu verstehen sein;[65] im Zweifel darf sohin lediglich angenommen werden, dass der Verkäufer nur für Mängel, die bereits im Zeitpunkt der Anteilsübertragung zumindest als Anlage vorhanden waren, haften will und darf dementsprechend nicht von einer Erweiterung der gesetzlichen Einstandspflicht ausgegangen werden.[66] Dies ist meines Erachtens im Ergebnis durchaus richtig, da insbesondere bei Share Deals eine Haftung für erst nach der Anteilsübertragung entstehende Mängel nicht sachgerecht und damit von den Vertragsparteien in der Regel nicht gewollt ist, da der Verkäufer nach dem Closing keinerlei Einfluss auf die Zielgesellschaft und deren Geschäftsführung hat.[67]

Die unechte Eigenschaftsgarantie ist sohin – zusammenfassend betrachtet – als eine Abänderung bzw. Erweiterung des dispositiven allgemeinen Gewährleistungsrechts anzusehen und als Haftungstatbestand demselben zuzuordnen,[68] wenngleich sie eben inhaltlich über das gesetzliche Gewährleistungsrecht hinausgeht bzw. dieses modifiziert.[69]

Um eine *echte Garantie* im Sinne des § 880a 2. Halbsatz ABGB handelt es sich dann, wenn ein selbständiger Verpflichtungsgrund vorliegt; ein solcher echter Garantievertrag bewirkt sohin die Begründung einer selbstständigen Schuld, welche von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldverhältnisses unabhängig ist.[70]

---

[65] Siehe zB OGH JBl 2003, 853; JBl 1981, 285; SZ 54/81; SZ 50/93; JBl 1991, 385.

[66] *Reich-Rohrwig*, Auslegung und Reichweite von Bilanzgarantien, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band 1: Legal, Rz 48; mit Verweis auf *Puck*, Der Unternehmenskauf (1996), 138.

[67] Ähnlich auch *Nowotny/Gelter*, „Bilanzklausel“ und Unternehmenserwerb, GesRZ 2000, 63 (64f); *Karollus-Bruner*, Was garantiert die Bilanzgarantie?, ecolex 2007, 824 (826f); *Reich-Rohrwig*, Auslegung und Reichweite von Bilanzgarantien, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band 1: Legal, Rz 48.

[68] *Puck*, Der Unternehmenskauf (1996), 137.

[69] *Wiedenbauer/Klauninger*, Eigenschaftszusagen & Garantien beim Unternehmens-kauf, ecolex 2003, 397 (399); *Binder* in *Schwimann* V^2, § 922 Rz 22.

[70] *Wiedenbauer/Klauninger*, Eigenschaftszusagen & Garantien beim Unternehmens-kauf, ecolex 2003, 397 (398); mit Verweis auf *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II^{12}, 78; *Reischauer* in *Rummel*, I^3 § 933 ABGB, Rz 3a.

Der Verkäufer haftet bei einer echten Garantie – mangels abweichender Vereinbarung – verschuldensunabhängig für das Erfüllungsinteresse (d.h. auf den positiven Schaden einschließlich des entgangenen Gewinns sowie für Mangelfolgeschäden[71]), wenn der jeweils garantierte Erfolg nicht eintritt.[72] Bei einer echten Garantie gemäß § 880a ABGB muss sich der Käufer weder augenfällige, offengelegte noch aus öffentlichen Büchern ersichtliche Mängel entgegenhalten lassen.[73] Dieser Abweichung von der gewährleistungsrechtlichen Eigenschaftszusage[74] kommt im Zusammenhang mit einer vom Käufer durchgeführten Due Diligence-Prüfung wesentliche Bedeutung zu, da auch im Fall von im Rahmen der DD offengelegten bzw. aus den DD-Unterlagen ersichtlichen Mängeln – mangels abweichender vertraglicher Regelung – unstrittiger Weise ein Anspruch des Käufers besteht.

Da ein echter Garantievertrag in aller Regel als solcher neben das eigentliche Veräußerungsgeschäft tritt, bestehen Ansprüche aus der Garantie grundsätzlich neben allfälligen Gewährleistungsansprüchen.[75] Eine weitere – in der Praxis durchaus bedeutende – Abweichung zwischen Garantie- und Gewährleistungsansprüchen liegt darin, dass für die Geltendmachung eines Anspruches aus einer Garantie der Beweis der Garantiezusage selbst samt bloßer Behauptung des Begünstigten, dass der Garantiefall eingetreten sei, ausreicht.[76] Auch im Hinblick auf die Verjährung bietet eine echte Garantie einen Vorteil, da Ansprüche (mit Schadenersatzcharakter) gemäß § 1489 ABGB in drei Jahren ab

---

[70] Vgl. *Hasenauer/Pracht,* Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 51; der Darstellung von *Kozial,* Der Garantievertrag (1981), 3, folgend.

[71] Vgl. *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV^3, § 880a Rz 12; EvBl. 1983/3; SZ 26/81; SZ 46/39; JBl. 1986, 46.

[72] Vgl. *Gschnitzer* in *Klang* IV/2^2, 223; *Puck*, Der Unternehmenskauf 137; *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II^{13}, 153; zitiert nach *Hasenauer/Pracht,* Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 51.

[73] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (601).

[74] Zum Ausschluss der Gewährleistung bei offenkundigen bzw. offengelegten Mängeln (Kenntnis des Käufers) siehe Kapitel 6.4.

[75] *Wiedenbauer/Klauninger,* Eigenschaftszusagen & Garantien beim Unternehmens-kauf, ecolex 2003, 397 (400).

[76] Vgl. *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV^3, § 880a Rz 5.

Kenntnis von Schaden und Schädiger verjähren und darüber hinaus die allgemeine 30-jährige Verjährungsfrist des § 1484 ABGB zur Anwendung gelangt.[77]

Da die Qualifikation einer Haftungszusage als bloße Eigenschaftszusage, unechte oder echte Garantie im Rahmen der Vertragsauslegung oft strittig ist und die Rechtsprechung mit der Annahme einer echten Garantie tendenziell zurückhaltend ist,[78] kommt eindeutigen vertraglichen Regelungen große Bedeutung zu, um Klarheit und Rechtssicherheit in diesem Bereich zu erzielen: Durch einen Verweis auf § 880a 2. Halbsatz ABGB oder durch ausdrückliche Anordnung einer verschuldensunabhängigen Haftung im Falle des Nicht-Vorliegens bestimmter Eigenschaften bzw. Zusagen, können nachträgliche Streitigkeiten und Auslegungsprobleme weitgehend vermieden werden.[79]

Als echte Garantie nach § 880a 2. Halbsatz ABGB sind oft auch *Freistellungsverpflichtungen („Indemnities")* rechtlich einzuordnen: „Indemnities" werden oft im Hinblick auf solche Risiken der Zielgesellschaft vereinbart, die dem Käufer zwar dem Grunde nach bekannt sind, es aber nicht sicher ist, ob – und wenn ja, in welcher Höhe – ein Schaden eintreten wird, weshalb eine Einstandspflicht des Verkäufers im Rahmen einer Gewährleistung nicht in Betracht kommt, da Gewährleistungsansprüche – wie weiter oben in diesem Kapitel bereits im Detail ausgeführt – meist insoweit ausgeschlossen sind als Risiken dem Käufer gegenüber offen gelegt wurden.[80]

Gewährleistungs- ebenso wie Garantiezusagen sind weiters von regelmäßig in Anteilskaufverträgen vorgesehenen *schlichten vertraglichen Verpflichtungen („Covenants")* abzugrenzen, die eine Haftungspflicht auferlegen, welche bei schuldhafter Nichterfüllung sanktioniert wird (z.B. die Verpflichtung des Verkäufers

---

[77] *Wiedenbauer/Klauninger,* Eigenschaftszusagen & Garantien beim Unternehmens-kauf, ecolex 2003, 397 (400); OGH wbl 1989, 127; *Nowotny/Gelter,* „Bilanzklausel" und Unternehmenserwerb, GesRZ 2000, 63 (65f); Zur Verjährung und den entsprechenden Fristen im Einzelnen siehe Kapitel 6.3.

[78] Zur Rechtsprechung hinsichtlich der Qualifikation einer Haftungszusage als unechte oder echte Garantie siehe weiter oben in diesem Kapitel.

[79] *Hasenauer/Pracht,* Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 54.

[80] Vgl. *Hasenauer/Pracht,* Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 46; Siehe dazu auch im Detail Kapitel 6.4.

zwischen Signing und Closing keine strukturändernden Gesellschafterbeschlüsse bei der Zielgesellschaft ohne Zustimmung des Käufers zu fassen oder in der Zielgesellschaft keine Handlungen außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes zu setzen).[81] Anteilskaufverträge über Immobiliengesellschaften enthalten in der Regel verschiedenste auf das Immobilienvermögen bezogene „Covenants"; beispielsweise wird vom Verkäufer in der Regel die Verpflichtung abverlangt, dass die Liegenschaften zwischen Signing und Closing weder veräußert noch belastet werden oder dass die Beendigung und der Neuabschluss von Bestandverträgen nur nach vorheriger Zustimmung durch den Käufer erfolgt.

Abschließend ist sohin festzuhalten, dass einer klaren und ausdrücklichen Regelung der Haftungszusagen im Rahmen der Vertragserrichtung überragende Bedeutung zukommt, da dies die einzige Möglichkeit darstellt die rechtliche Einordnung unter eine der in diesem Kapitel ausführlich dargestellten Kategorien samt der damit verbundenen Rechtssicherheit zu ermöglichen. Darüber hinaus ist es empfehlenswert auch die Folgen einer Verletzung der vereinbarten „Zusage" – unabhängig von der Bezeichnung als „Garantie" oder „Gewährleistung" – abschließend im Vertrag zu regeln, um einerseits spätere Unsicherheiten zu vermeiden und andererseits auch die für die Vertragsverhandlungen in diesem Bereich üblichen Diskussionen über die Bezeichnung als „Gewährleistung" oder „Garantie" zu vermeiden.[82]

[81] *Hasenauer/Pracht*, Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 44f.

[82] So auch *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (601); *Flener* bezeichnet die Diskussion dieser Fragestellung passenderweis als „unnötige Grabenkämpfe".

4. Vertragliche Gestaltung der Gewährleistungszusagen

Wie bereits ausgeführt,[83] kommt das gesetzliche Gewährleistungsregime der §§ 922ff ABGB grundsätzlich auch auf einen Anteilskauf zur Anwendung. Vielfach erweisen sich die Gewährleistungsregelungen des ABGB, die in erster Linie auf den einfachen Sach-Kauf zugeschnitten sind, für den Share Deal in der Praxis als ungeeignet, wodurch ein auf die Besonderheiten der konkreten Transaktion abgestimmtes vertragliches Sondergewährleistungsrecht erforderlich wird.[84]

4.1. Vertragliches Gewährleistungssystem

Eine vertragliche Regelung der Gewährleistung bei Immobilien-Share Deals ist nicht nur auf Grund der mit der Anwendbarkeit der Gewährleistungsregeln der §§ 922ff ABGB auf den Anteilskauf verbundenen Unsicherheiten empfehlenswert,[85] sondern auch, um Streitigkeiten über gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften – der transaktionsgegenständlichen Geschäftsanteile ebenso wie der Liegenschaften – zu vermeiden.

In diesem Sinne werden von den Vertragsparteien in der Praxis umfassende Kataloge von Eigenschaftszusagen in den Kauf- und Abtretungsvertrag aufgenommen, für die der Verkäufer einzustehen hat;[86] neben den – sowohl in der Errichtung wie auch der Verhandlung von Verträgen das Kernstück darstellende – Zusicherungen[87] sollte der Vertrag auch Regelungen über die Rechtsfolgen bei Verletzung von Eigenschaftszusagen (Gewährleistungsbehelfe)[88], die Modalitäten der Geltendmachung von Garantie- bzw. Gewährleistungsansprüchen, deren Beschränkungen[89] und weiterer mit der Gewährleistung verbundenen Rechtsfolgen

[83] Siehe Kapitel 3.1.
[84] Vgl. *Welser/Siegwart*, Die gesetzliche Gewährleistung beim Unternehmenskauf, ZUS 2011, 62 (69).
[85] Ausführlich siehe dazu Kapitel 3.1.
[86] Zu den liegenschaftsbezogenen Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen im Einzelnen siehe Kapitel 4.3. und zu den gesellschaftsbezogenen Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen siehe Kapitel 4.4.
[87] Zu den Gewährleistungszusagen im Detail siehe Kapitel 4.2. bis 4.5.
[88] Siehe dazu Kapitel 5.
[89] Im Detail zu den Haftungseinschränken siehe die Ausführungen der einzelnen Punkte des Kapitels 6.

im Detail und abschließend regeln, um Schwierigkeiten in der praktischen Umsetzung zu vermeiden.[90] Wichtig ist allerdings nicht nur die umfassende und abschließende vertragliche Regelung sämtlicher gewährleistungsrechtlich relevanter Themenkomplexe, sondern auch die konkrete und detaillierte Formulierung der einzelnen Vertragsbestimmungen. Als Beispiel sei an dieser Stelle nochmals auf die Bedeutung des Wortlautes und damit der Rechtsmatur der einzelnen Zusicherungen hingewiesen, da – wie bereits ausgeführt[91] an die konkrete Ausgestaltung als Gewährleistungs- oder Garantiezusage, schlichte vertragliche Verpflichtung oder Freistellungsverpflichtung unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft sind, weshalb auch einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung der jeweiligen Rechtsfolgen besondere Bedeutung zukommt.[92] Auf Grund der Schwerpunktsetzung der vorliegenden Arbeit auf die Zusammenhänge zwischen Due Diligence und Gewährleistung, soll an dieser Stelle ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass im Rahmen des vertraglichen Gewährleistungssystems unbedingt eine Regelung über die Folgen von im Rahmen der Due Diligence erlangten bzw. fahrlässig nicht erlangten Kenntnisse enthalten sein sollte, um spätere Streitigkeiten betreffend offenkundige Mängel hintan zu halten.[93]

Im Rahmen der vertraglichen Systematik der – nachfolgend im Detail untersuchten – Gewährleistungszusagen sollten – neben einem Katalog eben dieser zugesagten Eigenschaften – auch Regelungen darüber vorgesehen werden, für welche Eigenschaften nicht Gewähr geleistet wird; denkbar und zwecks Vermeidung von Unklarheiten empfehlenswert ist insbesondere ein vertraglicher Ausschluss sämtlicher bloß gewöhnlich vorausgesetzter – sohin aller nicht explizit zugesagten – Eigenschaften.[94] Andernfalls, insbesondere wenn der vertragliche Katalog zugesagter Eigenschaften als demonstrativ zu verstehen ist, würde für den Verkäufer auf Grund der Unklarheit hinsichtlich gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften von Anteilen

[90] Vgl. *Welser/Siegwart*, Die gesetzliche Gewährleistung beim Unternehmenskauf, ZUS 2011, 62 (69).
[91] Zur Abgrenzung zwischen Garantie und Gewährleistung und anderen relevanten Arten von Zusicherungen siehe Kapitel 3.2.
[92] Zu den Rechtsfolgen bei Verletzung von Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen siehe Kapitel 5.
[93] Siehe dazu ausführlich Kapitel 6.4.
[94] Vgl. *Welser/Siegwart*, Die praktische Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen aus Unternehmens- und Anteilskaufverträgen, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 17.

an Immobiliengesellschaften bzw. der transaktionsgegenständlichen Liegenschaft inakzeptable Haftungsrisiken verbleiben. Dementsprechend ist es aus Verkäuferperspektive – entsprechend der durchaus üblichen Vertragspraxis – jedenfalls empfehlenswert, die Gewährleistung hinsichtlich sämtlicher anderen, im Vertrag nicht ausdrücklich zugesicherten Umstände auszuschließen. Auf Grund der Parallelität von Gewährleistung und Schadenersatz sollten auch Schadenersatzansprüche – soweit gesetzlich möglich – ausdrücklich ausgeschlossen oder dem für Gewährleistungsansprüche festgelegten vertraglichen Rechtsfolgenregime unterworfen werden.[95]

Bei der zeitlichen Strukturierung des Verkaufsprozesses sowie der Vertragsverhandlungen im Speziellen, sollte die wirtschaftliche Verknüpfung der Höhe des Kaufpreises mit den Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen berücksichtigt werden. Bei einem höheren Kaufpreis werden auf Grund des dadurch höheren Risikos des Käufers meistens umfangreiche Gewährleistungszusagen gefordert; ein niedrigerer Kaufpreis berücksichtigt hingegen allfällige Risiken oder Unsicherheiten unter Umständen bereits, sodass voraussichtlich weniger Gewährleistungen gefordert bzw. gegeben werden.[96] Wirtschaftlich betrachtet ist die Höhe des Kaufpreises sohin grundsätzlich direkt proportional zum Umfang der Gewährleistungen.[97] Daraus folgt, dass der Kaufpreis und die Gewährleistungszusagen kaum getrennt voneinander verhandelt und vereinbart werden können, weshalb diese Anhängigkeit bereits möglichst früh in die Überlegungen der Vertragsparteien einbezogen werden sollte.[98]

Grundlage für die vertragliche Lösung hinsichtlich der Frage der Risikoallokation (höherer Kaufpreis kombiniert mit umfangreichen Gewährleistungen und damit

---

[95] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (611); mit Verweis auf *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353; Wenngleich ein Ausschluss von Schadenersatzansprüchen im Fall von Vorsatz oder krass grober Fahrlässigkeit jedenfalls unzulässig und sohin unwirksam ist, wird ein Ausschluss für grobe und leichte Fahrlässigkeit in der Regel zwischen Unternehmen zulässig sein, soweit nicht untypische, unvorhersehbare oder unkalkulierbare Schädigungen oder Personenschäden umfasst sind.

[96] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (600).

[97] Vgl. *Reich-Rohrwig/Thiery*, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf, ecolex 1991, 89.

[98] Vgl. *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (600).

verbundener Unsicherheit für den Verkäufer versus niedrigerer Kaufpreis ohne Gewährleistungszusagen),[99] sind die Erkenntnisse aus der wirtschaftlichen, rechtlichen, steuerlichen und technischen Due Diligence. In Abhängigkeit der sich aus der Due Diligence ergebenden Risiken wird der potentielle Käufer einerseits Mindestanforderungen an Gewährleistungszusagen definieren und andererseits – in Abhängigkeit von dem Umfang der darüber hinausgehenden Zusagen – Parameter für die Bemessung der Höhe des Kaufpreises festlegen.

4.2. Objektive / Subjektive Gewährleistungszusagen

Bevor in den folgenden Kapiteln auf die Inhalte der in Kauf- und Abtretungsverträgen über Immobilien-Share Deals vorkommenden Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen eingegangen wird, soll auf die wesentlichste diesbezügliche Unterscheidung eingegangen werden und zwar, ob es sich um eine objektive oder subjektive Zusage handelt. Diese Differenzierung bildet nämlich nicht nur einen der in Vertragsverhandlungen üblicherweise intensivst diskutierten Themenkomplexe, sondern steht auch in engem Zusammenhang mit der Due Diligence.

Die – insbesondere bei liegenschaftsbezogenen Eigenschaftszusagen – oftmals vorkommende Einschränkung auf „bestes Wissen“[100] hat entscheidende Bedeutung für den Umfang der jeweiligen Zusage und daraus resultierend für die Risikoallokation zwischen Verkäufer und Käufer; da die konkrete Ausgestaltung der Gewährleistungen bzw. Garantien Verhandlungssache ist, sollten den Vertragsparteien die Folgen der jeweiligen Formulierungen bewusst sein, um einen vernünftigen Interessenausgleich zu schaffen.[101] Grundlage dafür ist – wie die folgenden Ausführungen verdeutlichen – die durch die Due Diligence erworbene Wissenslage über die transaktionsgegenständliche Liegenschaft sowie Gesellschaft.

