

Exposé der Dissertation

zu

Representations and Warranties at Mergers & Acquisitions

im Rechtsvergleich Österreich/Deutschland/Schweiz

Verfasser:

Mag. Martin Michael Flaschker

Betreuer:

Univ.Prof. Dr. Martin Schauer

Wien, im Januar 2012

1. Einführung und Problemstellung

Unternehmenskäufe und Verkäufe, als auch Verschmelzungen sind, abhängig von den Zyklen der innerstaatlichen als auch der weltweiten Konjunktur, wesentliche Eckpfeiler moderner Wertschöpfungs- als auch Wertsteigerungüberlegungen geworden. In einer globalisierten Welt, deren Wirtschaft längst keine nationalen Grenzen mehr kennt, werden aus den verschiedensten Motiven, in der Regel getragen von marktwirtschaftlichen Überlegungen, Fusionen und Erwerbungen von Unternehmungen durchgeführt. Doch oftmals schlagen die erwarteten und erwünschten Wertsteigerungen und Synergieeffekte in Wertbeschädigungen, wenn nicht sogar Wertvernichtungen um. Nicht zuletzt daher bekam das Geschäftsfeld der Mergers & Acquisitions oftmals einen negativen Beiton.

Auch im kontinentaleuropäischen Raum ist es mittlerweile üblich geworden, das aus dem angloamerikanischen Rechtsraum kommende Institut der **Due Diligence** bei Unternehmenserwerbungen durchzuführen. Dies unabhängig davon ob eine rein innerstaatliche Transaktion vorliegt, oder eine grenzüberschreitende bzw internationale Erwerbung durchgeführt wird, wenngleich in den meisten Fällen eine gewisse Ertragskraft und Größe des zu erwerbenden Objekts vorausgesetzt wird, angesichts der doch erheblichen Kosten der Durchführung einer Due Diligence. Während die Durchführung einer Due Diligence im angloamerikanischen Rechtsraum regelmäßig aufgrund des „*caveat emptor*“ **Grundsatzes** unerlässlich ist, so stellt sich im kontinentaleuropäischen Raum die Frage der Implementierung dieses Instituts in eine von anderen Grundsätzen geprägte Rechtsordnung. **Gewährleistungsvorschriften** und **culpa in contrahendo** kehren „*caveat emptor*“ im kontinentaleuropäischen Raum defakto um, und lassen die Durchführung einer Due Diligence entbehrlich scheinen. Doch liegt es nicht zuletzt an den Gewährleistungsvorschriften der einzelnen kontinentaleuropäischen Staaten, die in der Regel (anders zB in Frankreich) für den Unternehmenskauf keine Spezialvorschriften aufweisen und daher nur unvorteilhaft auf solche Transaktionen angewendet werden können, dass Rechtsinstitute und Praxen amerikanischen Ursprungs einen derartigen Einzug in den kontinentaleuropäischen Rechtsraum feiern können.

So verwundert es nicht, dass neben dem Einzug der Due Diligence in die Erwerbungspraxis, auch die Ersetzung der unzureichenden und unpassenden staatlichen Gewährleistungsregime durch deren angloamerikanischen Pendant, der „*Representations and Warranties*“ erfolgt ist. Vorallem in internationalen Transaktionen wird durch die Schaffung einheitlicher und in sich abgeschlossener Haftungssysteme für den Fall des Abweichens des übertragenen vom geschuldeten Unternehmen das jeweilige **staatliche Gewährleistungsrecht ausgeblendet**, mitunter wird vorallem bei größeren internationalen Transaktionen sogleich auch die staatliche Gerichtsbarkeit umgangen, in dem Sinne als für die Frage des Vorliegens eines besicherten Mangels und der Durchsetzung der vertraglichen gewährleistungsähnlichen Ansprüche die Kompetenz eines Schiedsgerichtes vereinbart wird.

Es stellt sich aber die Frage, ob gesetzliche Gewährleistungsbestimmungen komplett unberücksichtigt bleiben können. Je nach Wahl der Rechtsordnung können im Assetkaufvertrag bzw.