[99] *Flener*, aaO.
[100] In Anlehnung an den aus der anglo-amerikanischen Rechtssprache stammenden Terminus “best knowledge”.
[101] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that’s the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (608).

Unter *objektiven Gewährleistungszusagen* versteht man vertragliche Zusagen, die nicht durch einen Zusatz wie beispielsweise „nach bestem Wissen des Verkäufers" eingeschränkt sind. Objektiv bedeutet sohin in diesem Zusammenhang, dass nicht auf die Kenntnis oder das Kennen-müssen seitens des Verkäufers abgestellt wird und der Verkäufer dementsprechend verschuldensunabhängig für bestimmte Eigenschaften, Umstände, Ereignisse oder Zustände einzustehen hat.[102] Solche Gewährleistungszusagen sollten von der Verkäuferseite naturgemäß nur dann abgegeben werden, wenn der Verkäufer die maßgebenden Umstände sicher kennt und das daraus resultierende Haftungsrisiko einschätzen kann.[103] Daraus ergibt sich die Bedeutung einer „Vendors Due Diligence", die bereits vor dem Start des Verkaufsprozesses von dem Verkäufer durchgeführt werden sollte. Ohne einer solchen umfassenden und detaillierten Prüfung möglicher Risiken durch den Verkäufer, verfügt dieser nicht über die für die Vertragserrichtung und insbesondere für die Vertragsverhandlung notwendigen Informationen. Kennt der Verkäufer die maßgebenden Umstände nämlich nicht, kann er einzelne objektive Zusagen in den Vertragsverhandlungen möglicherweise nicht akzeptieren, wodurch eventuell die gesamte Transaktion gefährdet wird. Durch das Akzeptieren der Objektivität ohne die Möglichkeit das diesbezügliche Haftungsrisiko einzuschätzen, würde der Verkäufer in einem solchen Fall ein unkalkulierbares Wagnis eingehen. Für den Käufer hingegen sind objektive Gewährleistungs- bzw. Garantiezusagen, die den weitesten Rahmen darstellen, natürlich erstrebenswert, da dadurch das Risiko auf der Seite des Verkäufers liegt und die Interessen des Käufers in vollem Umfang geschützt sein sollten, wodurch die aus Käufersicht stets angestrebte Sicherstellung der Wertäquivalenz gewährleistet sein sollte.[104]

Aus all diesen Gründen sind Verkäufer oftmals nur bereit ***subjektive Gewährleistungszusagen*** unter dem Vorbehalt des „Best Knowledge" abzugeben, insbesondere in Bezug auf solche Eigenschaften, die weder vom Verkäufer

[102] Vgl. *Hasenauer/Pracht,* Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 59.
[103] Vgl. *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (608).
[104] Vgl. *Hasenauer/Pracht,* Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 60.

veranlasst noch innerhalb seiner Wahrnehmung liegen.[105] In diesem Sinne enthalten derartige Vertragsbestimmungen eben häufig die Einschränkung „nach (bestem) Wissen des Verkäufers“[106], oftmals als Kompromiss, auf den sich die Vertragsparteien im Rahmen der Verhandlungen einigen. Mit einer solchen „Best-Knowledge-Klausel“ wird die Haftung des Verkäufers auf bestimmte Eigenschaften, Umstände, Ereignisse oder Zustände, die dem Verkäufer nach bestem Wissen bekannt sind, eingeschränkt, wobei diese Klausel sowohl in positiver Form (also dem Bestehen oder Eintreten der bedungenen Eigenschaften), als auch in negativer Form (also dem Nicht-Bestehen oder Nicht-Eintreten der bedungenen Eigenschaften), ausgestaltet sein kann.[107]

Durch eine solche Einschränkung auf das beste Wissen des Verkäufers kommt es zu einer Erhöhung der Schwelle für eine Haftung des Verkäufers und dementsprechend zu einer Verringerung des Schutzes des Käufers, dem – mangels abweichender Vereinbarung – die Darlegungs- und Beweislast für die Kenntnis bzw. fehlende Kenntnis des Verkäufers obliegt.[108] In der Praxis ist zu berücksichtigen, dass die Durchsetzung von Garantie- bzw. Gewährleistungsansprüchen aus subjektiven Zusagen äußerst schwierig ist, da der Beweis des Kennens oder Kennen-müssens in der Regel nicht oder nur sehr schwer erbracht werden kann.[109] Vor diesem Hintergrund sollte die Verteilung der Beweislast im Rahmen der privatautonomen Vertragsgestaltung entsprechend dem Interesse der Vertragsparteien und dem jeweils erzielten Verhandlungsergebnis entsprechend autonom – abweichend vom Gesetz – geregelt werden.[110] Die gesetzliche Vermutung des § 924 2. Satz ABGB (Vermutung der Mangelhaftigkeit während der ersten sechs Monate ab Übergabe) ist dispositiv und wird in der Vertragspraxis auch häufig ausgeschlossen und durch eine

[105] *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353.
[106] Bzw. im Englischen: *„To the best knowledge of the Seller“* oder *„As far as the Seller is aware”*.
[107] *Hasenauer/Pracht,* Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 61.
[108] Vgl. *Flener*, To guarantee or not guarantee – that’s the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (609).
[109] So auch *Rödder,/Hölzl/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf Unternehmensverkauf § 10, Rz 31.*
[110] Vgl. *Picot* in *Picot*, Handbuch Mergers & Acquisitions[3], 171.

abweichende Beweislastregelung, über die im Rahmen der Vertragsverhandlungen oftmals diskutiert wird, ersetzt.[111]

Noch wichtiger als die Frage der Beweislast ist die vertragliche Regelung des konkreten Inhaltes der Beschränkung auf „bestes Wissen", um die unklare Interpretation der gesetzlichen Wissenszurechnung zu vermeiden. Wenn der Kauf- und Abtretungsvertrag nämlich keine Definition des (besten) Wissens des Verkäufers enthält, wird darunter das Wissen des Verkäufers, im Falle von natürlichen Personen eben deren Wissen, oder bei juristischen Personen das Wissen der Organe, zu verstehen sein; in Bezug auf juristische Personen herrscht allerdings Uneinigkeit darüber, ob die Zurechnung des Wissens der Organe unbeschränkt als bekannt oder aus Fahrlässigkeit unbekannt erfolgt, wenn die Organe bei angemessener Sorgfalt davon hätten wissen müssen, oder ob lediglich für das jeweilige Geschäft zuständigen Organen das volle Wissen zugerechnet wird und bei nicht zuständigen Organen nur dienstliche Kenntnisse zugerechnet werden.[112] Bei sonstigen Vertretern wird nach der herrschenden Meinung danach differenziert, ob es sich um den Vertretungsbereich des jeweiligen Vertreters handelte oder nicht.[113]

Um die daraus resultierende Rechtsunsicherheit zu vermeiden, ist es sohin jedenfalls empfehlenswert in den Kauf- und Abtretungsvertrag eine klare Definition des Terminus „bestes Wissen" aufzunehmen. In erster Linie ist klarzustellen, ob nur positives Wissen oder auch (grob) fahrlässige Unkenntnis eine Haftung begründen soll.[114] Naturgemäß wird von der Käuferseite stets versucht fahrlässige Unkenntnis der tatsächlichen Kenntnis gleichzusetzen, da dies die Rechtsposition des Käufers bei der Geltendmachung entsprechender Garantie- bzw. Gewährleistungsansprüche deutlich verbessert, insbesondere wenn die gesetzliche Beweislastregel anwendbar ist und die Beweislast sohin den Käufer trifft.

---

[111] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (609).
[112] *Thierrichter*, Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (323).
[113] Vgl. *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Band 1[13], 75f; *Graf*, Stille Refinanzierung, Wissenszurechnung und Aufklärungspflicht, ÖBA 1997, 428.
[114] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (609).

Neben der Definition, was inhaltlich unter „bestem Wissen“ zu verstehen ist, sollte auch explizit festgehalten werden, das Wissen welcher Personen dem Verkäufer zuzurechnen ist. Idealerweise sollten diese Personen nach Möglichkeit namentlich genannt werden,[115] um spätere Unklarheiten zu vermeiden. Jeder Käufer einer Immobilie im Wege eines Share Deals ist gut beraten, genau zu überlegen, wessen Wissen in der Sphäre des Verkäufers relevant ist und welche Personen dementsprechend neben den Organen (Vorstand, Geschäftsführung, Stiftungsvorstand) dem Verkäufer zugerechnet werden sollten. Bei Immobilientransaktionen kommt beispielsweise der zuständige Projektleiter oder Asset Manager bis hin zur Zurechnung der Hausverwaltung oder des Facility Managements in Betracht.[116] Auch zu dieser Detailfrage liefert die Due Diligence wertvolle Hintergrundinformationen, da aus den offen gelegten Dokumenten (z.B. Korrespondenz) oftmals jene Personen identifiziert werden können, die intensiv mit den jeweiligen Liegenschaften befasst sind oder einzelne Themenbereiche, die unter Umständen spezielle Risiken beinhalten, bearbeitet haben. Solche aus der Due Diligence erzielten Kenntnisse sollten jedenfalls in die Vertragsverhandlungen einfließen, sodass aus der Perspektive des Käufers sichergestellt ist, dass sich die „best knowledge-Klausel“ auf Personen bezieht, die über entsprechendes Wissen verfügen bzw. verfügen müssten. Bezieht sich eine derartige Vertragsbestimmung – beispielsweise mangels vertraglicher Definition der dem Verkäufer zuzurechnenden Personen – lediglich auf die Organe des Verkäufers, besteht in der Praxis oftmals die Gefahr, dass beispielsweise die Geschäftsführung über kein Detailwissen hinsichtlich der transaktionsgegenständlichen Liegenschaft verfügt. Dies ist häufig dann der Fall, wenn es sich bei der Verkäuferseite um eine große Immobiliengesellschaft handelt, deren Vorstände bzw. Geschäftsführer auch in einer Vielzahl von Projektgesellschaften Geschäftsführungsfunktionen inne haben und dementsprechend kaum über Detail-Wissen über die einzelnen Immobilien verfügen. In diesen Fällen könnten subjektive Eigenschaftszusagen, die sich auf solche Organe beziehen, ins Leere gehen. Dies kann seitens des Käufers nur dadurch verhindert werden, dass – im Rahmen der Due Diligence – herausgefunden wird, welche Personen aus dem

[115] Vgl. *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353.
[116] Vgl. *Fischer/Foerster*, Vertragliche Gestaltung des Ankaufs, in *Teufelsdorfer*, Handbuch Immobilientransaktionen[2], 343.

Konzern des Verkäufers (beispielsweise als Asset Manager) mit der transaktionsgegenständlichen Liegenschaft befasst waren.

Im Ergebnis liegt die Einschränkung auf subjektive Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen naturgemäß im Interesse des Verkäufers, da es durch die erhöhte Haftungsschwelle zur Verlagerung des Risikos auf die Käuferseite kommt, weshalb der Käufer solchen „Best Knowledge-Klauseln" eher nur in Ausnahmefällen zustimmen wird.[117] Im Bereich von Immobilientransaktionen kommt es in den letzten Jahren auf Grund der Marktsituation vermehrt zur Akzeptanz der Subjektivität durch die Käuferseite, da die Verkäufer von attraktiven Liegenschaften, insbesondere von solchen in sehr guten Lagen, auf Grund der hohen Nachfrage oftmals in der stärkeren Verhandlungsposition sind. Unabhängig davon kann man auf der Käuferseite gegen derartige Einschränkungen auf das beste Wissen des Verkäufers ins Treffen führen, dass die Gewährleistungen der Absicherung des Kaufpreises dienen und die Durchsetzbarkeit der Zusagen nicht von einer allfälligen Kenntnis des Verkäufers abhängig gemacht werden soll.[118] Die Thematik der Subjektivität von Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen unterstreicht jedenfalls die Bedeutung einer ausführlichen Due Diligence, da einerseits aus der DD Anhaltspunkte für die spätere Beweisführung hinsichtlich des Wissens bzw. Wissenmüssens des Verkäufers zu gewinnen sind und die Ergebnisse der Due Diligence andererseits ausschlaggebend für die Entscheidung des Käufers sind, ob eine derartige Einschränkung einer Eigenschaftszusage überhaupt akzeptiert werden kann.

4.3. Liegenschaftsbezogene Gewährleistungszusagen

Betrachtet man nun die Gewährleistungs- bzw. Garantiezusagen im Einzelnen, kommt den Ergebnissen der Due Diligence im Rahmen der Vertragserrichtung die größte Bedeutung im Zusammenhang mit den Zusicherungen hinsichtlich des Liegenschaftsvermögens zu. Dies bezieht sich auf beide Vertragsseiten, da die

[117] Vgl. *Hasenauer/Pracht*, Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 61 mwN.
[118] *Thierrichter*, Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (323); mit Verweis auf *Kästle/Oberbracht*, Unternehmenskauf, 176.

jeweiligen Ergebnisse der Verkäufer- bzw. Käufer-Due Diligence[119] die Eckpfeiler für die einzelnen Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen darstellen. So wird der Verkäufer beispielsweise im Rahmen der Vertragsverhandlungen tunlichst vermeiden Zusagen hinsichtlich solcher Eigenschaften der transaktionsgegenständlichen Liegenschaften abzugeben, bei denen sich im Rahmen der von der Verkäuferseite vor dem Start des Verkaufsprozesses durchgeführten Due Diligence entsprechende Risiken gezeigt haben. Umgekehrt wird die Käuferseite naturgemäß nur dann auf Gewährleistungszusagen betreffend wesentlicher Eigenschaften verzichten, wenn die Due Diligence jeweils entsprechend zufriedenstellende Ergebnisse erbracht hat; anderenfalls wäre natürlich auch eine Berücksichtigung der verbleibenden Risiken bei der Kaufpreisbemessung möglich.[120] In der Praxis nehmen diese Diskussionen über den Umfang der Zusicherungen die meiste Zeit der Vertragsverhandlungen in Anspruch und werden in der Regel auf Basis der jeweiligen Erkenntnisse der Due Diligence-Prüfungen Kompromisse geschlossen, aus denen sich abschließend der Katalog an Garantie- und Gewährleistungszusagen ergibt.

Wie weiter oben bereits ausgeführt,[121] ergibt sich die Notwendigkeit eines derartigen Kataloges an Eigenschaftszusagen aus der üblicherweise angewandten Vertragssystematik, wonach eben von der Verkäuferseite Gewährleistungszusagen bestimmten Umfangs abgegeben werden und darüber hinaus die Gewährleistung ausgeschlossen wird. Bei der Errichtung von Kauf- und Abtretungsverträgen über Immobilientransaktionen, die im Wege eines Share Deals abgewickelt werden, empfiehlt es sich, den Katalog der Zusicherungen der Übersichtlichkeit halber zu untergliedern, beispielsweise – entsprechend der auch diesen Unterkapiteln zu Grunde gelegten Systematik – zwischen Zusicherungen hinsichtlich des Liegenschaftsvermögens einerseits und solchen hinsichtlich der transaktionsgegenständlichen Gesellschaft bzw. deren Anteile andererseits; darüber hinaus sind natürlich jeweils Unterkategorien sinnvoll.

[119] Zur Due Diligence Prüfung im Detail siehe Kapitel 2. sowie zur Vendor Due Diligence im Speziellen Kapitel 2.1.
[120] Zu den Auswirkungen der Ergebnisse der Due Diligence im Detail siehe Kapitel 2.6.
[121] Siehe Kapitel 4.1.

Naturgemäß entsprechen die liegenschaftsbezogenen Gewährleistungszusagen grundsätzlich jenen, die ebenso in Kaufverträgen über Asset Deals enthalten sind. Inhaltlich unterscheiden sich diese Zusagen nach der Art der transaktionsgegenständlichen Liegenschaft(en); abhängig davon, ob beispielsweise land- und forstwirtschaftliche Grundstücke oder Fachmarkt- bzw. Einkaufszentren veräußert werden, variieren selbstverständlich die Inhalte und der Umfang der vertraglichen Zusicherungen. Während sich bei „Standard-Immobilien" wie Zinshäusern oder Neubau-Wohnimmobilien typische Gewährleistungskataloge herausgebildet haben, sind bei speziellen Immobilien – wie beispielsweise Hotels oder Betriebs- bzw. Industrieliegenschaften – im Rahmen der Vertragserrichtung maßgeschneiderte Kataloge an entsprechenden Zusicherungen hinsichtlich des Liegenschaftsvermögens auszuarbeiten. Aus diesen Gründen kann im Folgenden lediglich ein Überblick über typische Liegenschaftszusicherungen – unter Berücksichtigung der sich aus Due Diligence-Prüfungen ergebenden Implikationen – gegeben werden.

Die wohl grundlegendste Gewährleistungszusage, die in Vertragsentwürfen stets zu berücksichtigen ist, bezieht sich auf das rechtliche und wirtschaftliche Eigentum der Gesellschaft an der Liegenschaft; ergänzend sollte aus Käuferperspektive auf einer Erweiterung bestanden werden, wonach der aktuelle Grundbuchstand vollständig und richtig ist, sohin sämtliche Belastungen in den öffentlichen Büchern eingetragen sind und die transaktionsgegenständliche Liegenschaft samt den darauf errichteten Gebäuden über die grundbücherlich eingetragenen Lasten hinausgehend frei von bücherlichen und außerbücherlichen Lasten und Rechten Dritter ist. Etwaige im Grundbuch eingetragene Lasten sind im Rahmen der Due Diligence im Detail zu prüfen.[122]

Eine weitere, die Liegenschaft betreffende Thematik, die nahezu im Rahmen jeder Vertragsverhandlung diskutiert wird, stellt die Frage der Kontamination dar. In Abhängigkeit davon, ob entsprechende Gutachten eingeholt bzw. Probebohrungen durchgeführt wurden oder entsprechende Informationen offen gelegt werden, kommt

[122] Im Zuge dieser Prüfung sind jedenfalls die den jeweiligen Lasten zu Grunde liegenden Urkunden aus dem Grundbuch auszuheben, sofern diese nicht ohnehin im Rahmen der Due Diligence-Unterlagen von der Verkäuferseite offen gelegt werden.

es in dieser Frage oft dahingehend zu einem Kompromiss, dass lediglich eine subjektive Garantie- bzw. Gewährleistungszusage vertraglich vorgesehen wird.[123] Inhaltlich empfiehlt es sich, dass die verwendeten Begrifflichkeiten wie „Bodenverunreinigungen", „Kontaminationen" oder „gefährliche Abfälle" – beispielsweise durch Gesetzesverweise[124] – definiert werden.

Weiters sollte aus der Perspektive des Käufers jedenfalls eine Gewährleistungszusage des Verkäufers vorgesehen werden, dass hinsichtlich der transaktionsgegenständlichen Liegenschaft – über etwaige im Rahmen der Due Diligence offen gelegte Verfahren hinaus – weder gerichtliche noch behördliche Verfahren anhängig sind oder drohen. Für offen gelegte Verfahren sind eventuell spezielle Regelungen in den Vertrag aufzunehmen. Hinsichtlich allfälliger (Zahlungs-)Verpflichtungen der Gesellschaft im Zusammenhang mit offen gelegten Verfahren, ist sicherzustellen, dass solche – durch eine für Share Deals typische Kaufpreisberechnungs-Klausel iVm einer Bilanzgarantie[125] – durch die Bildung von Rückstellungen kaufpreismindernd zu berücksichtigen sind.

Ein weiterer Themenkomplex betrifft die auf transaktionsgegenständlichen Liegenschaften errichteten Gebäude: Typische Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen beziehen sich darauf, dass das Gebäude gemäß den Einreichplänen samt Auswechslungsplänen, der Bau- und Ausstattungsbeschreibung, nach anerkannten Grundsätzen der Bautechnik, unter Beachtung sämtlicher anwendbarer öffentlich-rechtlicher Vorschriften und durch befugte Gewerbetreibende errichtet oder saniert wurde. Der diesbezügliche Gewährleistungskatalog richtet sich insbesondere danach, ob – und in wenn ja in welchem Umfang – eine technische Due Diligence vor Abschluss des Kauf- und Abtretungsvertrages durchgeführt wurde. Wurden die vorstehend angeführten

[123] Zur Subjektivität von Zusagen siehe Kapitel 4.2.

[124] Bei „Bodenverunreinigungen" und „Kontaminationen" wäre etwa ein Verweis auf eine größere Verunreinigung als Material gemäß einer der in § 4 der DVO 2008 denkbar, indem beispielsweise gewährleistet wird, dass „Bodenverunreinigungen" und „Kontaminationen" des Liegenschaftsvermögens, die eine größer Verunreinigung als Material gemäß § 4 Z 3 lit. a DVO 2008, Baurestmassendeponie, aufweisen; vgl. § 4 der Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft über Deponien (DVO 2008), BGBl. II 39/2008; zur Definition von „gefährlichen Abfällen" kann auf BGBl. II 227/1997 idF BGBl. II 278/2000 sowie BGBl. II 570/2003 verwiesen werden.

[125] Zur Bilanzgarantie siehe Kapitel 4.4.

Themenbereiche abschließend durch Spezialisten im Rahmen der Technischen Due Diligence geprüft, können derartige Zusagen (teilweise) entfallen. Selbiges gilt – insbesondere im Falle von neu errichteten Gebäuden – für etwaige Zusicherungen hinsichtlich der Begleichung bzw. Erfüllung allfälliger Aufschließungsgebühren, Anschlusskosten, Anliegerleistungen, Ausgleichsabgaben, etc.. In öffentlich-rechtlicher Hinsicht werden in der Praxis oft Zusagen vereinbart, wonach keine Sanierungsauflagen, Abbruchbescheide oder Bauaufträge bestehen, keine Teilungs- und Flächenabtretungsverfahren anhängig sind, sämtliche für die Errichtung der Gebäude sowie deren Nutzung erforderlichen öffentlich-rechtlichen Bewilligungen rechtskräftig vorliegen und generell keine unerfüllten öffentlich-rechtlichen Bescheide, Auflagen oder Beschränkungen vorliegen. Auf Grund der wirtschaftlichen Relevanz und zur Absicherung des Kaufpreises wird vom Käufer häufig eine Garantie oder Gewährleistung der Flächenangaben gefordert, wobei in der Regel Flächenabweichungen in einer vertraglich zu definierenden Höhe davon ausgenommen werden.[126]

Ein weiterer wesentlicher – insbesondere wirtschaftlich bedeutender – Themenkomplex betrifft allfällige Bestandverhältnisse. Im Hinblick auf eine durchgeführte Due Diligence sollte der Verkäufer gewährleisten, dass über die offen gelegten Unterlagen hinaus keine Vereinbarungen oder Nebenabreden mit Bestandnehmern (z.B. Untermiet- und Weitergabe-Rechte, Bestandzinsreduktionen, Betriebskosten- oder Investitionskostentragungsregelungen, etc.) bestehen. In Abhängigkeit von dem Detailgrad der vor Vertragsabschluss durchgeführten Due Diligence können weiters Gewährleistungen dahingehend vorgesehen werden, dass keine Mietzinsvorauszahlungen geleistet wurden, keine Ansprüche auf Mietzinsreduktion bestehen oder drohen,[127] keine Stundungsvereinbarungen oder vergleichbare die Zahlung der Bestandzinse möglicherweise beeinträchtigende Vereinbarungen abgeschlossen wurden, die vertraglich vereinbarten Mietzinse rechtswirksam vereinbart wurden und den gesetzlichen Bestimmungen

[126] Diesbezügliche Vertragsklauseln sehen beispielsweise vor, dass Abweichungen der garantieren bzw. gewährleisteten Flächen von bis zu +/- 3% nicht zu wechselseitigen Ansprüchen führen.
[127] Die Gewährleistungszusage, dass keine Ansprüche der Bestandnehmer auf eine Mietzinsreduktion drohen, wird – durchaus sachgerechterweise – oftmals auf das Wissen der Verkäuferin eingeschränkt; zur Subjektivität von Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen siehe Kapitel 4.2.

entsprechen,[128] und/oder dass sämtliche Bestandverträge sowie allfällige Ersatzbeurkundungen ordnungsgemäß vergebührt und die Gebühren bei Fälligkeit abgeführt wurden. Im Zusammenhang mit den von den Mietern hinterlegten Kautionen wird dem Vertrag oftmals eine Kautionsliste angeschlossen, deren Richtigkeit und Vollständigkeit vom Verkäufer gewährleistet wird, sodass der Käufer dahingehend abgesichert ist, dass über die angegebenen Kautionen hinaus keine Kautionen oder sonstigen Sicherstellungen durch die Bestandnehmer geleistet wurden.

4.4. Gesellschaftsbezogene Gewährleistungszusagen

Neben den soeben erörterten, liegenschaftsbezogenen Zusicherungen kommt in einem Kauf- und Abtretungsvertrag eines Immobilien-Share Deals den Gewährleistungszusagen hinsichtlich der transaktionsgegenständlichen Anteile sowie der Zielgesellschaft wesentliche Bedeutung zu. Wenngleich der diesbezügliche Gewährleistungskatalog – insbesondere jener der grundlegenden Gewährleistungszusagen – über weite Strecken dem typischerweise bei Unternehmenserwerben im Wege von Share Deals üblicherweise verwendeten entspricht, sind bei Immobilientransaktionen doch einige Besonderheiten zu beachten. In Anlehnung an die für die Vertragsgestaltung empfehlenswerte Aufgliederung der einzelnen Gewährleistungszusagen, einerseits in solche die Geschäftsanteile und andererseits solche die Gesellschaft betreffende, soll diese Systematik auch dem nachfolgenden Überblick zu Grunde gelegt werden.

Im Rahmen der *Gewährleistungszusagen hinsichtlich der Anteile* sollte grundlegend dafür Gewähr geleistet werden, dass die transaktionsgegenständlichen Geschäftsanteile bzw. Aktien im unbelasteten und unbeschränkten Eigentum des Verkäufers stehen, dieser frei über die Anteile verfügen kann und sohin das wirtschaftliche und rechtliche Eigentum unbelastet und frei von Rechten Dritter und des Verkäufers an den Käufer übergehen. Ergänzend empfiehlt es sich – in Abhängigkeit von den Ergebnissen der rechtlichen Due Diligence – Zusagen

[128] Die Gesetzeskonformität von vertraglich vereinbarten Mietzinsen ist auf Grund der Beschränkungen des MRG in dessen Vollanwendungsbereich von großer Bedeutung.

betreffend allfälliger Vorkaufs- und Aufgriffsrechte vorzusehen sowie in Bezug auf eine mögliche Vinkulierung oder andere Zustimmungserfordernisse entweder vorzusehen, dass solche nicht bestehen, oder dass die erforderlichen Zustimmungen erteilt wurden.

Derartige Zustimmungserfordernisse können sich nicht nur aus Gesellschafts- oder Syndikatsverträgen ergeben, sondern beispielsweise auch aus Finanzierungsverträgen. So ist etwa bei Immobilien-Projektfinanzierungen üblicherweise vorgesehen, dass die Banken gemäß Kreditverträgen ihre Zustimmung zur Anteilsübertragung erteilen müssen („Change of Control-Klausel"). Weiters sollte aus der Perspektive des Käufers auf einer Gewährleistungszusage bestanden werden, wonach die transaktionsgegenständlichen Anteile sämtliche Geschäftsanteile bzw. Aktien der Zielgesellschaft darstellen, keine stillen Beteiligungen, Beteiligungen am Umsatz oder Ergebnis der Zielgesellschaft oder generell keine Beteiligungen welcher Art auch immer bestehen. Außerdem ist es empfehlenswert neben den bereits erwähnten Vorkaufsrechten auch das Nichtbestehen von Optionen oder sonstigen dinglichen oder schuldrechtlichen Rechten Dritter oder des Verkäufers an den Anteilen bzw. dem Vermögen der Zielgesellschaft garantieren bzw. gewährleisten zu lassen.

Ebenso entsprechen die grundlegenden *Gewährleistungszusagen hinsichtlich der Zielgesellschaft* weitgehend denjenigen, die bei Unternehmenstransaktionen im Wege von Share Deals üblich sind, wenngleich im Immobilienbereich der Umfang und der Detailgrad der Zusagen in der Regel geringer ist; schließlich sind verschiedene Themenkomplexe – wie beispielsweise Arbeitnehmer- oder gewerbliche Schutzrechte (Marken, Muster, Patente, etc.) – bei Immobilientransaktionen üblicherweise kaum relevant.

Grundlegende Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen hinsichtlich der Zielgesellschaft beziehen sich darauf, dass diese rechtswirksam errichtet wurde und ordnungsgemäß besteht, das Stammkapital (voll) eingezahlt und der Firmenbuchstand richtig und vollständig ist. In Bezug auf den Gesellschaftsvertrag bzw. Errichtungserklärung oder Satzung wird in der Vertragspraxis oftmals eine

Gewährleistungszusage vorgesehen, dass der aktuelle, in der Urkundensammlung des Firmenbuchs aufliegende Gesellschaftsvertrag vor dem Abschluss des Kauf- und Abtretungsvertrages nicht geändert wurde und auch keine Gesellschafterbeschlüsse betreffend Änderungen des Gesellschaftsvertrages (oder sich auf die Organisation der Gesellschaft oder die Stellung der Gesellschafter beziehende Nebenvereinbarungen), die noch nicht im Firmenbuch eingetragen sind, existieren.

Zu den Standard-Klauseln derartiger Gewährleistungskataloge zählen auch Zusicherungen, dass die Zielgesellschaft weder insolvent noch überschuldet im Sinne der Insolvenzordnung ist, über das Vermögen der Zielgesellschaft weder ein Insolvenz- noch ein Ausgleichsverfahren eröffnet oder beantragt worden ist und die Voraussetzungen für ein Reorganisationsverfahren nach dem Unternehmensreorganisationsgesetz nicht vorliegen.

Über diese grundlegenden Zusicherungen hinaus sollte der Verkäufer auch bei Immobilientransaktionen – über die entsprechende liegenschaftsbezogene Zusicherung hinaus[129] – gewährleisten, dass – mit Ausnahme etwaiger offengelegter Verfahren, die im Vertrag taxativ aufgezählt werden sollten – keine zivilrechtlichen Rechtsstreitigkeiten, schiedsgerichtliche Verfahren, Strafverfahren oder Schlichtungsstellenverfahren anhängig oder angedroht sind, an denen die Zielgesellschaft als Partei oder auf sonstige Weise beteiligt ist.

Dem arbeitsrechtlichen Bereich kommt bei Immobilientransaktionen – wie bereits angedeutet – in der Regel weniger Bedeutung zu; nichtsdestotrotz sollte im Falle eines idealtypischen Erwerbes einer Liegenschaftsbesitzgesellschaft ausdrücklich festgehalten werden, dass keine Dienstverhältnisse, dienstnehmerähnliche Vereinbarungen, etc. bestehen. Für den Fall, dass in der Zielgesellschaft doch Dienstverhältnisse bestehen bzw. früher bestanden, sollte der Käufer auf einer ausdrücklichen Zusicherung bestehen, dass für allfällige Abfertigungs- und sonstige Ansprüche von (ehemaligen) Mitarbeitern durch Bildung einer Rückstellung in ausreichender Höhe Vorsorge getroffen wurde. Auch hinsichtlich der – in der Regel im Rahmen des Closing abzuberufenden – Geschäftsführern bzw. Vorstände oder

[129] Siehe dazu Kapitel 4.3.

früherer Geschäftsführer bzw. Vorstände sollte dahingehend eine Zusicherung in den Vertrag aufgenommen werden, dass seitens dieser Organe weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft Ansprüche bestehen.

Zur Absicherung gegen Steuerrisiken des Erwerbers auf Grund von gesetzlichen Bestimmungen – beispielsweise § 14 Abs. 1 BAO, § 15 Abs. 2 BAO, § 67 Abs. 4a SVG – oder gegen den Wertverlust auf Grund von Steuerschulden der erworbenen Kapitalgesellschaft,[130] sollte ein Kauf- und Abtretungsvertrag aus Käufersicht auch bei Immobilientransaktionen jedenfalls eine sogenannte ***Steuerklausel*** enthalten. Im Rahmen einer solchen Steuerklausel gewährleistet der Verkäufer, dass sämtliche Abgaben hinsichtlich der Zielgesellschaft, die den Zeitraum vor dem vertraglich zu vereinbarenden Stichtag betreffen, fristgerecht entrichtet wurden oder ausreichende Vorsorge durch Bildung entsprechender Rückstellungen getroffen wird.

Darüber hinaus empfiehlt es sich die Steuerklausel dahingehend zu erweitern, dass bis zum Stichtag sämtlichen Anmelde- und Erklärungspflichten vollständig und richtig nachgekommen wurde. Auf Grund der Stichtagsbezogenheit einer solchen Vertragsbestimmung sollte auch ausdrücklich klargestellt werden, dass allfällige Nachzahlungen von Abgaben die sich durch eine steuerliche Betriebsprüfung oder sonstige Maßnahmen der Abgabenbehörden bzw. Sozialversicherungsanstalten ergeben, vom Verkäufer zu tragen sind, soweit es sich um Abgaben handelt, für die die Zielgesellschaft Steuerschuldner oder haftender am Tag des oder vor dem Tag des vertraglichen Stichtages war.

Wichtig ist die Aufnahme einer umfassenden Definition der Steuern und Abgaben (einschließlich Nebenleistungen wie Zinsen oder sonstige Zuschläge), welche der Vertragsverfasser durch die Steuerklausel erfassen möchte, da im Falle einer zu engen Fassung dieser Begriffe auf von der vertraglichen Definition nicht erfasste Steuern und Abgaben bloß das allgemeine gesetzliche Gewährleistungsregime,[131] mit

[130] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (605).
[131] Siehe dazu Kapitel 3.1.

unter Umständen zu kurzen Gewährleistungsfristen,[132] Anwendung findet, [133] oder – im Fall eines umfassenden vertraglichen Gewährleistungsauschlusses hinsichtlich aller nicht ausdrücklich zugesicherter Eigenschaften – kein Gewährleistungsanspruch besteht.

Im Interesse des Käufers liegt es den Verkäufer vertraglich zu verpflichten den Käufer und die Zielgesellschaft bei allfälligen Prüfungen und Abgabenverfahren betreffend Zeiträume vor dem vertraglich vereinbarten Stichtag unentgeltlich zu unterstützen. Im Interesse des Verkäufers ist es wiederum, einen gewissen Einfluss auf die Abgabenverfahren (durch Informations- und Mitwirkungsrechte) zu behalten, sowie durch die Möglichkeit, das Verfahren auf eigene Kosten fortzusetzen, negative Folgen aus dieser Gewährleistungszusage von sich selbst abzuwenden, was – je nach Vertragsgestaltung im Einzelfall – bis zur Erteilung einer Vollmacht für die Ergreifung von Rechtsmitteln reichen kann.[134]

Eine in beinahe jedem Kauf- und Abtretungsvertrag – sowohl bei Unternehmens- wie auch Liegenschaftserwerben im Wege von Share Deals – enthaltene Vertragsbestimmung stellt die ***Bilanzgarantie*** dar. Eine Bilanzgarantie dient als Zusicherung sämtlicher – oder einzelner ausgewählter – Bilanzzahlen und leistet Gewähr für die Übereinstimmung zwischen den in der Bilanz festgehaltenen und den tatsächlichen Verhältnissen der Zielgesellschaft; die Definition der Bilanzgarantie als „Zusicherung" von Bilanzzahlen wirft Fragen nach ihrer Rechtsnatur auf, da Bilanzgarantien vom Zweck derartiger Regelungen als Eigenschaftszusicherungen im Rahmen des Gewährleistungsrechts ebenso wie als unechte und echte Garantien

[132] Zur Frage der Gewährleistungsfristen – u.a. auch im Hinblick auf Steuergarantien – siehe Kapitel 6.3.

[133] *Lumsden*, Tax Due Diligence: Steuerliche Aspekte der Vertragsgestaltung, Steuerklauseln in *Baumann/Waitz-Ramsauer*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence, Band II Tax, 373 (380f), der beispielsweise folgende Definition von Steuern und Abgaben vorschlägt: „Als Steuern und Abgaben gelten insbesondere, aber nicht ausschließlich, sämtliche In- und ausländischen Steuern und Abgaben wie: Lohnsteuer, Kapitalertragsteuer, Körperschaftsteuer, Kommunalsteuer, Umsatzsteuer, Gebühren oder Verkehrssteuern, Landes- und Gemeindeabgaben sowie Sozialabgaben und Sozialversicherungsbeiträge, Steuerabzugsbeträge, Steuervorauszahlungen wie Zölle (einschließlich allfälliger Bußgelder sowie gegebenenfalls festgesetzte Nebenleistungen wie Zinsen und sonstige Zuschläge."

[134] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (605).

ausgestaltet werden können.[135] Unabhängig von der tatsächlichen Rechtsnatur hat sich in der Praxis der Vertragsgestaltung generell der Begriff „Bilanzgarantie" durchgesetzt. Die Formulierungen der entsprechenden Vertragsbestimmungen stellen in der Regel auf die Vollständigkeit und Richtigkeit der Jahresabschlüsse der Zielgesellschaft ab. Anders als die – auch diesbezüglich irreführende – Bezeichnung „Bilanzgarantie" ist üblicherweise nicht nur eine Zusicherung der Bilanz im Sinne von Jahresbilanz oder Schlussbilanz, sondern in der Regel des gesamten Jahres- und/oder Konzernabschlusses einschließlich Gewinn- und Verlustrechnung und Anhang gemeint.[136]

Den weitest gehenden Schutz erzielt der Käufer durch Vereinbarung einer „Bilanzgarantie der objektiven Richtigkeit und Vollständigkeit" (Übereinstimmung zwischen der Bilanz und den tatsächlichen Verhältnissen) aus welcher folgt, dass der Verkäufer für jeglichen Minderwert haftet, der sich im Vergleich zum Bilanzansatz ergibt, worunter auch nicht bilanzierte Verbindlichkeiten einschließlich Steuern und Abgaben fallen.[137] Da eine solche – äußerst käuferfreundliche – Vertragsbestimmung in der Regel von der Verkäuferseite nicht akzeptiert wird, begnügen sich Käufer in der Praxis oftmals mit einer subjektiven Bilanzgarantie, welche das Risiko des objektiv unrichtigen Jahresabschlusses dem Käufer zuordnet, sofern dem Verkäufer nicht Verschulden bei Aufstellung des Jahresabschlusses trifft: Bei einer subjektiven Bilanzgarantie sichert der Verkäufer nämlich lediglich zu, dass die Erstellung des Jahresabschlusses nach den gesetzlichen Vorschriften und in Übereinstimmung mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung und Bilanzierung erfolgte und der

[135] Zur Abgrenzung von Gewährleistungszusagen und echten bzw. unechten Garantien siehe Kapitel 3.2.; *Lumsden*, Tax Due Diligence: Steuerliche Aspekte der Vertragsgestaltung, Steuerklauseln in *Baumann/Waitz-Ramsauer*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence, Band II Tax, 373 (380f), Rz 28; mit Verweis auf *Hofmann/Nowotny*, Die Bedeutung von Bilanzgarantien beim Unternehmenskauf, GesRZ 2009, 126.