Sharepurchaseagreement die dispositiven nationalen Gewährleistungsregelungen abbedungen werden und durch vertragliche Regelungen ersetzt werden. Liegt ein sehr gut ausgearbeiteter Vertrag vor, in dem der ausführliche Gewährleistungskatalog zeitlichen und betraglichen Grenzen unterworfen ist und auch der Verkäufer einen Gewährleistungsausschluss für nicht im Gewährleistungskatalog genannte Mängel durchgesetzt hat, kann auf den ersten Blick keine Problematik erkannt werden. Tritt allerdings ein Gewährleistungsfall ein und kommt die Angelegenheit vor nationale Gerichte, kann dem mitunter ein böses Erwachen erfolgen. Doch auch wenn ein **Schiedsgericht** für zuständig erklärt wurde, kann selbiges nur im Rahmen des Rechtes, das den Vertrag zu regeln vereinbart wurde, tätig werden. Insofern orientieren sich die Schiedsrichter vordergründig auch an der staatlichen Rechtsprechung des vereinbarten Rechts. Wird insofern österreichisches, deutsches oder schweizerisches Recht als anzuwendendes Recht vereinbart, sind die Wertungen der jeweiligen nationalen Gewährleistungsvorschriften und Garantiebestimmungen jedenfalls als Auslegungsmaßstäbe für die eigenständigen vertraglichen Haftungsregime heranzuziehen, nebst der einschlägigen Rechtsprechung der jeweiligen Höchstgerichte. Schlussendlich geben die nicht abdingbaren Normen der Rechtsordnungen den Vertragsgestaltern ihr Spielfeld vor.

In Österreich steigert beispielsweise der OGH sukzessive den Maßstab für Aufklärungspflichten des Verkäufers betreffend Mängel, die er kennt, und wertet Schweigen als List (passive Irreführung) auch und sogar dann, wenn für einen konkreten, freilich nicht ausdrücklich besprochenen Mangel ein konkreter Gewährleistungsausschluss vereinbart wird. Verkäufer sollen alle erkannten Sach- und Rechtsmängel offenlegen. Je gravierender die verschwiegenen Eigenschaftsmängel einerseits und je weniger sachkundig der Erwerber andererseits ist, umso mehr tendiert die Judikatur zur Annahme einer Aufklärungspflicht. Konkrete Gewährleistungszusagen können ausdehnend interpretiert und **konkludente Eigenschaftszusagen** können **unterstellt** werden. Dadurch wird ein allgemeiner oder konkreter **Gewährleistungsausschluss wertlos**, etwa wenn eine konkrete Zusage (*kein weiteres Verwaltungsverfahren anhängig*) oder eine Kaufpreiskalkulation von den Gerichten als schlüssige Zusage für ein damit nur entfernt verwandtes Sachgebiet (Erfüllung von Bescheidauflagen) interpretiert wird, sodass sogar trotz eines konkreten Gewährleistungsverzichts (ohne Gewährleistung für die Erfüllung von Bescheidauflagen) dafür zu haften ist.

Es ist also für den Verkäufer ex ante nicht abschätzbar, welcher konkrete Gewährleistungsverzicht Bestand haben wird, wenn die Gerichte angeblich konkludente Zusagen oder (angesichts von Aufklärungspflichten) angeblich listig verschwiegene Mängel (er-)finden.¹ Die übliche Vertragspraxis in M&A Transaktionen, wie etwa eine **Disclosure-Regelung**, die eine Gewährleistung für offengelegte Mängel ausschließt, ein genereller Gewährleistungsausschluss (Waiver) und mehr oder weniger umfangreiche Gewährleistungseinzelzusagen (Representations & Warranties), die in der Regel die ausschließliche und einzige Grundlage für spätere Gewährleistungsansprüche sein sollen, wird durch diese neuere OGH-Judikatur in Frage gestellt. Dem ursprünglichen Wille der Parteien, der sich in der Vertragsgestaltung manifestierte, wird durch Wertungen der nationalen Gerichte im Streitfall nicht

¹ Brugger, eolex 2008, 805f. betreffend 2 Ob 209/07k; Schauer, ÖJZ 2009/78, betreffend 9 Ob 3/09w.

mehr Rechnung getragen, woraus im Endeffekt eine enorme Rechtsunsicherheit resultiert, kann doch der Vertrag als solcher zu Fragen der Haftung/Nichthaftung keine Auskunft mehr bieten. Gleichfalls stellt sich die Frage was bei den, dem jeweiligen nationalen Recht unterliegenden Verträgen passiert, die als solche nur mangelhafte oder fehlerhafte eigenständige Vertragshaftungsregime schaffen können.