[136] *Reich-Rohrwig*, Auslegung und Reichweite von Bilanzgarantien in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 9; ausführlich zur Bilanzgarantie siehe auch *Nowotny/Gelter*, „Bilanzklausel" und Unternehmenserwerb, GesRZ 2000, 63; sowie *Karollus-Bruner*, Was garantier die Bilanzgarantie?, ecolex 2007, 824.

[137] *Lumsden*, Tax Due Diligence: Steuerliche Aspekte der Vertragsgestaltung, Steuerklauseln in *Baumann/Waitz-Ramsauer*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence, Band II Tax, Rz 30 mwN.

Jahresabschluss ein möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermittelt.[138]

Da zum Teil wesentliche Umstände – wie beispielsweise schwebende Geschäfte – nicht von der Bilanz erfasst werden, ist es empfehlenswert Bilanzgarantien zu erweitern; zusätzlich sollte geregelt werden, wie Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechte ausgeübt werden.[139] Der Frage der Ausübung von Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechten kommt im Zusammenhang mit Immobilien als Sachanlagen im Anlagevermögen nicht unwesentliche Bedeutung zu.

Da Bilanzgarantien eines in der Vergangenheit liegenden Jahresabschlusses den Zeitraum bis zum Closing nicht abdecken können, werden Bilanzgarantien in der Vertragspraxis häufig ergänzt, wobei diesbezüglich im Wesentlichen zwei Varianten in Frage kommen: Einerseits besteht die Möglichkeit eine weitere Zusicherung aufzunehmen, welche die Veränderungen zwischen dem Bilanzstichtag, dem Tag des Signing und dem Tag des Closing regelt (zB durch eine Zusicherung, dass bis zum Closing keine außergewöhnlichen Ereignisse und keine wesentlichen negativen Veränderungen eingetreten sind und dass das Unternehmen bis Tag des Closing keine Geschäfte außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes getätigt hat). Andererseits könnte zur Absicherung des Käufers die Erstellung einer Zwischenbilanz bzw. Stichtagsbilanz zum Tag des Closing vereinbart werden, insbesondere wenn zugleich eine – bei Immobilien-Transaktionen durchaus übliche – Kaufpreisadaptierung oder ein bestimmtes Mindest-Eigenkapital zum Tag des Closing vertraglich vereinbart wird.[140] Eine Bilanzgarantie führt in der Regel auch zu einer Haftung des Verkäufers für das ausgewiesene Eigenkapital als Saldogröße (Überschuss des Vermögens über die Verbindlichkeiten); eine solche

[138] Vgl. *Hofmann/Nowotny*, Die Bedeutung von Bilanzgarantien beim Unternehmenskauf, GesRZ 2009, 126.
[139] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (606),
[140] *Reich-Rohrwig*, Auslegung und Reichweite von Bilanzgarantien in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 10f mwN.

Eigenkapitalgarantie kann im Rahmen der Vertragsgestaltung – beispielsweise durch Aufnahme der Zusammensetzung des Eigenkapitals – näher spezifiziert werden.[141]

4.5. Stichtag(e) der Gewährleistungszusagen

Neben der Thematik der objektiven oder subjektiven Ausgestaltung der einzelnen Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen[142] sollte auch der Zeitpunkt, auf den sich diese Zusagen beziehen, vertraglich exakt determiniert werden. In Abhängigkeit vom jeweiligen zeitlichen Ablauf der Transaktion und der darauf entsprechend abgestimmten Vertragsgestaltung, sind unterschiedliche Stichtagsregelungen zweckmäßig: [143]

Für den Fall der einfachsten Form des Transaktionsablaufs, nach der Signing (Tag des Vertragsabschlusses) und Closing (Tag des dinglichen Rechtsübergangs) zusammenfallen, werden die Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen wohl ohne lange Diskussion zwischen Verkäufer- und Käuferseite auf diesen Tag als Stichtag bezogen.

Fallen Signing und Closing allerdings zeitlich auseinander, was auf Grund der vertraglichen Vereinbarung von aufschiebenden Bedingungen in der Praxis häufig vorkommt, wird als Stichtag häufig der Tag des Verfügungsgeschäfts (Closing) vereinbart, was für die Käuferseite naturgemäß den Vorteil hat, dass Risiken aus nachteiligen Veränderungen im Zeitraum zwischen Signing und Closing, welcher insbesondere bei aufschiebenden Bedingungen – wie grundverkehrsbehördlicher Genehmigung oder kartellrechtlicher Freigabe – durchaus einige Monate dauern kann, nicht von der Käuferseite zu tragen sind. Mangels Einflussmöglichkeiten des

[141] *Lumsden*, Tax Due Diligence: Steuerliche Aspekte der Vertragsgestaltung, Steuerklauseln in *Baumann/Waitz-Ramsauer*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence, Band II Tax, 373 (380f), Rz 32.
[142] Siehe dazu Kapitel 4.2.
[143] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (609 f); zu weiteren – in der Praxis weniger relevanten – Konstellationen; wie beispielsweise den Fall, dass der wirtschaftlich Stichtag für den Übergang des Kaufgegenstandes zeitlich vor dem Signing liegt oder der Stichtag nach dem Closing liegt, darf an diese Stelle auf die weiteren Ausführungen von *Flener* verwiesen werden.

Käufers bis zum Closing wird eine solche vertragliche Vereinbarung (Tag des Closing als Stichtag) in vielen Fällen mit einer zusätzlichen vertraglichen Garantie bzw. Gewährleistung kombiniert, wonach der Verkäufer das Unternehmen in dem Zeitraum zwischen Signing und Closing mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns führen und keine außergewöhnlichen Maßnahmen ergreifen wird.

Noch größere Bedeutung kommt einer solchen Regelung meines Erachtens – abweichend von der Ansicht von ***Flener*** – insbesondere in dem Fall zu, dass die Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen auf das Signing als Stichtag bezogen werden. Sofern eine solche vertragliche Regelung von der Käuferseite überhaupt akzeptiert wird, kommt einer weitgehenden Einschränkung der Handlungsmöglichkeiten des Verkäufers bzw. der bis zum Tag des Closing handelnden Geschäftsführer der Verkäuferseite wesentliche Bedeutung zu. In einem solchen Fall ist es – wie auch generell für den Zeitraum, in dem noch die bisherigen Geschäftsführer der Zielgesellschaft im Firmenbuch eingetragen sind – empfehlenswert, dass die Geschäftsführung keine wie immer gearteten Handlungen ohne vorherige schriftliche Zustimmung der Käufer setzen darf und im Fall von Immobilientransaktionen insbesondere keinerlei Verfügungen hinsichtlich der Liegenschaften getroffen werden, wobei auch der Abschluss und die Abänderung von Bestandverträgen vertraglich als derartig untersagte Verfügung definiert werden sollte.

Oftmals sehen Kauf- und Abtretungsverträge vor, dass sich die Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen sowohl auf den Tag des Signing als auch auf den Tag des Closing beziehen. In solchen Fällen hat es sich in der Praxis sachgerechterweise durchgesetzt, dass die Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen, die für den Zeitpunkt des Signing bereits bei Unterfertigung des Kaufvertrages abgegeben wurden, für den Zeitpunkt des Closing wiederholt werden; dies erfolgt üblicherweise im Rahmen des „Closing Memorandum“, welches neben der Dokumentation des dinglichen Übergangs der Geschäftsanteile (wofür in der Regel die Bestätigung des Verkäufers über den Erhalt des Kaufpreises notwendig ist) eben auch eine Wiederholung der Gewährleistungszusagen enthält.

Ein Detail, welches bei der vertraglichen Regelung der Stichtage berücksichtigt werden sollte, stellt die Differenzierung zwischen subjektiven und objektiven Gewährleistungen dar.[144] Für subjektive Gewährleistungszusagen kann der zeitliche Bezugspunkt aus dogmatischen Gründen nur der Tag des Signing sein, da mangels Kenntnis zum Zeitpunkt des späteren Closing von der Verkäuferseite nur für diesen Tag eine Aussage getroffen werden kann; dementsprechend wäre bei einem späteren Closing zu regeln, dass der Verkäufer den Käufer über ihm im Zeitraum zwischen Signing und Closing zur Kenntnis gelangende Umstände zu informieren hat, wenngleich in der Praxis oft – in zwar pragmatischer allerdings systematisch nicht korrekter Weise – auch subjektive Gewährleistungszusagen zum Closing wiederholt werden.[145]

[144] Zur Objektivität bzw. Subjektivität von Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen siehe Kapitel 4.2.
[145] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (610). Mit Verweis auf *Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns*, Unternehmenskauf Unternehmensverkauf, § 10 Rz 45.

5. Rechtsfolgen bei Verletzung von Gewährleistungszusagen

Auf Grund der Unschärfen des gesetzlichen Gewährleistungsrechts werden in Kauf- und Abtretungsverträgen – sowohl im M&A-Bereich allgemein wie auch bei Immobilientransaktionen im Speziellen – nicht nur die Gewährleistungszusagen,[146] sondern auch die Rechtsfolgen für den Fall der Verletzung derselben vertraglich geregelt.[147]

5.1. Vertragliches System

Eine – in der Diskretion der Vertragsparteien liegende – autonome Regelung der Rechtsfolgen von Gewährleistungszusageverletzungen im Vertrag ist jedenfalls zweckmäßig, da die gesetzlichen Rechtsfolgen, insbesondere im Bereich von Share Deals, häufig nicht sachgerecht wären.[148] Wenngleich dementsprechend allgemein anerkannt ist, dass die gesetzliche Grundsystematik für Anteilskäufe nicht – oder zumindest nur schlecht – passen und eine vertragliche Regelung daher geboten ist, stehen den – in der Regel äußerst umfangreichen –Gewährleistungskatalogen oft relativ kurze und lieblose Rechtsfolgeregelungen gegenüber, die im Anwendungsfall mehr Fragen aufwerfen als beantworten.[149]

In knapp gehaltenen, nur Standardklauseln enthaltenden Verträgen findet sich oftmals eine sogenannte „Catch-all"-Klausel als einzige Rechtsnachfolgeregelung, wonach der Käufer vermögensmäßig so zu stellen ist, wie er stünde, wenn der vertragsgemäße Zustand gegeben bzw. die vertraglichen Zusicherungen erfüllt wären; wie *Karollus-Bruner* darlegt, ist eine solche Klausel als

---

[146] Siehe dazu Kapitel 4.

[147] Vgl. *Hasenauer/Pracht*, Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 55.

[148] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (611); Nowotony/Gelter,. "Bilanzklauseln" und Unternehmenserwerb, GesRZ 2000, 63; *Rödder/Hölzl/Mueller-Thuns*, Unternehmenskauf Unternehmensverkauf, § 10, Rz 50; *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen bei Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353; *Puck*, Der Unternehmenskauf 84ff; *Oberlechner*, Wann ist ein Unternehmen mangelhaft? ecolex 2006, 628.

[149] *Karollus-Bruner*, Was garantiert die Bilanzgarantie?, ecolex 2007, 824 (827); mit Verweis auf *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353 (356*); Dorda*, Knackpunkte bei der Vertragsgestaltung, Handbuch Mergers & Acquisitions (2007) 586.

schadenersatzrechtliche Bestimmung im Fall eines von den Vertragsparteien gewollten vollen Interesseersatzes an den Käufer sachgerecht: Bei schuldhafter Verletzung vertraglicher Zusicherungen umfasst das zu ersetzende Erfüllungsinteresse nämlich bei unternehmensbezogenen Geschäften, worunter ein Anteilskauf regelmäßig fällt, oder bei grober Fahrlässigkeit, gemäß § 349 UGB den Ersatz des entgangenen Gewinns. Als Rechtsfolge bei verschuldensunabhängiger Gewährleistung entspricht dies allerdings nicht den Interessen des Verkäufers, da es so zu einer über eine Preisminderung (weit) hinausgehende Haftung kommt, selbst wenn der vom Verkäufer zu leistende Ersatz – wie in der Praxis meistens – mit dem Kaufpreis begrenzt ist, weil auch unterhalb dieser Grenze ein signifikanter Unterscheid zwischen Ersatz der Wertminderung und Schadenberechnung aus Sicht des Käufers einschließlich Gewinnentgang bestehen kann und in der Regel wird; da in den meisten Fällen im Zweifel ein allseitiger Wille auf vollen Interesseersatz nicht anzunehmen ist, weil ein über die – der Abgabe einer echten Garantie entsprechenden – Rechtsfolgen aufgeklärter Verkäufer eine solche Regelung, ausgenommen für den Fall des Verschuldens (bei Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit), ablehnen wird.[150]

In der Praxis der Vertragserrichtung wird nahezu ausnahmslos in Abtretungsverträgen sohin aus guten Gründen ein vertragliches System der Rechtsfolgen aufgenommen, um einen wirtschaftlichen Ausgleich im Fall von Leistungsstörungen sicherzustellen. Je konkreter und detaillierter ein solches Verfahren für die Abwicklung des wirtschaftlichen Ausgleichs geregelt ist, desto weniger Unklarheiten und damit Streitigkeiten treten im Anwendungsfall auf.

Bei Immobilientransaktionen sieht das vertragliche Rechtsfolgensystem meistens zunächst vor, dass der Verkäufer seine Leistung innerhalb einer bestimmten Frist nachzubessern hat, was dem gesetzlichen Gewährleistungsbehelf der Verbesserung

[150] *Karollus-Bruner*, Was garantiert die Bilanzgarantie?, ecolex 2007, 824 (827); verweisend auf *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (612f), der eine Differenzierung nach Gewährleistungszusagen sowie die ausdrückliche Klarstellung, ob Verschulden Anspruchsvoraussetzung ist, empfiehlt.

entspricht.[151] Der vom Gewährleistungsrecht neben der Nachbesserung als weiterer primärer Gewährleistungsbehelf vorgesehene Austausch kommt bei Liegenschaftstransaktionen naturgemäß nicht in Betracht. Ist eine Verbesserung unmöglich, unzumutbar oder verweigert der Verkäufer die Verbesserung bzw. nimmt er diese nicht innerhalb der vereinbarten Frist vor,[152] hat der Verkäufer dem Käufer meistens Ersatzentgelt zu leisten, was in der Wirkung einer Kaufpreisminderung (sekundärer Gewährleistungsbehelf) entspricht; oft wird in den Kauf- und Abtretungsverträgen auch für manche Zusicherungen subsidiär zur Preisminderung als Rechtsfolge Schadenersatz auf das Erfüllungsinteresse vorgesehen.[153] Die ebenfalls als sekundärer Gewährleistungsbehelf gesetzlich vorgesehene Wandlung (Aufhebung und Rückabwicklung des Vertrages) wird in Unternehmenskaufverträgen meistens ausgeschlossen, bei Immobilientransaktionen oftmals lediglich auf grundlegende Gewährleistungszusagen eingeschränkt.[154]

Im Folgenden soll nunmehr – in der üblicherweise vertraglich vorgesehenen Reihenfolge – ein kurzer Überblick über die einzelnen Rechtsfolgen, die in der Praxis in Kauf- und Abtretungsverträgen im Bereich von Immobilientransaktionen verbreitet sind, gegeben werden.

5.2. Verbesserung

Als primäre Rechtsfolge der Verletzung einer der vertraglich abgegebenen Gewährleistungszusagen wird dem Verkäufer in der Regel – entsprechend dem

---

[151] Zur Verbesserung siehe sogleich unten in Kapitel 5.2.; vgl. *Hasenauer/Pracht*, Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: legal, Rz 56.

[152] Vgl. *Fischer/Foerster*, Vertragliche Gestaltung des Ankaufs, in *Teufelsdorfer*, Handbuch Immobilientransaktionen[2], 334 (342).

[153] Erfüllungsinteresse: Positiver Schaden, entgangener Gewinn, Mangelfolgeschäden; vgl. *Hasenauer/Pracht*, Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 56; die darauf verweisen, dass einen solche Regelung der Gesetzeslage entspricht, wohingegen eine Garantie nach § 880 a, 2. Halbsatz ABGB dann vorliegt, wenn die Zusage verschuldensunabhängig erfolgt; zur Abgrenzung der Garantie von Gewährleistung siehe Kapitel 3.2.

[154] Sie dazu sogleich unten in Kapitel 5.4.; ausführlicher zur Thematik der Rechtsfolgen von Verletzungen von Gewährleistungszusagen einschließlich eines Rechtsvergleichs mit Deutschland siehe *Kepplinger/Duursma*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf, ZfRV 2001, 86; weiters mit einem Schwerpunkt auf die diesbezügliche Rechtsprechung siehe *Reich-Rohrwig/Thiery*, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf, ecolex 1991, 89; sehr ausführlich auch *Welser/Siegwart*, Die gesetzliche Gewährleistung beim Unternehmenskauf, ZUS 2011, 62.

gesetzlichen Primat der Verbesserung – die Möglichkeit eingeräumt, seine Leistung innerhalb einer bestimmten vertraglich vereinbarten Frist nachzubessern; dadurch soll dem Verkäufer die Möglichkeit gegeben werden, den Käufer – im Sinne der häufig in Abtretungsverträgen verwendeten Formulierung – so zu stellen, wie dieser stünde, wäre die Gewährleistungszusage zutreffend gewesen.[155] Abgesehen davon, dass die vertraglichen Rechtsfolgeregelungen in der Praxis ohnehin die Verbesserung als primären Gewährleistungsbehelf vorsehen, wäre für den Fall der Überlegung einer davon abweichenden Vertragsgestaltung zu beachten, dass eine solche Reglung, die das gesetzliche Primat der Verbesserung aushebeln würde, als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs. 3 ABGB qualifiziert werden könnte.

Bei Immobilientransaktionen kommt diesem Gewährleistungsbehelf der Verbesserung (oftmals auch Nachbesserung oder Nachtrag genannt), die im Wesentlichen der Naturalrestitution im Schadenersatzrecht entspricht, große Bedeutung zu. In der Praxis können nämlich Gewährleistungsansprüche aus einer Verletzung der vertraglichen Gewährleistungszusagen, insbesondere der liegenschaftsbezogenen Gewährleistungszusagen, oftmals durch Verbesserung erfüllt werden. Man denke in diesem Zusammenhang nur an die tatsächliche, technische Verbesserung im Falle des Vorliegens von Baumängeln oder Abweichungen von vertraglich vereinbarten Bau- und Ausstattungsbeschreibungen. Weiters können beispielsweise im Bereich von zugesagten öffentlich-rechtlichen Bewilligungen Gewährleistungsansprüche dadurch erfüllt werden, indem fehlende Bewilligungen im Auftrag und auf Kosten des Verkäufers nachträglich eingeholt werden.

5.3. Preisminderung

Ist eine Verbesserung unmöglich oder unzumutbar (d.h. mit wirtschaftlich vernünftigen Mitteln nicht durchführbar), wird eine Nachbesserung nicht binnen der vereinbarten Frist vorgenommen oder endgültig verweigert, hat der Verkäufer dem Käufer – entsprechend der weit verbreiteten vertraglichen Systematik – Ersatz in

[155] Vgl. *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (611); siehe auch *Picot* in *Picot*, Handbuch Mergers & Acquisitions³, S 171.

Geld zu leisten; ein solcher Geldersatz entspricht einer Kaufpreisminderung, welche zu einer Minderung der Anschaffungskosten für den Käufer führt.[156]

Eine Preisminderung ist grundsätzlich nach der relativen Berechnungsmethode unter Aufrechterhaltung der subjektiven Äquivalenz vorzunehmen, mit der das im Kauf- und Abtretungsvertrag vereinbarte Wertverhältnis aufrecht erhalten werden soll: Danach muss sich der vereinbarte Preis zum geminderten Preis so verhalten, wie der objektive Wert der Sache ohne Mangel zum objektiven Wert der Sache mit Mangel.[157]

Die Berechnung der Preisminderung stellt in der Praxis von Share Deals über Unternehmenskäufe oftmals ein Problem dar, nicht zuletzt weil grundsätzlich verschiedenste Verfahren der Unternehmensbewertung herangezogen werden können. Ähnliche Probleme stellen sich auch im Fall eines Immobilienerwerbs durch Anteilskauf, da auch für die Ermittlung des Verkehrswertes und damit der Preisminderung unterschiedliche Bewertungsverfahren herangezogen werden können; so kann es beispielsweise durchaus sein, dass eine Berechnung auf Basis des Substanzwertverfahrens zu einem gänzlich anderen Ergebnis als eine Bewertung nach dem Ertragswertverfahren führt. Dementsprechend ist es auch bei Immobilientransaktionen durchaus sinnvoll, die Berechnung der Preisminderung vertraglich zu regeln. Beispielsweise könnte auch eine Regelung vereinbart werden, nach der die Preisminderung jenem Betrag entsprechen soll, der notwendig ist, den vertragsgemäßen Zustand herzustellen, wobei die vom Verkäufer zu ersetzenden Aufwendungen möglichst genau umschrieben werden sollten, was unter Umständen auch eine Differenzierung nach den einzelnen Gewährleistungszusagen voraussetzt.[158]

---

[156] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (612); ein Schadenersatz in Geld würde allerdings nicht zu einer Minderung der Anschaffungskosten, sondern zu einem Ertrag führen.

[157] Vgl. *Fischer/Foerster*, Vertragliche Gestaltung des Ankaufs, in *Teufelsdorfer*, Handbuch Immobilientransaktionen[2], 334 (342).

[158] Vgl. *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (612).

Wenngleich Ansprüche auf Kaufpreisminderung schon begrifflich auf die Höhe des Kaufpreises beschränkt sind, sollte dies aus der Perspektive des Verkäufers vorsichtshalber auch ausdrücklich vertraglich festgehalten werden, sofern nicht ohnehin eine niedrigere Haftungsobergrenze vereinbart wurde.[159]

5.4. Rückabwicklung

Die Wandlung (Aufhebung und Rückabwicklung des Vertrages) wird in Unternehmenskaufverträgen im Allgemeinen zumeist ausgeschlossen, da damit in der Praxis eine Vielzahl von Problemen verbunden ist.[160] Auch die herrschende Meinung ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die Rückabwicklung – sowohl für den Asset Deal wie auch den Share Deal – eine ungeeignete Rechtsfolge darstellt.[161]

Auf Immobilientransaktionen können die in der Literatur gegen die Sinnhaftigkeit der vertraglichen Möglichkeit der Rückabwicklung angeführten Gründe allerdings nicht gänzlich umgelegt werden; beispielsweise erfolgt bei einem Immobilienerwerb keine mit einem Unternehmenskauf im Wege eines Asset Deals vergleichbare Integration der transaktionsgegenständlichen Vermögensgegenstände in das Unternehmen des Käufers. Auch die Problematik des Wissenserwerbs dar, welcher insbesondere in Konkurrenzsituationen zwischen Käufer und Verkäufer zu wettbewerbsrelevanten Situationen führen kann, ist im Immobilienbereich weit weniger von Relevanz. Insgesamt stellt sich die Situation sohin bei Immobilientransaktionen anders als bei einem Unternehmenskauf dar, wenngleich eine Rückabwicklung natürlich generell äußerst komplex ist.

Dementsprechend spricht vieles dafür, dass die Rückabwicklung – ebenso wie die Anfechtungsmöglichkeiten wegen Irrtums – grundsätzlich vertraglich ausgeschlossen

[159] Zu den Haftungsobergrenzen siehe 6.2.; vgl. *Flener* aaO.
[160] *Hasenauer/Pracht*, Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 57.
[161] *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung im Unternehmenskauf, wbl 2003, 353; *Nowotny/Gelter*, „Bilanzklauseln" und Unternehmenserwerb, GesRZ 2000, 63; *Puck*, Gewährleistung beim Unternehmens- und Anteilskauf, in *Nemec/Reicheneder*, Unternehmenskauf, 272; *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (613); *Kepplinger/Duursma*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf, ZfRV 2001, 86; *Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns*, Unternehmenskauf Unternehmensverkauf, § 10 Rz 63.

werden sollten.[162] Bei Verletzung von besonders essentiellen Zusagen sollte die Rückabwicklung allerdings – im Sinne einer Ausnahmeregelung – vertraglich vorgesehen werden.[163] Bei Immobilientransaktionen betreffen solche essentielle Zusagen beispielsweise das lastenfreie Eigentum der Gesellschaft an der Liegenschaft oder Rechte Dritter an den kaufgegenständlichen Anteilen. Darüber hinaus sind bei der Vertragsgestaltung wirtschaftlich besonders bedeutende Umstände zu berücksichtigen, worunter etwa die Zusicherungen des Verkäufers betreffend den Mietvertrag im Falle eines „Single-Tenant-Objektes", einschließlich – im Falle der Neuerrichtung bzw. durchgreifenden Sanierung des Objektes – der Übernahme des Mietgenstandes durch den Mieter. Hier kommen in der Praxis der Immobilienwirtschaft verschiedenste Umstände in Betracht, die in Abhängigkeit von der Art der kaufgegenständlichen Immobilie – auf Basis der Ergebnisse der Due Diligence – im Einzelfall auf die konkreten Auswirkungen der Verletzung der entsprechenden vertraglichen Zusicherungen zu prüfen sind; man denke beispielsweise nur an die wesentliche Bedeutung eines Betreiber- oder Pachtvertrages für den Käufer einer Hotel-Immobilie.

Neben einer taxativen und möglichst präzisen Formulierung der Rückabwicklungsfälle, sollte exakt geregelt werden, wie die Rückabwicklung vorzunehmen ist, da die gesetzlichen Regelungen – wie bereits ausgeführt – den Besonderheiten des Anteilskaufs nicht gerecht werden: Deshalb sollte etwa geregelt werden, dass der Verkäufer dem Käufer jene Aufwendungen zu ersetzen hat, die diesem durch den Abschluss, die Durchführung und die Rückabwicklung des Kauf- und Abtretungsvertrages entstanden sind, worunter auch angemessene Aufwendungen des Käufers fallen, die auf Grund der Rückabwicklung nutzlos geworden sind.[164]

---

[162] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (613).
[163] *Hasenauer/Pracht*, Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 57.
[164] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (614); in diesem Zusammenhang sollte beachtet werden, dass diese Aufwendungen das Unternehmen nicht bereits wirtschaftlich belasten, da der Verkäufer sonst doppelt belastet wäre.

6. Haftungseinschränkungen

Neben Gewährleistungszusagen und Rechtsfolgen für deren Verletzung, kommt auch der vertraglichen Gestaltung von Haftungsbeschränkungen bei im Wege von Share Deals abgewickelten Immobilientransaktionen wesentliche – rechtliche und gleichermaßen wirtschaftliche – Bedeutung zu. Im Folgenden werden die wesentlichsten Beschränkungen, denen üblicherweise auch bei den Vertragsverhandlungen große Aufmerksamkeit zukommt, untersucht. Neben Haftungsuntergrenzen[165] und Obergrenzen[166] ist an dieser Stelle die Bedeutung der vertraglichen Regelung der Verjährung von Garantie- bzw. Gewährleistungsansprüchen[167] und eines Gewährleistungsausschluss im Falle der Kenntnis des Käufers bzw. offenkundiger Mängel[168] zu unterstreichen. Wenngleich diese Vertragsbestimmungen auf den ersten Blick als „technische Regelungen" angesehen werden könnten, kommt ihnen tatsächlich überragende Bedeutung für die spätere rechtliche Qualifikation des Vorliegens eines Mangels bzw. eines Gewährleistungsanspruches zu.

6.1. Bagatellschwelle

Eine in der Praxis der Gestaltung von Share Purchase Agreements – im Bereich von Immobilientransaktionen ebenso wie bei Unternehmensakquisitionen – üblichen Einschränkungen der Haftung des Verkäufers, stellen Regelungen über eine Bagatellschwelle dar, die auch „De-minimis-Schwelle" oder – in der internationalen Vertragsgestaltung – „Floor" genannt wird. Eine solche Vereinbarung einer betragsmäßigen Untergrenze bewirkt, dass die Geltendmachung von Ansprüchen aus der Verletzung von vertraglich abgegebenen Gewährleistungszusagen unter der jeweiligen Grenze nicht möglich ist.[169] Folge eines solchen Ausschlusses der Haftung des Verkäufers bis zu einem bestimmten Betrag ist sohin, dass

[165] Kapitel 6.1.
[166] Kapitel 6.2.
[167] Kapitel 6.3.
[168] Kapitel 6.4.
[169] Vgl. *Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns*, Unternehmenskauf Unternehmensverkauf, § 10 Rz 73.

vernachlässigbare Bagatellfälle nicht erfasst sind, wodurch bei einem Unternehmenskauf typischerweise bestehende Unschärfen ausgeglichen werden.[170]

Die Begründung für diese – in der Praxis bei nahezu jeder Transaktion von der Verkäuferseite gewünschten Einschränkung – zielt darauf ab, dass in Abhängigkeit von dem jeweiligen Transaktionsvolumen eine Grenze einzuziehen ist, unter der der Aufwand der Abwicklung eines Garantie- bzw. Gewährleistungsanspruchs unverhältnismäßig erscheint. Unstrittigerweise ist dieser Argumentation aus praktischen Gründen einiges abzugewinnen, insbesondere wenn man den tatsächlichen Aufwand der Feststellung, Aufarbeitung und Geltendmachung eines unter die vertraglichen Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen fallenden Mangels berücksichtigt. Hingegen sind derartige Regelungen aus dogmatischen und auch wirtschaftlichen Gründen durchaus kritisch zu hinterfragen, da der jeweilige, aus einem Mangel resultierende, wirtschaftliche Nachteil unabhängig von dem Verhältnis des Betrages des wirtschaftlichen Nachteils zu dem Gesamtkaufpreis, einen Mangel im Sinne des Gewährleistungsrechtes darstellt. Dementsprechend ist im Rahmen der Vertragsverhandlungen darauf zu achten, dass die Höhe einer solchen Bagatellschwelle im Hinblick auf den Aufwand der Geltendmachung eines Anspruches und dem Kaufpreis des transaktionsgegenständlichen Liegenschaftsvermögens angemessen ist. Freileich wird von der Verkäuferseite in der Regel versucht auch über eine solche De-minimis-Klausel zu einer möglichst weitgehenden Haftungseinschränkung zu gelangen.

Je nach konkreter vertraglicher Ausgestaltung bezieht sich eine derartige Haftungsuntergrenze auf den einzelnen Gewährleistungsanspruch oder auf die Summe von Ansprüchen (sogenannter „Basket“).[171] In der Regel kommt die Beschränkung bei De-minimis-Begrenzungen auf den Wert jedes einzelnen Gewährleistungsanspruchs zur Anwendung.[172] Eine weitere Unterscheidung der

[170] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that’s the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (615); unter Verweis auf *Picot* in *Picot*, Handbuch Mergers & Acquisitions³, S 172.
[171] Vgl. *Hasenauer/Pracht*, Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 63, mit Verweis auf *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353 (356).
[172] *Thierrichter*, Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (322).

jeweiligen vertraglichen Regelungen kann daran festgemacht werden, ob ab Überschreiten der Haftungsuntergrenze für die gesamte Höhe des Anspruches Gewähr zu leisten ist, oder ob nur der die entsprechende Haftungsuntergrenze übersteigende Betrag geleistet werden muss.[173] Im ersten Fall handelte es sich um eine sogenannte freie Grenze, bei der die Haftung ab Überschreiten der Grenze eben in voller Höhe für den gesamten Betrag besteht, im zweiten Fall um einen Freibetrag, bei dem der Verkäufer ausschließlich für den den Bagatellbetrag übersteigenden Betrag haftet.[174]

Üblicherweise sieht die vertragliche Regelung vor, dass der Käufer später auftretende Ansprüche, sofern diese allenfalls vereinbarte De-minimis-Beträge, nicht aber die Freigrenze oder den Freibetrag überschreiten, geltend machen kann, sofern die Freigrenze oder der Freibetrag einmal überschritten wurde; im Falle einer gegenteiligen Regelung müsste der Käufer bis zum Ende des Ablaufes der Gewährleistungsfrist abwarten und alle Ansprüche gleichzeitig geltend machen, was dann problematisch wäre, wenn vertraglich vorgesehen ist, dass Ansprüche binnen eines gewissen Zeitraumes ab Kenntnis durch den Käufer geltend zu machen sind.[175]

6.2. Haftungsobergrenzen

Die wichtigste Beschränkung der Haftung aus Verkäuferperspektive stellen sogenannte Haftungsbegrenzungen – auch „Caps“ genannt – dar, wonach Ansprüche aus Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen oberhalb einer jeweils zu definierenden Schwelle ausgeschlossen sind. Ein solcher Höchstbetrag stellt eine Standardvereinbarung in Abtretungsverträgen ebenso wie in Kaufverträgen dar, weil die Haftung aus einer Gewährleistungszusage für den Verkäufer unter Umständen – beispielsweise im Falle der Qualifikation der Zusage als echte Garantie[176] oder aus dem Titel des Schadenersatzes – nicht durch den Kaufpreis beschränkt ist und der Verkäufer sohin ohne die Vereinbarung einer Haftungsobergrenze Gefahr liefe, im

[173] Vgl. *Hasenauer/Pracht*, Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 63.
[174] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that’s the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (616).
[175] Vgl. *Thierrichter*, Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (322).
[176] Siehe dazu Kapitel 3.2.

Falle der Gewährleistung den gesamten Kaufpreis zu verlieren oder gar darüber hinaus noch Zahlungsverpflichtungen zu unterliegen.[177] Im Interesse des Verkäufers wird sohin in der Regel eine Vereinbarung über ein derartiges „Cap" in den Vertrag aufgenommen, um die Kalkulierbarkeit seiner Risiken zu steigern,[178] und ist dieses Vertragselement sohin zudem gewissermaßen der Ausdruck des Überganges des unternehmerischen Risikos auf den Erwerber.[179]

Die exakte Höhe einer solchen Haftungsobergrenze, welche die maximale Haftung des Verkäufers aus sämtlichen Gewährleistungszusagen beschränkt, ist Verhandlungssache und hängt vom jeweiligen Einzelfall ab.[180] In der Praxis der Vertragsgestaltung ist es durchaus üblich, die „Caps" als Prozentsatz des Kaufpreises zu definieren; alternativ können die entsprechenden Haftungsobergrenzen natürlich auch betragsmäßig fixiert werden. Die Diskussion über die Höhe der Höchstbeträge zählt zu den zentralen – auch wirtschaftlich bedeutendsten – Punkten im Rahmen von Vertragsverhandlungen, da ein unmittelbarer Zusammenhang zu der wirtschaftlichen Frage der Höhe des Kaufpreises besteht. Wesentliche Grundlage für die Festlegung des Verhandlungsspielraumes in dieser Frage sind natürlich wieder die Ergebnisse der Due Diligence hinsichtlich der Einschätzung der Eintrittswahrscheinlichkeit und des Schadensausmaßes der einzelnen Risiken. Oft werden in den Vertragsverhandlungen dahingehend Kompromisse erzielt, dass unterschiedlich hohe Haftungsobergrenzen für einzelne Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen vereinbart werden.

In der Praxis der Vertragsgestaltung ist es – jedenfalls sachgerechter Weise – weit verbreitet, dass bestimmte fundamentale Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen von der Haftungsbegrenzung („Cap") ausgenommen werden: Dazu zählt für gewöhnlich die Zusage des wirksamen Bestehens der transaktionsgegenständlichen Gesellschaft und des unbelasteten, zur freien Verfügung stehenden Eigentums des

[177] *Hasenauer/Pracht*, Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 64.
[178] Vgl. *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353 (353); so auch *Kästle/Oberbracht*, Unternehmenskauf 217.
[179] *Thierrichter*, Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (322).
[180] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (616).

Verkäufers an den Anteilen als Kaufgegenstand.[181] Neben der letztgenannten, auf die Geschäftsanteile an der Zielgesellschaft bezogenen Zusage, werden derartige Ausnahmen von der Anwendbarkeit der Haftungsobergrenze bei Immobilientransaktionen, die im Wege eines Share-Deals durchgeführt werden, auch auf das unbelastete Eigentum der Zielgesellschaft an der/den Liegenschaft/en ausgedehnt. Weitere Ausnahmen können sich beispielsweise auf spezielle Schad- und Klagloshaltungsklauseln[182] oder auf eine etwaige Eigenkapitalgarantie[183] beziehen.

6.3. Verjährung

Neben inhaltlichen und betragsmäßigen Beschränkungen der Rechtsfolgen aus der Verletzung von Gewährleistungszusagen,[184] kommt auch zeitlichen Haftungsbeschränkungen wesentliche Bedeutung zu, weshalb an dieser Stelle aufbauend auf einem Überblick über die Grundlagen der Gesetzgebung und Rechtsprechung, die daraus resultierenden Auswirkungen auf die Gestaltung und Verhandlung von Kauf- und Abtretungsverträgen hinsichtlich der Dauer und des Beginns der Gewährleistungsfristen erörtert werden.

Gemäß § 933 ABGB beträgt die gesetzliche Gewährleistungsfrist beim Verkauf von beweglichen Sachen zwei Jahre und beim Verkauf von unbeweglichen Sachen drei Jahre. Bei Immobilien-Asset Deals beträgt die Frist sohin drei Jahre. Wenngleich ein Unternehmen grundsätzlich als bewegliche Sache betrachtet wird,[185] wendet die Rechtsprechung auch auf die Veräußerung von Unternehmen (Asset Deals) gewährleistungsrechtlich die 3-Jahresfrist für unbewegliche Sachen an.[186] Nach

[181] *Hasenauer/Pracht*, Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 65.
[182] Vgl. *Thierrichter*, Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (323).
[183] *Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns*, Unternehmenskauf Unternehmensverkauf, § 10 Rz 22, zitiert nach *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (616).
[184] Zu den Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen im Detail siehe Kapitel 4.
[185] Vgl. *Klicka* in *Schwimann*, ABGB[3], Band II, § 302 Rz 5 mwN.
[186] OGH 30.08.1995, 3 Ob 520/94, 559/95, SZ 68/152; OGH 24.10.1995, 4 Ob 1657, 1658/95, ecolex 1996, 247; vgl. *I, Welser/M. Siegwart*, Die praktische Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen aus Unternehmens- und Anteilskaufverträgen, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 62.

herrschender Meinung soll die lange Gewährleistungsfrist von drei Jahren auch dann maßgeblich sein, wenn der Mangel in einem beweglichen Unternehmensteil besteht und dieser Mangel auf den Wert oder die Tauglichkeit des Unternehmens als Ganzes durchschlägt. [187]

Bei einem Share Deal ist die Frage der Dauer der Gewährleistungsfrist differenziert zu betrachten: Wenngleich bei einem Anteilskauf grundsätzlich ein – der 2-jährigen Frist unterliegender – Forderungserwerb vorliegt, soll dennoch auch bei Share Deals die lange Gewährleistungsfrist maßgeblich sein, soweit es sich um Mängel des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens handelt; bei unmittelbar dem Anteil anhaftenden (Rechts-)Mängeln bleibt es hingegen bei der kurzen Frist.[188] Wendet man diese – zum Unternehmenskauf im Rahmen von Share Deals im Allgemeinen entwickelte – Rechtslage auf den hier konkret interessierenden Sachverhalt einer als Share Deal abgewickelten Immobilientransaktion an, ist ebenfalls zu differenzieren: Handelt es sich um Mängel der im Eigentum der Gesellschaft stehenden Immobilie, ist die für den Verkauf einer unbeweglichen Sache maßgebliche lange Gewährleistungsfrist von drei Jahren anwendbar. Bei unmittelbaren Mängeln der kaufgegenständlichen Anteile an der Immobilienbesitzgesellschaft ist hingegen die kurze, 2-jährige Gewährleistungsfrist relevant.