Durch Lücken in der Vertragsgestaltung fließen die nationalen Gewährleistungsregelungen im Streitfall wieder (wenn auch idR von den Vertragsparteien unbeabsichtigt) zurück in den jeweiligen Vertrag, und treten neben eine bereits durchgeführte Due Diligence und etwaige in Bestand bleibende vertragliche Zusagen. Die Kenntnis der Dogmatik der jeweiligen nationalen Gewährleistungssysteme bleibt somit unerlässlich. Die Folgen der Durchführung einer Due Diligence auf die jeweiligen nationalen gewährleistungsrechtlichen Haftungsbestimmungen sind als solche umstritten und auch länderspezifisch uneinheitlich. Wie bei Implementierungen fremder Rechtsinstitute üblich, entstehen Auslegungsfragen und Einpassungsschwierigkeiten dieser in die nationalen Rechtsordnungen, deren Folge Rechtsunsicherheit für die Vertragsparteien ist. Für die vertragliche Schaffung von Gewährleistungsregimen interessiert, welche Spielräume die nationalen Rechtsvorschriften den Parteien einräumen und wie typische angloamerikanische Vertragsklauseln nach dem für anwendbar erklärtem deutschem, österreichischem oder schweizerischem Recht rechtlich zu werten sind.

2. Forschungsstand

Ein allgemeiner **Gewährleistungsverzicht** umfasst nach österreichischer hA grundsätzlich nicht die Fälle der Arglist und das Fehlen zugesicherter Eigenschaften. Er kann zwar nach hL unter gewissen Umständen sittenwidrig sein, jedoch wird vertreten, dass wenn der Unternehmenserwerb für den Unternehmer ein Unternehmensgeschäft darstellt, ein Gewährleistungsausschluss in weiterem Umfang zulässig sein wird. Wie weit vorvertragliche Schutz- und Aufklärungspflichten des Verkäufers (aber auch des Erwerbers) als Abgrenzung zur Arglist gehen, ist im Einzelfall jedoch unklar.

Die Rechtsprechung des OGH und des BGH geht jedenfalls in die Richtung, dem Verkäufer eines Unternehmens immer weiter reichende Aufklärungspflichten aufzuerlegen.² Gleichfalls noch wenig beachtet und uneinheitlich ist die Frage der **Auswirkungen** einer **Due Diligence** auf diese **vorvertraglichen Aufklärungspflichten**. Hier sollte deutlich zwischen dem Bestehen und der Erfüllung einer Aufklärungspflicht unterschieden werden. Reduziert eine Due Diligence bestehende Aufklärungspflichten des Veräußerers, oder erweitert sie selbige, oder ist sie vielmehr als neutral in Bezug auf die Aufklärungspflichten anzusehen?

Ein Gewährleistungsausschluss ist nach Rsp des OGH³ und des BGH⁴ im Zweifel restriktiv auszulegen.

² Vgl etwa OGH 2 Ob 209/07k, 9 Ob 3/09 w; vgl etwa BGH VIII ZR 32/00, VIII ZR 37/01, VIII ZR 185/00.

³ 6 Ob 272/05 a = JBl 2006, 587.

⁴ VIII ZR 92/06 vom 29. November 2006: „Sind in einem Kaufvertrag zugleich eine bestimmte Beschaffenheit der Kaufsache und ein pauschaler Ausschluss der Sachmängelhaftung vereinbart, ist dies regelmäßig dahin auszulegen, dass der Haftungsausschluss nicht für das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB), sondern nur für solche Mängel gelten soll, die darin bestehen, dass die Sache sich nicht für die nach