Auf Grund der einzelfallbezogenen Entscheidungen herrscht im Hinblick auf die Dauer der Gewährleistungsfrist bei Share Deals durchaus eine gewisse Unsicherheit, sodass erstens im Zweifel eine Geltendmachung innerhalb der kürzeren Frist und zweitens eine explizite Regelung im Vertrag zu empfehlen ist.[189]

---

[187] OGH 30.08.1995, 3 Ob 520/94, 559/95, SZ 68/152; OGH 24.10.1995, 4 Ob 1657, 1658/95, ecolex 1996, 247; vgl. *I, Welser/M. Siegwart,* Die praktische Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen aus Unternehmens- und Anteilskaufverträgen, in *Althuber/Schopper,* Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: legal, Rz 62; mit Verweis auf *Gschnitzer* in Klang[2], Band IV/1, 551; *Reischauer* in *Rummel*[3], § 933 Rz. 4; *Wilhelm,* Gewährleistungsnebel über dem Unternehmenskauf, ecolex 2005, 741; OLG Wien 14 R 41/97w; vgl. auch *Kepplinger/Duursema,* Gewährleistung beim Unternehmenskauf – eine Gegenüberstellung der österreichischen und deutschen Rechtslage, ZfRV 2001, 86 (93 mwN).

[188] *I. Welser/Sieghart*, Die gesetzliche Gewährleistung beim Unternehmenskauf, ZUS 2011, 62 (66); *Reich-Rohrwig/Thiery*, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf, ecolex 1991, 90; *Puck,* Der Unternehmenskauf 111.

[189] Vgl. *I. Welser/Sieghart*, Die gesetzliche Gewährleistung beim Unternehmenskauf, ZUS 2011, 62 (66); *Reich-Rohrwig/Thiry*, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf, ecolex 1991, 90; *Puck,* Der Unternehmenskauf 111.

Die Gewährleistungsfristen können gemäß § 933 Abs. 1 ABGB, der eine lex specialis zu § 1502 ABGB darstellt,[190] im Rahmen der Vertragsgestaltung verlängert und auch verkürzt werden. Von dieser – aus der im Schuldrecht vorherrschenden Vertragsfreiheit resultierenden – Möglichkeit der Modifizierung der Gewährleistungsfristen wird bei Anteilskaufverträgen regelmäßig Gebrauch gemacht,[191] insbesondere bei Immobilientransaktionen.

Im Falle einer vertraglichen Verkürzung der gesetzlich vorgesehenen Gewährleistungsfristen ist darauf zu achten, dass keine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs. 3 ABGB vorliegt und nicht gegen die guten Sitten verstoßen wird: Ob eine Verkürzung der Gewährleistungsfrist als sittenwidrig zu qualifizieren ist, hängt davon ab, ob übliche Mängel in dem vorgesehenen Zeitraum erkannt und geltend gemacht werden können; demnach wird eine äußerst kurz bemessene Frist von beispielsweise wenigen Tagen im Lichte einer allfälligen Sittenwidrigkeit kritisch sein, während Fristen über drei Monate in der Literatur bereits als akzeptabel angesehen werden.[192]

Im Rahmen der Verhandlung von Kauf- und Abtretungsverträgen über Immobilientransaktionen werden von der Käuferseite – zumindest in Bezug auf die grundlegenden Gewährleistungszusagen – in der Regel deutlich längere als die gesetzlichen Gewährleistungsfristen verlangt und kommt es daher in der Praxis häufig zu vertraglichen Verlängerungen der Fristen. Bei derartig grundlegenden Zusagen, wie etwa betreffend das lastenfreie Eigentum der Zielgesellschaft an den transaktionsgegenständlichen Liegenschaften sowie das unbelastete Eigentum an den kaufgegenständlichen Anteilen oder die Berechtigung des Verkäufers, den Anteilskaufvertrag abzuschließen, werden häufig weitaus längere Fristen als die

[190] *I. Welser/M. Siegwart,* Die praktische Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen aus Unternehmens- und Anteilskaufverträgen, in *Althuber/Schopper,* Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 65; (verweisend auf *Welser/B. Jud,* Die neue Gewährleistung, § 133 Rz 15.

[191] Vgl. *Thierrichter*, Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (321).

[192] Vgl. *P. Bydlinski,* Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung (Teil II), JBl 1993, 631; zitiert nach *Thierrichter*, Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (321).

gesetzlichen vorgesehen.[193] In der Praxis der Gestaltung von Anteilskaufverträgen bei Immobilientransaktionen ist es – wie übrigens auch bei entsprechenden Asset Deals – durchaus üblich längere Verjährungsfristen von 5 bis 10 Jahren (und teilweise darüber hinaus) zu vereinbaren, wobei diese Frage naturgemäß eine der typischerweise im Rahmen der Vertragsverhandlungen intensiv diskutieren Regelungen darstellt. Meines Erachtens ist es durchaus sachgerecht für liegenschaftsbezogene Zusicherungen, beispielsweise, dass das Liegenschaftsvermögen samt den darauf errichteten Gebäuden im rechtlichen und wirtschaftlichen Eigentum der Gesellschaft steht, dass der ausgewiesene Grundbuchstand vollständig und richtig ist, sowie dass die transaktionsgegenständliche Liegenschaft über die grundbücherlich eingetragenen Lasten hinausgehend frei von bücherlichen und außerbücherlichen Lasten und Rechten Dritter ist, Verjährungsfristen von 5 bis 10 Jahren zu vereinbaren; schließlich handelt es sich dabei – unabhängig davon, ob der Liegenschaftserwerb mittelbar oder unmittelbar erfolgt – um die zentralsten rechtlichen und damit auch wirtschaftlichen Aspekte für den Käufer. Ebenso zentral und damit eine sehr lange Verjährungsfrist rechtfertigende Zusage hinsichtlich der Geschäftsanteile ist, dass diese im unbeschränkten Eigentum des Verkäufers stehen sowie unbelastet und frei von Rechten Dritter und des Verkäufers in das wirtschaftliche und rechtliche Eigentum des Käufers übergehen. Oftmals wird in diesbezüglichen Vertragsbestimmungen darüber hinaus auch klargestellt, dass die transaktionsgegenständlichen Geschäftsanteile sämtliche Geschäftsanteile der Zielgesellschaft darstellen und keine stillen Beteiligungen, Beteiligungen am Umsatz oder Ergebnis der Gesellschaft, Vorkaufsrechte, Optionen oder andere dingliche oder schuldrechtliche Rechte Dritter oder des Verkäufers an diesen Geschäftsanteilen oder am Vermögen der Gesellschaft bestehen. Auch bei derartigen Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen erscheinen Verjährungsfristen von 5 bis 10 Jahren durchaus angemessen.

Neben derartigen grundlegenden Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen erfolgen in der Vertragspraxis häufig Verlängerungen der Fristenregelungen in Bezug auf spezielle Zusicherungen im Zusammenhang mit in der Due Diligence

[193] *Thierrichter*, Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (321).

hervorgekommenen Risiken oder in Bezug auf die Bilanzgarantie sowie insbesondere bei Steuer- und Abgabengewährleistungszusagen. Bei Letztgenannten wird die Verjährungsfrist oftmals vom Abschluss einer Betriebsprüfung abhängig gemacht, sodass Steuergewährleistungszusagen sohin bei entsprechender vertraglicher Regelung solange geltend gemacht werden können, bis die Betriebsprüfungen, die sich auf den Zeitraum vor dem Übergang der Geschäftsanteile bzw. im vereinbarten Stichtag beziehen, abgeschlossen und rechtskräftig wurden, oder Steuerlasten nach der BAO verfristet sind.[194]

Über die Dauer der Gewährleistungsfristen hinaus, empfiehlt sich auch hinsichtlich des Beginns der Gewährleistungsfristen eine explizite Regelung in den Anteilskaufvertrag aufzunehmen, um die sich auf Grund der Gesetzeslage und einzelfallbezogenen Judikatur ergebenden Unsicherheiten zu vermeiden. Hinsichtlich des gesetzlichen Beginnes der Gewährleistungsfrist gemäß § 933 Abs. 1 ABGB ist nämlich zwischen Sach- und Rechtsmängeln zu differenzieren.

Bei Sachmängeln beginnt die Gewährleistungsfrist gemäß § 933 Abs. 1 ABGB mit dem Tag der tatsächlichen Ablieferung der Sache, worunter bei Share Deals jener Zeitpunkt zu verstehen ist, in dem der Käufer wirksam in die Gesellschafterstellung gegenüber der übertragenen Gesellschaft eintritt und damit gesellschaftsrechtliche Kontrollrechte ausüben kann; dieser Zeitpunkt ist häufig – aber nicht zwingendermaßen – jener des Abschlusses des Übernahmevertrages, da sich der Käufer ab diesem Zeitpunkt zuverlässig über die Lage der Gesellschaft und des damit verbundenen Unternehmens informieren kann.[195] Sofern die tatsächliche Übernahme – im Falle einer Immobilientransaktion beispielsweise infolge des Eintritts einer aufschiebenden Bedingung wie etwa die Erteilung einer grundverkehrsbehördlichen Genehmigung – erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt,

[194] ***Thierrichter***, Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (321).
[195] Vgl. ***Wilhelm***, Zur Gewährleistung beim Kauf eines Unternehmensanteils, RdW 1985, 267; ***I. Welser/Siegwart***, Die praktische Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen aus Unternehmens- und Anteilskaufverträgen, in ***Althuber/Schopper***, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 57; ***Reich-Rohrwig/Thiery***, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf, ecolex 1991, 93; OGH 30.08.1995, 3 Ob 520/94, 559/95, Sz 68/152, OLG Wien 14 R 41/97w.

so wirkt dieser Eintritt Frist auslösend, da erst zu diesem Zeitpunkt die wirkliche Übernahme im Sinne einer Herrschaftsmöglichkeit erfolgt.[196]

Bei Rechtsmängeln hingegen beginnt die Verjährungsfrist gemäß § 933 Abs. 1 ABGB erst mit dem Tag zu laufen, an welchem dem Käufer der Mangel bekannt wird.[197] Beim Share Deal können Rechtsmängel sowohl den Geschäftsanteil selbst, als auch das Unternehmen bzw. die Liegenschaft betreffen, wobei in beiden Fällen für den Beginn der Gewährleistungsfrist jener Zeitpunkt maßgeblich ist, in dem das Recht des Dritten unzweifelhaft feststeht, also sobald mit dessen Durchsetzung durch einen Dritten zu rechnen ist.[198] Im Falle von – bei Immobilientransaktionen besonders relevanten – öffentlich-rechtlichen Mängeln, etwa dem Fehlen einer Benützungsbewilligung, wird der Fristlauf jedenfalls in Gang gesetzt, sobald der Käufer mit der bescheidmäßigen Durchsetzung durch behördlichen Auftrag rechnen muss.[199]

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es auf Grund der aus der Gesetzeslage resultierenden Unsicherheiten sowie der divergierenden Judikatur hinsichtlich des Beginns und der Dauer der Gewährleistungsfristen jedenfalls dringend zu empfehlen ist, in Kauf- und Abtretungsverträgen bei Immobilientransaktionen explizite und konkrete vertragliche Bestimmungen aufzunehmen, um im Interesse sämtlicher Vertragsparteien diesbezüglich Rechtssicherheit zu gewährleisten.

6.4. Kenntnis des Käufers / Offenkundige Mängel

Die Frage der Auswirkungen einer vor dem Abschluss eines Kauf- und Abtretungsvertrages durchgeführten Due Diligence-Prüfung auf die Gewährleistung

---

[196] *I. Welser/Siegwart*, Die praktische Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen aus Unternehmens- und Anteilskaufverträgen, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz. 57.

[197] *Ofner* in *Schwimann*, ABGB[3] Band IV, § 933, 10.

[198] *I. Welser/Siegwart*, Die gesetzliche Gewährleistung beim Unternehmenskauf, ZUS 2011, 62 (66) mit Verweis auf *Reich-Rohrwig/Thiery*, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf, ecolex 1991, 90 sowie *Puck*, Der Unternehmenskauf, 111.

[199] OGH 14.05.1992, 6 Ob 531/91, 552/92, ecolex 1992, 628; zitiert nach *I. Welser/Siegwart*, Die gesetzliche Gewährleistung beim Unternehmenskauf, ZUS 2011, 62 (66).

ist eines der – dogmatisch ebenso wie praktisch – bedeutendsten Themen im Problemfeld „Due Diligence und Gewährleistung“ bei Share Deals. Dementsprechend werden in weiterer Folge – aufbauend auf den diesbezüglichen gesetzlichen Grundlagen – die von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Auswirkungen von Due Diligence-Prüfungen hinsichtlich offengelegter Umstände bzw. Unterlagen dargestellt und die daraus resultierenden Folgerungen für die Vertragsgestaltung untersucht.

Gemäß § 928 ABGB fallen offenkundige („in die Augen fallende“) Mängel oder aus den öffentlichen Büchern[200] ersichtliche Mängel nicht unter die gesetzliche Gewährleistung, außer im Fall des arglistigen Verschweigens des Mangels oder einer ausdrücklichen Zusage der Mangelfreiheit. Wenn der Käufer sohin einen Sach- oder Rechtsmangel im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kennt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte, haftet der Verkäufer grundsätzlich nicht für diesen Mangel, beispielsweise im idealtypischen Fall von in das Grundbuch eingetragenen Lasten einer Liegenschaft.[201]

Diese Haftungsbefreiung kann in der Praxis – obwohl sie bei arglistigem Verschweigen oder ausdrücklicher Zusicherung einer Eigenschaft eben nicht greift – von hoher Relevanz sein, da dem Käufer, insbesondere bei einem Share Deal über die Einsicht in das Firmenbuch und Grundbuch hinaus, zahlreiche andere im Rahmen einer Due Diligence offen gelegte Unterlagen zur Verfügung stehen und die höchstgerichtliche Rechtsprechung den Gewährleistungsausschluss gemäß § 928 ABGB durchaus weit interpretiert: So hielt der OGH fest, dass ein Käufer keine Gewährleistungszusagenverletzung geltend machen kann, weil er verabsäumte, die Vorlage der Steuerbilanzen von der Verkäuferin zu verlangen, aus welchen die Verluste des Unternehmens für den Käufer offenkundig gewesen wären; weiters sprach sich der OGH in dieser Entscheidung auch gegen eine Aufklärungspflicht der

[200] Unter öffentliche Bücher im Sinne des § 928 ABGB fallen das Firmenbuch und das Grundbuch, nicht hingegen andere Register bzw. Datenbanken wie der Altlasten Atlas; vgl. *Oberlechner,* Wann ist ein Unternehmen mangelhaft,, ecolex 2006, 628 (630).
[201] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that’s the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (616).

Verkäuferin über die vergangenen hohen Verluste aus.[202] An dieser Stelle kann bereits festgehalten werden, dass es für den Käufer jedenfalls empfehlenswert ist, entweder entsprechende und möglichst umfassende ausdrückliche Eigenschaftszusicherungen zu verlangen oder auf Garantieversprechen im Sinne des § 880a ABGB zu bestehen, da derartige Garantieversprechen selbst dann Gültigkeit haben, wenn der Mangel offenkundig war.[203]

Wie bereits ausgeführt[204] kommt Due Diligence-Prüfungen über die Gewährleistungsthematik hinaus wesentliche Bedeutung zu, insbesondere um Detailinformationen über die Zielgesellschaft bzw. deren Liegenschaftsvermögen zu erlangen, auf Basis derer der Wert und damit der Kaufpreis festgelegt werden kann und grundsätzlich entschieden werden kann, ob der Kauf durchgeführt werden soll oder nicht. Im Rahmen einer solchen Due Diligence-Prüfung wird dem Käufer vor Vertragsabschluss Einblick in Geschäftsunterlagen, Verträge, Bilanzen, Steuerbescheide, Baugenehmigungen, etc. gewährt, wodurch der Käufer Kenntnis von Mängeln erlangen wird bzw. zumindest in die Lage dazu versetzt wird; rechtlich folgt daraus nach in der Literatur vertretener Meinung, dass die Mängel und die aus diesen Unterlagen bei gebotener Sorgfalt erkennbaren Mängel für den Käufer dadurch offenkundig bzw. bekannt werden, sodass die Einstandspflicht des Verkäufers für diese begrenzt bzw. ausgeschlossen ist.[205]

Hier stellen sich allerdings – vor dem Hintergrund der massiven Auswirkungen auf das Bestehen von Gewährleistungsansprüchen – wichtige Abgrenzungsfragen, da *Thierrichter* – abweichend von der soeben zusammengefassten Darstellung von *Hasenauer/Pracht* – unter augenfälligen Mängel nur jene Mängel versteht, die bei durchschnittlicher Sorgfalt besonders leicht erkennbar sind. Außerhalb des Anwendungsbereiches von § 377 UGB, dessen Anwendbarkeit auf den Bereich der

[202] OGH 4 Ob 1657/97, ecolex 1996, 247; *Thierrichter,* Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (323).
[203] Ausführlich zu der Abgrenzung zwischen Gewährleistung und Garantie siehe Kapitel 3.2.; vgl. OGH 4 Ob 1657/97, ecolex 1996, 247; *Thierrichter,* Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (323f).
[204] Siehe Kapitel 2.
[205] *Hasenauer/Pracht*, Gewährleistungsrecht & Due Diligence, in *Althuber/Schopper,* Handbuch Unternehmeskauf Due Diligence, Band I: Legal, Rz 32; mit Verweis auf *Röper*, Due Diligence und Gewährleistung im Share Purchase Agreement, GesRZ 2009, 136 (137), *Puck,* Der Unternehmenskauf 102.

Unternehmenskäufe überwiegend abgelehnt wird, bestehe auch keine Obliegenheit zur Prüfung auf nicht augenfällige Mängel. Daher sollte nach *Thierrichter* die Nichtdurchführung einer Due Diligence-Prüfung oder das Nichterkennen von Mängeln im Rahmen einer Due Diligence nicht zu einem Haftungsausschluss nach § 928 ABGB führen, was sogar für von Fachleuten im Rahmen einer Due Diligence erkannte, nicht augenfällige Mängel gelten solle.[206] Wenngleich ich die Ansicht, dass die Nichtdurchführung einer Due Diligence nicht zu einem Haftungsausschluss nach § 928 ABGB führen sollte, teile, erachte ich die von *Thierrichter* vorgenommene Ausweitung, wonach das Nichterkennen von Mängeln im Rahmen einer Due Dilegence generell nicht zu einem solchen Haftungsausschluss führen sollte, für zu weitgehend, da dadurch der Anwendungsbereich des § 928 ABGB massiv ausgehöhlt würde.

Unstrittig sollte meines Erachtens die in der Literatur wiederholt argumentierte Unterscheidung zwischen einer schlichten Vorlage von Unterlagen und einer tatsächlich erfolgten Offenlegung sein:[207] Hat der Verkäufer im Rahmen einer Due Diligence lediglich Unterlagen zur Verfügung gestellt, die es dem Käufer im Rahmen deren Prüfung ermöglichen könnten, festzustellen, dass ein Mangel vorliegt, genügt das nicht für die Qualifikation des Mangels als in die Augen fallend; hat der Verkäufer hingegen den Mangel per se offen gelegt, kommt § 928 ABGB jedenfalls zur Anwendung. *Parschalk/Wahl* sprechen sich dafür aus, dass ein im Rahmen einer Due Diligence erkannter oder grob sorgfaltswidrig nicht erkannter Mangel jedenfalls zu einer Haftungsbefreiung bezüglich dieser Mängel führen sollte.[208]

Die bisherigen Ausführungen dieses Kapitels zeigen sehr deutlich, dass die zentrale Frage der Auswirkungen der Due Diligence-Prüfung bzw. Offenlegung auf die Gewährleistung auf Grund der einzelfallbezogenen Rechtsprechung und der divergierenden Meinungen im Schrifttum große Rechtsunsicherheit in sich birgt.

---

[206] OGH 4 Ob 1657/97, ecolex 1996, 247; *Thierrichter*, Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (324).
[207] *Oberlechner*, Wann ist ein Unternehmen mangelhaft, ecolex 2006, 628; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB[3], § 928 Rz. 5; *Binder/Ofner* in *Schwimann*, ABGB[3], § 928 Rz. 13; vgl. OGH 4 Ob 1657/97, ecolex 1996, 247; *Thierrichter*, Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (324).
[208] *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353, zitiert nach *Thierrichter*, aaO.

Folglich ist es dringend anzuraten, diese – nicht nur dogmatisch, sondern auch wirtschaftlich relevante – Rechtsunsicherheit im Rahmen der Vertragsgestaltung zu vermeiden, indem diesbezüglich klare und abschließende Regelungen, die die konkrete Transaktionsstruktur samt allenfalls durchgeführter Due Diligence-Prüfung berücksichtigen, in den Kauf- und Abtretungsvertrag aufgenommen werden. Die Zielsetzung derartiger Vertragsbestimmungen ist naturgemäß davon abhängig, ob der Vertragserrichter die Interessen des Käufers oder des Verkäufers verfolgt.

Aus Käufersicht empfiehlt sich jedenfalls die Aufnahme einer Vertragsbestimmung, die klarstellt, dass die Anwendung des § 928 ABGB ausgeschlossen ist und dass vom Käufer durchgeführte Prüfungen die Gültigkeit der Gewährleistungszusagen sowie deren Durchsetzbarkeit gegenüber dem Verkäufer nicht einschränken, um allfälligen Unsicherheiten über haftungsbeschränkende Wirkungen von Due Diligence-Prüfungen zu entgehen.[209]

Aus der Perspektive des Verkäufers ist es hingegen vorteilhaft, wenn die Anwendbarkeit von § 928 ABGB nicht ausgeschlossen wird, unabhängig davon, dass sich eine erfolgreiche Berufung auf § 928 ABGB – aus den oben dargestellten Gründen – im Einzelfall durchaus als schwierig erweisen kann.[210] Darüber hinaus trachten Verkäufer bei der Verhandlung von Verträgen über Immobilientransaktionen oftmals danach, überhaupt einen Ausschluss für eine Haftung im Zusammenhang mit aus den offen gelegten Unterlagen ersichtlichen Mängeln durchzusetzen. In der Praxis gibt es vermehrt vertragliche Konstruktionen, die auf einen Ausschluss der Haftung für offengelegte Umstände abzielen, wobei in diesen Fällen der Verkäufer in der Regel die Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der im Rahmen der Due Diligence offen gelegten Unterlagen übernimmt und auch dafür einsteht, dass keine für die Beurteilung der Transaktion wesentlichen Umstände verschwiegen wurden.[211] Bei derartigen Haftungsausschlussregelungen ist jedoch zu differenzieren, ob sich der Haftungsausschluss nur auf tatsächlich offen gelegte Umstände bzw. Mängel oder

[209] Vgl. *Thierrichter,* Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (324).
[210] *Thierrichter*, aaO.
[211] Vgl. *Fischer/Foerster*, Vertragliche Gestaltung des Ankaufs, in *Teufelsdorfer*, Handbuch Immobilientransaktionen[2], 334 (343f).

generell auf offen gelegte Unterlagen[212] bezieht. Dies macht insofern einen wesentlichen Unterschied, als gerade im Rahmen von Immobilientransaktionen oftmals eine äußerst umfangreiche Dokumentation offen gelegt wird und ein Haftungsausschluss in Bezug auf Tatsachen und Umstände, die sich aus sämtlichen offen gelegten Informationen ergeben bzw. aus diesen ersichtlich sein könnten, eine weit größere Einschränkung darstellt.

So ist es bei oft hunderten oder gar tausenden Seiten an offen gelegten Unterlagen, die eine Vielzahl von Verträgen, technischen Unterlagen, Baugenehmigungen, Korrespondenz, etc. enthalten durchaus wahrscheinlich, dass der Verkäufer der Geltendmachung eines Gewährleistungsanspruchs durch den Käufer entsprechende Unterlagen aus dem Datenraum entgegen halten kann, aus denen im Vorfeld des Vertragsabschlusses der Mangel bzw. zumindest ein Hinweis auf ein diesbezügliches Risiko ersichtlich war.

Dementsprechend sind – in der Praxis immer wieder anzutreffende – Formulierungen, die einen Haftungsausschluss hinsichtlich Tatsachen und Umständen, die sich aus den im Rahmen der Due Diligence offen gelegten Informationen ergeben, aus Käufersicht äußerst kritisch zu betrachten. Die Aufnahme einer Vertragsklausel zur generellen Haftungsbeschränkung wegen der Durchführung einer Due Diligence und der dadurch offen gelegten Umstände ist äußerst verkäuferfreundlich und sohin häufig nicht durchsetzbar; da im Rahmen einer Due Diligence festgestellte Mängel und Risiken allerdings üblicherweise bei der Kaufpreisberechnung Berücksichtigung finden, kann eine Risikoüberwälzung bei einem dadurch geringeren Kaufpreis akzeptabel sein.[213]

Im Zusammenhang mit jeglichem – wie auch immer konkret gestalteten – Haftungsausschluss hinsichtlich der offen gelegten Informationen, kommt der Dokumentation der offen gelegten Unterlagen aus Beweisgründen wesentliche Bedeutung zu. Eine solche Dokumentation soll es nämlich ermöglichen, im Falle einer späteren Geltendmachung eines Gewährleistungsanspruches während der

[212] Zur der diesbezüglichen Diskussion in der Lehre siehe weiter oben in diesem Kapitel.
[213] Vgl. *Thierrichter*, Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (324).

teilweise langen Gewährleistungsfristen[214] nachweisen zu können, ob der gegenständliche Mangel aus den offen gelegten Unterlagen ersichtlich war. Abgesehen davon, dass es sowohl für den Käufer als auch den Verkäufer empfehlenswert ist, physische oder elektronische Kopien sämtlicher im Rahmen der Due Diligence offen gelegter Dokumente aufzubewahren, sollte auch in der Vertragsdokumentation entsprechend Vorkehrung getroffen werden. Oftmals erfolgt die Zurverfügungstellung der Due Diligence-Unterlagen über einen elektronischen Datenraum; diesfalls besteht eine Möglichkeit der Dokumentation darin, dem Kauf- und Abtretungsvertrag einen von allen Vertragsparteien paraphierten Datenraumindex anzuschließen. Analog dazu ist es im Falle der physischen Bereitstellung der Due Diligence-Unterlagen natürlich möglich ein Inhaltsverzeichnis zu paraphieren, was vor allem bei kleineren Immobilientransaktionen in der Praxis häufig vorkommt. Da aus einem solchen Index die Inhalte der einzelnen Dokumente naturgemäß nicht abgeleitet werden können und des dementsprechend im Falle von (gerichtlichen) Streitigkeiten über das Bestehen von Gewährleistungsansprüchen Unklarheiten geben kann, würde ich jedenfalls empfehlen, die gesamten Due Diligence-Unterlagen – wie oben bereits angedeutet – während der Gewährleistungsfristen aufzubewahren. Da trotzdem Diskussionen über die einzelnen offengelegten Dokumente entstehen können (beispielsweise über den tatsächlichen Umfang der vorgelegten Korrespondenz in einer bestimmten Rechtsstreitigkeit), könnte im Falle des Vorliegens sämtlicher Due Diligence-Unterlagen in elektronischer Form (was im Zeitalter der digitalen Datenräume den Regelfall darstellt), ein Datenträger auf dem sämtliche Due Dilgence-Unterlagen gespeichert sind, bei einem öffentlichen Notar hinterlegt werden. Solche zwischen dem Käufer, dem Verkäufer und einem Notar abgeschlossene Verträge über die treuhändige Verwahrung derartiger Datenraum-DVDs für den Zeitraum der Gewährleistungsfristen entsprechen bei (größeren) Immobilientransaktionen durchaus gängiger Praxis.

Aus obigen Ausführungen ist ersichtlich, dass in Abhängigkeit von dem im Einzelfall vereinbarten Konzept des Haftungsausschlusses im Fall der Kenntnis des Käufers ganz unterschiedliche Anforderungen an die Vertragserrichtung sowie

[214] Zu den Garantie- bzw. Gewährleistungsfristen siehe Kapitel 6.3.

Dokumentation gestellt werden. Einigen sich die Vertragsparteien – anders als das doch sehr weitgehende oben beschriebene Konzept – darauf, dass der Verkäufer keine vertragliche Gewährleistung für bestimmte Umstände, die er dem Käufer vor Vertragsabschluss offen legt, übernimmt, kommt sogenannten „Disclosure Exhibits" bzw. „Disclosure Schedules", die dem Kauf- und Abtretungsvertrag als Beilage angeschlossen werden, zentrale Bedeutung zu: Aus der Perspektive des Käufers sollten „Disclosure Schedules" so konkret wie möglich abgefasst sein, um einen zu umfassenden Haftungsausschluss zu verhindern, wobei es auch auf die Verhandlungsposition und das Verhandlungsgeschick des Käufers ankommt, zumal der Verkäufer versuchen wird, auf diesem Wege einen möglichst weit gehenden Haftungsausschluss festzuschreiben.[215] Diesem Konzept entsprechend, wird der Käufer zusätzlich darauf drängen, dass eine Vereinbarung in den Kaufvertrag aufgenommen wird, wonach nur die in den „Disclosure Schedules" offen gelegten Umstände eine Haftung des Verkäufers ausschließen und muss der Käufer die aufgelisteten Umstände bei der Kalkulation des Kaufpreises berücksichtigen, weshalb die „Disclosure Schedules" detailliert zu prüfen und sorgfältig mit den Ergebnissen der Due Diligence-Prüfung verglichen werden sollten, um festzustellen, ob zu den offen gelegten Sachverhalten im Datenraum ausreichende Informationen vorliegen, da anderenfalls womöglich einem Risiko zugestimmt wird, für welches der Verkäufer nicht haftet und welches dem Käufer nicht oder nicht in vollem Ausmaß bekannt ist.[216]

Zusammenfassend ergibt sich aus der Rechtsprechung und der auch in der Literatur vertretenen – weiter oben in diesem Kapitel bereits dargestellten – Rechtslage, dass für den Erwerber eine möglichst umfassende und detaillierte Due Diligence bedeutsam ist, nicht zuletzt, um nicht bei geltend gemachten Mängeln Gefahr zu laufen, Gewährleistungsansprüche auf Grund des Argumentes zu verlieren, dass diese Mängel bei einer Anforderung und Prüfung von Unterlagen offensichtlich gewesen wären.[217]

---

[215] Vgl. *Hasenauer/Pracht,* Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 33f.
[216] *Hasenauer/Pracht*, aaO.
[217] Vgl. *Thierrichter,* Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (324); ausführlich zur Frage einer Obliegenheit des Käufers zur Due Dilgence siehe *Röper,* Due Diligence und Gewährleistung im Share Purchase Agreement, GesRZ 2009, 136.

6.5. Ausschluss einer Doppelerfassung

Eine weitere aus Verkäufersicht wesentliche Haftungseinschränkung, die ein vom Verkäufer beauftragter Vertragserrichter bzw. mit der Prüfung und Verhandlung eines Kauf- und Abtretungsvertrages beauftragter Rechtsanwalt jedenfalls berücksichtigen sollte, ist eine Vertragsbestimmung hinsichtlich der Vermeidung von Doppelerfassungen. Eine solche hat darauf abzuzielen, dass ein und derselbe Sachverhalt nur einmal einen Anspruch aus Garantie- bzw. Gewährleistung begründet und sich daher nur einmal zu Lasten des Verkäufers auswirkt, selbst wenn der gegenständliche Sachverhalt zu einer Verletzung von mehreren vertraglichen Zusagen führt.[218] Eine doppelte Haftung kann sich aus Überschneidungen zwischen einzelnen vertraglichen Garantie- bzw. Gewährleistungszusagen ergeben, beispielsweise im Falle einer nicht erfüllten Eigenkapitalgarantie und einem nicht erreichten Jahresüberschuss.[219] Darüber hinaus führen in der Regel recht weit formulierte Bilanzgarantien oftmals zu Überschneidungen mit speziellen – beispielsweise hinsichtlich des Liegenschaftsvermögens abgegebenen – Zusagen.

Für den Fall, dass verschiedene – in derartigen Konstellationen möglicherweise doppelt auf ein und denselben Sachverhalt anwendbaren – Zusagen unterschiedliche Rechtsfolgen vorsehen, sollte zwischen den Vertragsparteien verhandelt und geregelt werden, welche Rechtsfolgen in einem solchen Fall eintreten sollen, wobei in der Regel – meines Erachtens durchaus sachgerecht – die weitreichendste Rechtsfolge vereinbart wird.[220]

6.6. Vorteilsanrechnung

Eine weitere Einschränkung der Haftung, die aus Verkäuferperspektive unbedingt in den Kauf- und Abtretungsvertrag aufgenommen werden sollte, stellt die Klausel

[218] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (614).
[219] Vgl. *Thierrichter*, Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (326).
[220] So auch *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (614).

hinsichtlich der Anrechnung von Vorteilen dar. Für den Fall, dass die Zielgesellschaft eine Entschädigung oder Schadenersatz von dritter Seite erhält oder sich die Gesellschaft bzw. der Käufer im Zusammenhang mit einem Haftungsfall einen Aufwand ersparen sollte, wird im Rahmen einer solchen Klausel vorgesehen, dass sich der Käufer diese Entschädigung bzw. Ersparnis auf seinen Anspruch aus der Gewährleistungszusage anrechnen lassen muss, wodurch sich die entsprechende Verpflichtung aus der jeweiligen Gewährleistungszusage – beispielsweise auf Minderung des Kaufpreises oder Schadenersatz[221] – im korrespondieren Ausmaß vermindert.[222]

Ein typischer Fall, der über eine solche Vorteilsanrechnungsklausel abgefangen werden soll, stellt eine der Zielgesellschaft zukommende Versicherungsleistung dar. Im Fall einer Liegenschaftstransaktion denke man beispielsweise an die Zusage des ordnungsgemäßen bautechnischen Zustandes bzw. einer bestimmten Nutzbarkeit; kommt es sodann zu einem Schadenseintritt, etwa infolge eines Ereignisses höherer Gewalt (z.B. Blitzschlag, Hochwasser, Murenabgang etc.) würde ein entsprechender Anspruch des Käufers aus der gegenständlichen Gewährleistungszusage entstehen, auch wenn der Schadensfall zu einer Versicherungsleistung führt. Für einen solchen Fall soll die vertragliche Klausel über die oben angeführte Vorteilsanrechnung für die Verkäuferseite sicherstellen, dass der Betrag der Versicherungsleistung von dem Anspruch gegenüber dem Verkäufer abgezogen wird. Ein weiteres denkbares – in der Praxis durchaus vorkommendes – Szenario für eine solche Anrechnung von Vorteilen stellt die Leistung von Schadenersatz einer dritten Person, welche den Mangel im Sinne der Gewährleistungszusage des Anteilskaufvertrages verursacht und verschuldet hat, dar. Als ergänzende Vereinbarung kann in den Vertrag aufgenommen werde, dass eine etwaige Erhöhung der Versicherungsprämie aufgrund der Bezahlung des Schadens im Zusammenhang mit einer Gewährleistungszusagenverletzung durch die Versicherung dem Verkäufer angelastet wird.[223]

[221] Zu den jeweiligen Rechtsfolgen siehe Kapitel 5.
[222] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (615); mit Verweis auf *Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns*, Unternehmenskauf Unternehmensverkauf, § 10 Rz 73.
[223] *Thierrichter*, Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (326).

Wesentliche Bedeutung kommt einer solchen Vertragsbestimmung über die Vorteilsanrechnung auch im Zusammenhang mit einer vertraglich vereinbarten Bilanzgarantie[224] zu. Die Frage, ob wirtschaftliche und/oder rechtliche Nachteile, die dem Käufer bzw. der Zielgesellschaft erwachsen und für die er durch die Bilanzgarantie entschädigt werden soll, mit Vorteilen, die zugleich aus dem zugrundeliegenden Ereignis resultieren, auszugleichen sind, stellt sich insbesondere im Zusammenhang mit zu niedrig oder zu hoch gebildeten Rückstellungen bzw. mit wertberichtigten und nicht wertberichtigten Forderungen, aber auch ganz generell. [225]

Zur Illustration sei an dieser Stelle beispielhaft auf die Auswirkungen von Periodenverschiebungen hingewiesen, die sich durch eine Veränderung der steuerlichen Behandlung bestimmter Vorgänge ergeben:[226] Wenn das zuständige Finanzamt beispielsweise bestimmte Reparaturaufwendungen nicht als Aufwand anerkennt, der im betreffenden Wirtschaftsjahr voll abgesetzt werden kann, sondern von einer Aktivierungspflicht ausgeht und sich dadurch der steuerpflichtige Gewinn des betreffenden Geschäftsjahres vergrößert, würde dadurch bei der Zielgesellschaft zusätzliche Körperschaftsteuer anfallen, die in der Regel die bisher gebildete Körperschaftsteuer-Rückstellung übersteigt, sodass die sich daraus ergebende Steuernachzahlung grundsätzlich von einer allgemeinen Bilanzgarantie umfasst wäre; die Aktivierung hat hingegen zur Folge, dass die Reparaturaufwendungen auf die Nutzungsdauer verteilt in künftigen Wirtschaftsjahren durch Abschreibungen sukzessive steuerlich abgesetzt werden können, wodurch sich der Steueraufwand im Geschäftsjahr vor dem Verkaufsstichtag erhöht, zugleich aber infolge der Abschreibungen in den Folgeperioden eine Steuerersparnis bewirkt wird.