Nach österreichischer Lehre erstreckt er sich nicht auf konkludent zugesagte Eigenschaften. Es entstehen Auslegungsprobleme, was ist konkludent -mangels gegenteiliger Aufklärung durch den Verkäufer- zugesagt, was ist nicht konkludent zugesagt und unterliegt sohin noch dem vertraglich bedungenem allgemeinen Gewährleistungsausschluss. Gewährleistungsausschlüsse hinsichtlich geheimer –also nicht etwa in der Due Diligence offen gelegter oder sonst dem Käufer bekannter- Mängel sind jedoch idR dann sittenwidrig, wenn nicht klar zum Ausdruck kommt, dass der Käufer die Möglichkeit des Bestehens **geheimer Mängel** kannte und dennoch auf jeden Gewährleistungsanspruch verzichten wollte.⁵ Es stellt sich jedoch die Frage, was unter dem Begriff geheimer Mangel tatsächlich zu verstehen ist. Die Tatsache der **Nichtoffenlegung** in der Due Diligence gehört konkretisiert, in dem Sinne, ob eine bloß unspezifische Vorlage von Dokumenten als solches schon eine Nichtoffenlegung begründet, oder nur das von vornherein einer Prüfung gar nicht zugängliche Material den Terminus der Nichtoffenlegung erfüllt. Auch stellt sich die Frage, ob die Tatsache der Nichtkenntnis des Mangels dem Verkäufer oder dem Käufer zuzulasten ist. Denn warum soll ein dem Käufer bloß unbekannt gebliebener Mangel, der davor das Unternehmen im Zuge einer Due Diligence durchleuchtet hat, als geheimer Mangel gelten, auf den im Gewährleistungsausschluss extra hingewiesen werden müsse, bei sonstiger Sittenwidrigkeit des Ausschlusses, mit der Folge der Haftung des Verkäufers? Wird hingegen der Kaufvertrag zwischen versierten und branchenkundigen Kaufleuten geschlossen, dann sei der Verzicht auf geheime Mängel zufolge der Geschäftserfahrung nicht sittenwidrig.⁶

Diese Fragestellungen leiten über zum Themenbereich der **offenkundigen Mängel** im Sinne der dispositiven § 928 ABGB, § 442 BGB und Art. 200 OR, die als Restbestände des caveat emptor-Grundsatzes aufgefasst werden können. Der Käufer trägt somit prinzipiell nur das Risiko für offenkundige oder ihm bekannte Mängel, wobei der **maßgebende Zeitpunkt** nicht unbedingt der des Vertragsabschlusses (signing) sein muss. Augenfälligkeit iSd § 928 ABGB bedeutet zB dass der Mangel bei durchschnittlicher Sorgfalt (§ 1299 ABGB für den erwerbenden Fachmann) besonders leicht erkennbar ist. Nur der grob sorgfaltswidrig Handelnde erkennt den augenfälligen Mangel nicht. Eine **Obliegenheit zur Prüfung auf etwaige nicht augenfällige Mängel** besteht- außerhalb des Anwendungsbereichs des § 377 UGB keinesfalls. Daraus, dass jemand eine mit einem augenfälligen Mangel behaftete Leistung abnimmt, lässt sich alleine noch kein schlüssiger Verzicht ableiten. War der an sich augenfällige Mangel zur Abschlusszeit aus irgendwelchen Gründen für den Erwerber nicht bzw. nicht besonders leicht erkennbar (zB Veräußerer hat ihn fahrlässig verdeckt), so soll nach erklärungstheoretischen Gesichtspunkten der Vertrag über eine einwandfreie Sache zustande gekommen sein.⁷

dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB) bzw. sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und keine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB).“.

⁵ 2 Ob 218/52 = SZ 25/73; *Binder/Ofner in Schwimann*³ § 929 Rz 11.

⁶ JBl 1972, 531.

⁷ *Reischauer in Rummel, ABGB*³§ 928 Rz 3.

Sind die Mängel also bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt erkennbar und schließt der Erwerber trotzdem ab, so geht das Gesetz davon aus, dass der Erwerber die Mängel wahrgenommen hat und diese **bei der Preisbestimmung berücksichtigt** wurden. Dennoch soll der Veräußerer auch trotz Vorliegens eines offenkundigen Mangels durch ausdrückliche Zusage, die auch konkludent erfolgen kann, dafür eine Gewährleistung übernehmen können. Hier ist zu überlegen, ob bereits das **Bereitstellen von Unterlagen im Datenraum** durch den Verkäufer **als konkludente Zusage** aufgefasst werden kann. Existieren geheime Mängel neben offenkundigen, so geht für jene die Gewährleistung nicht verloren.

Es stellt sich nun die Frage, ob die **Kenntnis der Unrichtigkeit** einer Zusage die Gewährleistung ausschließt. Wird die **Zusicherung als Willenserklärung** aufgefasst, so schließt Kenntnis der Unrichtigkeit die Gewährleistung nicht aus. Ist der Mangel jedoch unbehebbar und ist das dem Erwerber bekannt, so muss ihm die Zusage als absurd iSd § 878 S 3 ABGB erscheinen, woraufhin sie nicht Vertragsinhalt werden kann und folglich keine Gewährleistung zusteht. Ist der Mangel behebbar, ist Mangelfreiheit Vertragsinhalt. Zur Wahrung der Käuferinteressen wird daher im Fall bekannter Mängel auf ein **selbstständiges Garantieverprechen** nach § 880a ABGB zurückgegriffen, welches ungeachtet der Kenntnis des Mangels wirksam bleibt.

Anders als bei positiver Kenntnis ist bei bloßer **grob fahrlässiger Unkenntnis** des Mangels (Offenkundigkeit nach § 928 ABGB) eine **einfache Zusicherung der Mangelfreiheit** zur Verhinderung des Gewährleistungsausschlusses **ausreichend**, eines selbständigen Garantieverprechens bedarf es aus Käufersicht in diesem Zusammenhang nicht.

Weitgehend unbetrachtet ist der Fall, in dem der Käufer im Zuge der Due Diligence Kenntnis von nachteiligen Umständen erlangt, die dem Verkäufer selbst unbekannt geblieben sind, sei es weil er keine vorgelagerte Vendor Due Diligence durchführte, oder er diese nur mangelhaft durchführte. Diese nachteiligen Umstände berechtigten zur Erhebung von Gewährleistungsansprüchen, da sie insofern einen Bruch der vom Verkäufer abgegebenen 'Representations & Warranties' darstellen. Kann nun der Erwerber trotz Kenntnis dieser Umstände mit der Vertragsunterzeichnung fortfahren, das Unternehmen erwerben, und im Nachhinein den Verkäufer mit Gewährleistungsansprüchen belangen?

Es stellt sich die Frage, ob eine sog. *'buyer-friendly sandbagging-provision'*, daher eine Klausel die besagt, dass die abgegebenen **Gewährleistungszusagen des Verkäufers von Entdeckungen und Kenntniserlangungen auf Käuferseite nicht berührt werden**, als solche nach nationalen Rechtsordnungen überhaupt zulässig sind. Mag auch eine solche Klausel die abgegebenen Gewährleistungszusagen in selbstständige Garantieverprechen nach § 881 a ABGB, § 311 BGB bzw. Art. 111 OR wandeln, bzw. die dispositiven § 928 ABGB, § 442 Abs. 1 BGB und Art. 200 OR wegbedingen, so ist fraglich, ob nicht die Wegbedingung des Haftungsausschlusses bzw. die anschließende Berufung des Käufers auf diese Wegbedingung im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Gewährleistung bzw. der Garantie gegen Treu und Glauben verstößt und somit **rechtsmissbräuchlich** ist.

Basis für einen solchen Verstoß könnte eine **vorvertragliche Aufklärungspflicht des Käufers bezüglich** seiner, bei der Due Diligence **erkannter Mängel gegenüber dem Verkäufer** sein. So sind zwar die Parteien nicht gehalten einander generell über wesentliche Umstände aufzuklären oder über etwas zu informieren, dass der anderen Partei bekannt ist oder sein müsste. Erkennt jedoch die eine Partei einen wesentlichen Irrtum bei der anderen, so muss sie idR die andere Partei aufklären. Wenn nun der Käufer erkennt, dass sich der Verkäufer eines vom Käufer bei der Due Diligence entdeckten Mangels nicht bewusst ist, könnte er nach Treu und Glauben bzw. cic zur diesbezüglichen Aufklärung des Verkäufers verpflichtet sein. Nützt er aber die Unkenntnis des Verkäufers aus und lässt sich Garantieverprechen geben, oder die dispositiven, gesetzlichen Haftungsausschlüsse wegbedingen, so könnte die spätere Geltendmachung der Gewährleistung bzw. der Garantie **rechtsmissbräuchlich** sein. Dies trotz der vertraglich vereinbarten ‚buyer-friendly sandbagging-provision‘. Jedoch ist zu bedenken, dass hinsichtlich der Kenntnis des Käufers der Verkäufer die Beweislast trägt, außer vertragliche Beweislastumkehrungen wurden vereinbart.