Daraus ergibt sich für die Vertragsgestaltung, dass eine solche Bestimmung über die Anrechnung von Vorteilen neben der Bilanzgarantie vor allem auch im Hinblick auf

[224] Zur Bilanzgarantie siehe Kapitel 4.4.
[225] Vgl. *Reich-Rohrwig*, Auslegung und Reichweite von Bilanzgarantien, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 78 mwN.
[226] *Reich-Rohrwig*, Auslegung und Reichweite von Bilanzgarantien, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal, Rz 79 mwN; mit Verweis auf *Streck/Zack*, Unternehmenskauf und Steuerklausel, BB 1992, 1398; *Torggler/Hoffmann* in *Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe*, Kauf und Verkauf von Unternehmung 85f; *Nowotny/Gelter*, „Bilanzklausel" und Unternehmenserwerb, GesRZ 2000, 63 (72).

vertraglich vereinbarte Steuergarantien[227] von zentraler Bedeutung ist. Im Zusammenhang mit einer solchen Garantie- bzw. Gewährleistungszusage, dass sämtliche Steuern für den Zeitraum vor dem Stichtag (Closing) vom Verkäufer bezahlt wurden, ist aus Verkäufersicht die Aufnahme einer Regelung empfehlenswert, wonach eine Steuernachzahlung vom Verkäufer dann nicht zu tragen ist, wenn die Nachzahlung – etwa durch eine Verlängerung des Abschreibungszeitraumes – wirtschaftlich ausgeglichen wird. [228]

6.7. Abwehr von Ansprüchen Dritter

Aus Verkäuferperspektive ist bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen, dass Gewährleistungsansprüche des Käufers auch aus einem Anspruch resultieren können, den ein Dritter gegen den Käufer oder die transaktionsgegenständliche Gesellschaft geltend macht. Während die Geltendmachung von Ansprüchen Dritter gegenüber dem Käufer bei Asset Deals gleichermaßen zu berücksichtigen ist, stellen Ansprüche Dritter gegen die Zielgesellschaft ein Spezifikum von Share Deals dar, welches im Rahmen einer entsprechenden Haftungseinschränkung vertraglich geregelt werden sollte. Da die Verkäuferseite nach dem Closing, im Zuge dessen üblicherweise auch eine Umbestellung der Geschäftsführer in der Zielgesellschaft durchgeführt wird, grundsätzlich keinerlei Einflussmöglichkeiten auf (außer-)gerichtliche Auseinandersetzungen hat, die zu einem Garantie- bzw. Gewährleistungsanspruch des Käufers führen könnte, ist diesbezüglich entsprechend vertraglich Vorsorge zu treffen.

In diesem Sinne sollten die Vertragsparteien vereinbaren, auf welche Art und Weise Käufer und Verkäufer im Fall einer solchen Geltendmachung von Ansprüchen Dritter gegen die Gesellschaft und/oder den Käufer, deren Befriedigung einen Anspruch des Käufers aus einer Gewährleistungszusage begründen würde, zusammenwirken müssen.[229] Diesbezügliche Vertragsklauseln zielen oftmals darauf ab, dass der Käufer in einem solchen Fall dem Verkäufer rechtzeitig Sach- und

[227] Zu den Steuergarantien siehe 4.4.
[228] *Thierrichter*, Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319 (326).
[229] Vgl. *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (615).

Streitstand der Auseinandersetzung mitzuteilen hat, um diesem die Gelegenheit zu geben, entsprechend Unterstützung zu leisten.[230] Derartige Regelungen sind meines Erachtens für die Verkäuferseite nicht akzeptabel, da die vertraglich vorgesehene Möglichkeit „Unterstützung zu leisten" sehr unbestimmt ist und dem Verkäufer nicht die Sicherheit gibt, maßgeblichen Einfluss auf entsprechende Entscheidungen und die Verfahrensführung zu gewähren.

Über solche bloßen Informations- und Kooperationspflichten des Käufers hinaus, sollten die konkreten Einflussmöglichkeiten des Verkäufers auf etwaige Gerichtsverfahren geregelt werden. Dazu zählt neben unverzüglichen Mitteilungspflichten des Käufers die Regelung eines detaillierten Procederes, welches dem Verkäufer ermöglicht, Rechtsvertreter und/oder Berater auszuwählen und solche Verfahren federführend zu leiten, einschließlich der Entscheidung über die Ergreifung von Rechtsmitteln; ergänzend sollte auch vertraglich vereinbart werden, wer allenfalls die Kosten eines solchen Verfahrens zu tragen hat.[231] Für den Fall, dass der Verkäuferseite dermaßen weitreichende Einflussmöglichkeiten vertraglich zugewiesen werden, wäre es wohl sachgerecht, wenn der Verkäufer die Kosten, insbesondere jene des von ihm ausgewählten Rechtsanwaltes, trägt. Sollte ein solches Verfahren verloren werden, resultiert daraus ohnehin ein Gewährleistungsanspruch des Käufers gegenüber dem Verkäufer, welcher auch die Verfahrens- und notwenigen Vertretungskosten umfasst.

Die Bedeutung derartiger Mitwirkungsrechte des Verkäufers lässt sich auch am Beispiel des Abschlusses eines Vergleiches illustrieren. Sollte es allein dem Käufer überlassen sein, im Zusammenhang mit einem Anspruch eines Dritten, der zu einer Garantie oder Gewährleistung des Verkäufers führt, zu entscheiden, läuft der Verkäufer Gefahr einen – womöglich nachteiligen – Abschluss eines (außer-) gerichtlichen Vergleichs durch den Käufer akzeptieren zu müssen; der Käufer könnte geneigt sein, unabhängig von den Erfolgschancen in einem

[230] E*ckert*, Kauf- und Abtretungsvertrag, in *Knauder/Marzi/Temmel*, Handbuch Wirtschaftsverträge, 9.8.
[231] *Flener*, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597 (615).

Gerichtsverfahren aus Aufwands- und/oder Kostengründen einen Vergleich abzuschließen, wenn der daraus resultierende Nachteil ohnehin im Rahmen der Garantie- bzw. Gewährleistung vom Verkäufer zu tragen ist. Dementsprechend ist auf Verkäuferseite jedenfalls anzustreben, in den Kauf- und Abtretungsvertrag eine Bestimmung aufzunehmen, wonach (außer-)gerichtliche Vergleiche durch die Zielgesellschaft und/oder den Käufer nur nach vorheriger Zustimmung durch den Verkäufer abgeschlossen werden dürfen.

Im Sinne der Einordnung dieser Vertragsklauseln unter Beschränkungen der Rechtsfolgen ist es empfehlenswert klarzustellen, dass der Käufer Ansprüche aus einer Garantie- bzw. Gewährleistungszusage verwirkt, sofern er seine diesbezüglichen vertraglichen Pflichten verletzt.

7. Conclusio

Wenngleich das gesetzliche Gewährleistungsregime der §§ 922ff ABGB grundsätzlich auch auf – in der Praxis der Immobilienwirtschaft immer mehr an Bedeutung gewinnende – Share Deals anwendbar ist, wird bei einer näheren Betrachtung deutlich, dass die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen nicht nur Unschärfen im Hinblick auf den Anteilskauf aufweisen, sondern diesbezüglich generell nicht passend und damit ungeeignet für die praktische Durchführung eines Immobilienerwerbs durch Anteilskauf erscheinen. Daraus leitet sich die Empfehlung eines umfassenden vertraglichen Gewährleistungssystems ab, welches im Einzelfall auf die Besonderheiten der jeweiligen Transaktion abzustimmen ist.

Vor diesem Hintergrund sollte der Kauf- und Abtretungsvertrag einer Immobilientransaktion sämtliche Aspekte des Gewährleistungsrecht abschließend regeln: Besondere Bedeutung kommt freilich einem detaillierten und abschließenden Katalog an Gewährleistungszusagen zu, der neben einer ausdrücklichen Regelung der Rechtsnatur der einzelnen Zusicherungen – insbesondere ob es sich um Gewährleistung oder eine Garantie im Sinne des § 880a ABGB handelt – auch deren Objektivität bzw. Subjektivität einschließlich einer Definition des „besten Wissens“ und des dem Verkäufer zuzurechnenden Personenkreises vertraglich regeln sollte. Darüber hinaus kommt auch Vertragsbestimmungen über die Rechtsfolgen der Verletzung von Gewährleistungszusagen sowie über – betragsmäßige, zeitliche und spezielle – Haftungseinschränkungen große Bedeutung in der Praxis.

Die gegenständliche Master Thesis zeigt deutlich, dass sich die Auswirkungen der Ergebnisse der seitens des (potentiellen) Erwerbers vor Vertragsabschluss durchgeführten Due Diligence nicht nur auf die Ankaufsentscheidung und die Bemessung des Kaufpreises beschränken, sondern auch wesentliche Implikationen auf verschiedenste Regelungsbereiche der vertraglichen Gestaltung des Gewährleistungssystems haben.

Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang einer möglichst frühzeitigen Klärung der Rechtsfolgen der Offenlegung von Mängeln bzw. von Informationen

über die Zielgesellschaft und die transaktionsgegenständlichen Immobilien im Rahmen der Due Diligence zu, da das Gesetz diesbezüglich keine – über den allgemeinen Gewährleistungsausschluss für „in die Augen fallende Mängel“ gemäß § 928 ABGB hinausgehende – konkrete Regelung vorsieht und sich auch aus Judikatur und Schrifttum zu der Frage des Ausschlusses der Gewährleistung im Falle von aus offengelegten Informationen ersichtlichen – und sohin möglicherweise als offenkundig zu qualifizierenden – Mängeln eine für sämtliche Vertragsparteien inakzeptable Rechtsunsicherheit ergibt.

Aus der hohen Relevanz der Due Diligence im Zusammenhang mit den vertraglichen Gewährleistungsbestimmungen resultiert auch die praktische Bedeutung der zeitlichen Strukturierung einer Immobilien-Transaktion, deren Ziel es sein muss, die Berücksichtigung der Ergebnisse der wirtschaftlichen, rechtlichen, steuerlichen und technischen Due Diligence bei der Errichtung und Verhandlung des Kauf- und Abtretungsvertrages sicherzustellen. Organisatorisch ist in diesem Sinne danach zu trachten, dass der Informationsfluss von den einzelnen, im Rahmen der Due Diligence eingesetzten Spezialisten, wie beispielsweise Steuerberatern oder (Zivil-)Technikern, zu dem Vertragserrichter bzw. dem Verhandlungsteam gewährleistet ist.

Weiters wird die wesentliche Rolle der Juristen – in der Regel Rechtsanwälte – im Rahmen von Immobilientransaktionen deutlich, denen nicht nur eine zentrale Funktion bei der Durchführung der Due Diligence zukommt, sondern neben der Errichtung und Verhandlung des Vertrages typischerweise auch die Federführung in der Koordination der gesamten Transaktion zukommt. Inhaltlich ist bei Immobilen Share Deals – im Hinblick auf die Durchführung der Due Diligence ebenso wie die Vertragserrichtung und -verhandlung – neben zivil- und liegenschaftsrechtlichem Detailwissen insbesondere gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Kompetenz – möglichst mit einem tiefergehenden Verständnis für Technik und wirtschaftliche Zusammenhänge – unerlässlich.

Kurzfassung

Die Regelung der Gewährleistung stellt sowohl bei der Errichtung wie auch der Verhandlung von Verträgen über Immobilientransaktionen den zentralen Themenkomplex dar. Über die rechtlichen Aspekte hinaus ist auch die Höhe des Kaufpreises vom Umfang der Gewährleistung bzw. Garantien abhängig. Wenngleich das gesetzliche Gewährleistungsregime der §§ 922 ff ABGB grundsätzlich auch auf Share Deals anwendbar ist, zeigt die nähere Betrachtung, dass die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen Unschärfen hinsichtlich des Anteilskaufes aufweisen und dementsprechend unpassend und ungeeignet für die praktische Durchführung eines Immobilienerwerbs durch Anteilskauf erscheinen. Daher ist ein umfassendes vertragliches Gewährleistungssystem empfehlenswert, welches im Einzelfall auf die Besonderheiten der jeweiligen Transaktion abzustimmen ist und sämtliche Aspekte des Gewährleistungsrechts abschließend regeln sollte: Besondere Bedeutung kommt dabei einem detaillierten und taxativen Katalog an Gewährleistungszusagen zu, der neben einer ausdrücklichen Regelung der Rechtsnatur der einzelnen Zusicherungen (insbesondere ob es sich um Gewährleistung oder Garantie iSd § 880a ABGB handelt) auch deren Objektivität bzw. Subjektivität einschließlich einer Definition des „besten Wissens“ samt des dem Verkäufer zuzurechnenden Personenkreises vertraglich regeln sollte. Weiters kommt den Vertragsbestimmungen über die Rechtsfolgen der Verletzung von Gewährleistungszusagen sowie über betragsmäßige, zeitliche und andere Haftungseinschränkungen, wie insbesondere eine Beschränkung der Haftung bei Kenntnis des Käufers oder Vorliegens eines offenkundigen Mangels, große Bedeutung in der Praxis zu. In diesem Zusammenhang besteht auch ein direkter – für die praktische Abwicklung von Immobilientransaktionen höchst relevanter – Konnex zwischen dem vertraglichen Gewährleistungssystem einerseits und der Durchführung einer wirtschaftlichen, rechtlichen, steuerlichen und technischen Due Diligence. Aus dieser Abhängigkeit resultieren spezifische Anforderungen an die Strukturierung von Immobilientransaktionen und die Vertragserrichtung, deren Untersuchung im Rahmen dieser Master Thesis deutlich zeigt, dass sich die Auswirkungen der Ergebnisse der käuferseitig vor Vertragsabschluss durchgeführten Due Diligence eben nicht nur auf die Ankaufsentscheidung und die Bemessung des Kaufpreises

beschränken, sondern auch wesentliche Implikationen auf verschiedenste Regelungsbereiche des vertraglichen Gewährleistungssystems haben.

Literatur

Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal (2010)

Bammer/Fuhrmann/Ledl, Handbuch Immobilienbewirtschaftung (2011)

Baumann/Waitz-Ramsauer, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band II: Tax (2009)

Bittner/Fida/Rosam/Zwinscher, Liegenschaftserwerb durch Anteilskauf aus zivil-, gesellschafts- und steuerrechtlicher Sicht (2008)

Brogynyi, Grundbegriffe und Funktionen der legal Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band 1: Legal (2010)

Brugger, Ende des Gewährleistungsausschlusses? ecolex 2008, 803

Eckert, Kauf- und Abtretungsvertrag in *Knauder/Marzi/Temmel*, Handbuch Wirtschaftsverträge (2011)

Egermann/Winkler, Gewährleistung neu beim Unternehmenskauf, RdW 2002, 197

*Fellne*r, Immobilienrechtliche Aspekte im Rahmen einer Due Diligence in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band 1: Legal (2010)

Fellner/Schweiger/Wiedenbauer/Winkler, Unternehmenserwerb in Österreich (2000)

Fellner/Thaler, Schwerpunkte der Due Diligence bei Gesellschaften mit Immobilien-Vermögen, ZUS 2012, 92

Fischer, Rechtliche Due-Diligence-Anforderungsliste in *Knauder/Marzi/Temmel*, Handbuch Wirtschaftsverträge (2011)

Fischer/Foerster, Vertragliche Gestaltung des Ankaufs, in *Teufelsdorfer*, Handbuch Immobilientransaktionen[2], 334

Flener, To guarantee or not guarantee – that's the question, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch, 597

Fritz, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Risiken einer Unternehmensnachfolge durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, SWK 2005, W 169

Götzl/Weismann, Verwaltungsrechtliche Verpflichtungen und zivilrechtliche Rückgriffsmöglichkeiten bei Altlasten RdU 2007/71

Grama/Vondrak, Prüfung der gesellschaftsrechtlichen Aspekte im Rahmen der Due Diligence-Prüfung in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band 1: Legal (2010)

Größ, Immobilien Due Diligence, ecolex 2008, 308

Harasser, Due Diligence: Identifikation, Bewertung und Handhabung von Risiken, ZLB 2003, 10/9

Hasenauer/Pracht, Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band 1: Legal (2010)

Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich, Immobilienbesteuerung (2008)

Heidinger/Albeseder, Due Diligence – ein Handbuch für die Praxis (2001)

Heilingbrunner, Liegenschaftserwerb, in *Rainer* (Hrsg.), Handbuch des Miet- und Wohnrechts (2014)

Hofmann/Nowotny, Die Bedeutung von Bilanzgarantien beim Unternehmenskauf, ResRZ 2009, 126

Karollus-Bruner, Was garantiert die Bilanzgarantie?, ecolex 2007, 824

Kepplinger/Duursma, Gewährleistung beim Unternehmenskauf, ZfRV 2001, 86

Kogler, Gewährleistungsfrist beim Unternehmenskauf, ecolex 2010, 239

*Kothbaue*r, Rechtsprechung zur Sachverständigenhaftung bei Versteigerungen und zur Gewährleistung beim Liegenschaftskauf, ZLB 2011/29

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht[14] (2014)

Lumsden, Tax Due Diligence: Steuerliche Aspekte der Vertragsgestaltung, Steuerklauseln, in *Baumann/Waitz-Ramsauer*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence, Band 2: Tax

Nowotny/Gelter, „Bilanzklausel“ und Unternehmenserwerb, GesRZ 2000, 63

Oberlechner, Wann ist ein Unternehmen mangelhaft?, ecolex 2006, 628

Onz, Liegenschaftseigentum und Haftung (1995)

P. Bydlinski, Normale Bodenbeschaffenheit als stillschweigend zugesagte, vom Gewährleistungsausschluss nicht erfasste Eigenschaft, JBl 2011, 40

Parschalk/Wahl, Ausgewählte Fragen bei Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353

Picot, Handbuch Mergers and Acquisitions[3] (2005)

Pilgerstorfer, Aufklärungspflicht und Gewährleistungsausschluss beim Kauf kontaminierter Grundstücke, ÖJZ 2001, 373

Puck, Der Unternehmenskauf (1996)

Puck, Die Gewährleistung beim Unternehmens- und Anteilskauf, in *Nemec/Reicheneder*, Der Unternehmenskauf und seine Abwicklung in der Praxis (1994)

A. Reich-Rohrwig, Unternehmenskauf, Due Diligence und Aufklärungspflichten, ecolex 2016, 4

Reich-Rohrwig, Auslegung und Reichweite von Bilanzgarantien in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band 1: Legal (2010)

Reich-Rohrwig, Erwerb eines Geschäftsanteils: Ausschluss der Irrtumsanfechtung, Gewährleistung, GesRZ 2013, 156

Reich-Rohrwig/Hanslik, Checkliste Unternehmenskauf, ecolex 2006, 632

Reich-Rohrwig/Thiery, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf, ecolex 1991, 89

Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf Unternehmensverkauf (2003)

Röper, Due Diligence und Gewährleistung im Share Purchase Agreement, GesRZ 2009, 136

Röper, Rügeobliegenheit beim Share Deal?, ecolex 2009, 935

Saurer, Geschäftsanteilskauf: Gewährleistung, Irrtumsanfechtung, Anwbl 2013, 329

Scheel, Unternehmenskauf: Kernfragen einer grundstücksrechtlichen Due Diligence, Der Betrieb 2005, 2799

*Semler/Volhard (*Hrsg.), Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahmen (2003)

Stainer, Die Gewährleistung beim Unternehmenskauf (1993)

Stingl/Niedetzky, Handbuch Immobilien und Steuern (Loseblattsammlung)

Teufelsdorfer, Handbuch Immobilientransaktionen[2] (2015)

Thierrichter, Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf, RdW 2012, 319

Urbanek, Die treuhändige Abwicklung von Liegenschaftskaufverträgen durch Notare und Rechtsanwälte (1999)

Van Kann, Immobilientransaktionen (2006)

Walch, Die Gewährleistungspflicht für Unternehmensmängel bei der Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils, NZ 2013/78

Welser/Siegwart, Die gesetzliche Gewährleistung beim Unternehmenskauf, ZUS 2011, 62

Welser/Siegwart, Die praktische Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen aus Unternehmens- und Anteilskaufverträgen in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band 1: Legal (2010)

Wiedenbauer/Klauninger, Eigenschaftszusagen kaufmännisches und Garantien beim Unternehmenskauf, ecolex 2003, 397

Wilhelm, Gewährleistungsnebel über dem Unternehmenskauf, ecolex 2005, 741

Wilhelm, Zur Gewährleistung beim Kauf eines Unternehmensanteils, RdW 1985, 266

Wilplinger, Unternehmenskauf und -verkauf steueroptimal gestalten (2007)