Von einem Teil der österreichischen Lehre wird vertreten, dass eine **umfangreiche Offenlegung** im Zuge einer Due Diligence per se gewährleistungseinschränkende Wirkung hätte, da etwaige Mängel dann **zwar nicht offenkundig, aber iSv § 928 ABGB bekannt wären**, egal welche Qualität vorgelegte Auskünfte oder Dokumente haben.⁸ Es ist daher zu unterscheiden, ob Mängel **spezifisch offengelegt** worden sind oder nicht. Eine bloß **unspezifische Vorlage** von Dokumenten, aus denen der Erwerber nur unter Umständen Schlussfolgerungen über ein Mängelvorliegen treffen kann, soll hingegen nicht zu einer Gewährleistungseinschränkung führen.

Auch in **Deutschland** wird ähnlich argumentiert. So bedarf es für einen Gewährleistungsausschluss der **wirklichen Offenlegung des kritischen Umstandes**. Ein bloßer Hinweis auf ein Dokument, woraus der Käufer erst durch eigene weitere Prüfungen und Schlussfolgerungen auf den negativen Umstand hätte stoßen können, genügt idR nicht.⁹

Das OLG Wien sprach dbzgl aus, dass von einer Offenkundigkeit des Mangels nur dann gesprochen werden könne, wenn die Unrichtigkeit der Einschätzung der Beklagten, der Klägerin im Rahmen der Due Diligence Prüfung hätte auffallen müssen.¹⁰

Diese Entscheidung des OLG Wien ist wohl in dem Sinne zu verstehen, dass für die im Rahmen der Due Diligence offen gelegten Umstände, bei positiver Kenntnis selbiger, als auch bei deren grob fahrlässiger Unkenntnis, keine Gewährleistung mehr einforderbar ist.

Eine **Obliegenheit zur Durchführung einer Due Diligence** bei sonstigem Verlust der Gewährleistungsansprüche wird jedoch **in Österreich überwiegend abgelehnt**.¹¹ Eine Obliegenheit zur Prüfung nicht augenfälliger Mängel außerhalb des Anwendungsbereichs des § 377 UGB bestehe nicht und beim Kauf eines Unternehmens sei § 377 UGB nicht anzuwenden. Der OGH hat bisher lediglich

⁸ Oberlechner, *ecolex* 2006,63.

⁹ Holzapfel/Pöllath, *Unternehmenskauf*¹⁰ 28; Fleischer/Körber, *Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf*, BB 2001, 847.

¹⁰ OLG Wien 18.2.2005, 16 R 281/04f.

¹¹ 3 Ob 290/01 w = EvBl 2002/136.

einmal eine Prüfungsobliegenheit hinsichtlich gewisser Steuerbilanzen angenommen, was aber die Lehre nicht weiter beeinflusst hat.¹²

Auch in **Deutschland** sind gemäß § 442 Abs.1 S.1 BGB die Rechte des Käufers sowohl beim Sachkauf als auch nunmehr beim Rechts- bzw. Beteiligungskauf ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt. Hier stellen sich Fragen der **Wissenszurechnung** nach § 166 Abs. 1 BGB über Wissensvertreter und § 278 BGB über Erfüllungsgehilfen, oder dem Prinzip der Wissensverantwortung, sowie betreffend der **Unterschiede** zwischen ‚**Kenntnis**‘ und ‚**Wissenmüssen**‘, die uneinheitlich beantwortet werden. So soll etwa nach einer Ansicht bei der Frage der Kenntnis von bestimmten Umständen die unterlassene Erfassung und Speicherung von Informationen nicht als Kenntnis iSd § 442 BGB gewertet werden.

Das bedeutet, dass auch die **Kenntniserlangung** (nicht bloß von Umständen, die auf Mangel schließen lassen) im Rahmen einer Due Diligence zu einem derartigen Ausschluss der Rechte des Unternehmenskäufers führt. Eine andere Ansicht meint, es könne nicht sein, dass die durchgeführte Due Diligence dem Käufer mehr schade, als wenn er von vornherein keine Due Diligence vornimmt.¹³

Ist dem Käufer ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, kann der Käufer gem § 442 Abs. 1 S.2 BGB Rechte wegen dieses Mangels nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel **arglistig verschwiegen** hat, oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache nach § 443 BGB übernommen hat. Hier stellen sich vorallem Fragen des Sorgfaltsmaßstabes und der Zurechnung des Sorgfaltsmaßstabes an den Käufer, insbesondere von Sachverständigen, sowie die Frage, wann der Verkäufer arglistig handelt, also das **arglistige Vorspiegeln einer Tatsache** (zB durch Bereitstellen von falschen Bilanzen im Datenraum) dem arglistigen Verschweigen gleichzusetzen ist und ob und wann überhaupt eine **Offenbarungspflicht des Verkäufers für den Mangel** besteht.

Es besteht die Ansicht, dass derjenige Käufer, der eine unsorgfältige oder unvollständige Due Diligence durchführt, grob fahrlässig handle und dadurch seine Gewährleistungsrechte nach dieser Bestimmung verliere. Eine andere Ansicht hält dem entgegen, dass der Käufer, der überobligatorische Anstrengungen unternimmt und eine Due Diligence durchführt, dadurch schlechter behandelt würde, als derjenige, der eine solche Prüfung unterlässt. Eine Entscheidung des LG Berlin hat einen Gewährleistungsverlust wegen grober Fahrlässigkeit nach § 442 Abs. 1 S.2 BGB bejaht, wobei hier aber der unterschiedliche technische Sachverstand von Käufer und Verkäufer schlussendlich den Ausschlag für die Begründung grober Fahrlässigkeit bei Durchführung der Due Diligence gab.¹⁴

Die Möglichkeit zur Geltendmachung von Ansprüchen trotz grob fahrlässiger Unkenntnis hängt somit davon ab, ob der Verkäufer eine Beschaffenheitsgarantie nach § 443 BGB oder eine selbstständige Garantie nach § 311 BGB übernommen hat. Somit **verliert der Käufer bei grob fahrlässiger Unkenntnis** auch dann seine **Gewährleistungsrechte**, wenn ihm der Verkäufer eine **selbstständige**

¹² 4 Ob 1657/95 = *Puck*, *ecolex* 1996, 247; kritisch dazu *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 630.

¹³ *Holzapfel/Pöllath*, *Unternehmenskauf in Recht und Praxis*, Rn.15.

¹⁴ LG Berlin 1.2.2005, 5 O 176/04 – *juris* Rn. 168.

Garantie erteilt hat, da § 442 Abs.1 S. 2 BGB nur auf die Beschaffenheitsgarantie nach § 443 BGB Anwendung findet. Es empfiehlt sich daher aus Sicht des Käufers eine ausdrückliche **vertragliche Regelung** („buyer-friendly sandbagging-provision“), derzufolge er **trotz Kenntnis** bzw. Kennenmüssen und trotz grob fahrlässiger Unkenntnis des Mangels seine **Gewährleistungsrechte nicht verliert**, wenn der Verkäufer ihm eine selbstständige Garantie erteilt hat. Hier ist der Unterschied zum selbstständigen Garantieversprechen nach § 880a ABGB zu beachten, welches **ungeachtet der Kenntnis** des Mangels wirksam ist.

Die Frage, ob bereits die Nichtdurchführung einer Due Diligence grob fahrlässig iS dieser Bestimmung sei, wird unter Bezug auf § 377 dHGB, der vor Vertragsschluss keine Prüfungsobliegenheiten vorsieht, überwiegend verneint. Der Käufer hat vor dem Vertragsschluss nach deutschem Kaufrecht grundsätzlich keine Prüfungspflicht, außer Umstände des Einzelfalles legen nach Treu und Glauben eine Untersuchungspflicht des Käufers bereits vor Abschluss des Kaufvertrages nahe. Das Bestehen einer Verkehrssitte zur Durchführung einer Due Diligence wird gleichfalls für Deutschland verneint.

Weiters wird in Deutschland ua. das Problem der Abgrenzung zwischen einer selbstständigen Garantie und einer unselbstständigen Beschaffenheitsgarantie hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 444 BGB mit seinem Verbot der Haftungsbeschränkung oder –ausschlusses bei unselbstständigen Beschaffenheitsgarantien diskutiert, vorallem für Fälle, in denen eine selbständige Garantie für einen Umstand übernommen wurde, der eine Beschaffenheit des Kaufgegenstandes gem § 443 Abs. 1 BGB beinhaltet.

In der **Schweiz** haftet der Verkäufer für **vorausgesetzte Eigenschaften** des Kaufgegenstandes und für **zugesicherte Eigenschaften** nach Art. 197 Abs.1 OR. Ein Sachmangel besteht in einem körperlichen, oder rechtlichen Mangel (nicht ein solcher nach Art. 192 OR), der den Wert, oder die Gebrauchstauglichkeit des Kaufgegenstandes erheblich mindert oder aufhebt. Beim **Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft** ist **keine Minderung von Wert oder Gebrauchstauglichkeit nötig**, damit ein Sachmangel vorliegt.

Zukünftige Ereignisse und Entwicklungen, wie auch der Wert des Unternehmens selbst, können nicht Gegenstand einer Zusicherung sein, da die Sachgewährleistung auf Mängel aufbaut, die zumindest ihrer Ursache nach, bereits im Zeitpunkt des Gefahrenübergang existiert haben müssen. Eine entsprechende Verkäuferhaftung kann in diesem Bereich durch **selbständige Garantieversprechen** (Art. 111 OR) erzielt werden, auf die auch die Regeln der Art. 200, 201 (Mängelrüge) und 210 (einjährige Verjährungsfrist) OR keine Anwendung finden. In Deutschland kann sich ein selbstständiges Garantieversprechen nach § 311 BGB ebenso nicht nur auf die Beschaffenheit der Sache beziehen, oder darauf, dass die Sache für eine bestimmte Zeit ihre Beschaffenheit behält, sondern auf alle gegenwärtigen und zukünftigen Umstände des Kaufgegenstandes.¹⁵

¹⁵ *Emmerich*, in MüKo, BGB, § 443, Rn.8.

Der Begriff der vorausgesetzten Eigenschaften wird grundsätzlich weit ausgelegt.¹⁶ Beim Unternehmenskauf ist der Sollzustand des Unternehmens der Zustand, den der Käufer als vernünftiger Vertragspartner nach den konkreten Umständen des Einzelfalles erwarten durfte. Dieser Sollzustand ist jedoch schwer zu definieren, wonach häufig nur in speziellen Fällen von einem Fehlen vorausgesetzter Eigenschaften ausgegangen werden kann, wie etwa bei Illiquidität oder erheblichen Mängeln der Rechnungslegung.¹⁷

Wird vertraglich nichts vereinbart, so kann der Käufer nach Art. 200 Abs.1 OR aus in der Due Diligence entdeckten Mängeln später keine Gewährleistungsrechte ableiten. Auch dann nicht, wenn der Verkäufer die Abwesenheit dieser Mängel zusichert. Denn die **Zusicherung des mängelfreien Zustandes** wäre entweder offensichtlich **falsch** (vgl. absurd iSd § 878 S. 3 ABGB), oder wenn sie sich auf die Zeit nach dem Stichtag der Unternehmensübernahme beziehen würde, unzulässig.

Der Käufer hat nach überwiegender Ansicht aber erst dann **Kenntnis**, wenn er den Mangel konkret, in seiner gesamten Tragweite erfasst hat. Beim Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft muss der Käufer also auch die **negativen Auswirkungen** des erkannten Mangels auf Wert oder Gebrauchstauglichkeit des Kaufgegenstandes erkannt haben, da erst dieser Zusammenhang eine fehlende vorausgesetzte Eigenschaft zum Sachmangel macht.¹⁸

Nach Art. 200 Abs.2 OR haftet der Verkäufer nicht für Mängel, die der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen, sofern der Verkäufer diesbezüglich keine Zusicherungen gegeben hat. Hier kann sich der Käufer somit auf die Zusicherungen des Verkäufers verlassen, die auch konkludent abgegeben werden können. Hier stellt sich die Frage der Abgrenzung stillschweigend zugesicherter Eigenschaften von vorausgesetzten Eigenschaften. Diese Frage ist relevant für das Erheblichkeitserfordernis des Sachmangels und beim Gewährleistungsausschluss für Kennensollen des Mangels nach Art. 200 Abs. 2 OR.

Diese Regelung (Art. 200 Abs. 2 OR) besteht aber für den Rechtskauf (Share Deal) nicht. Das Bundesgericht sieht nur die übertragenen Aktien als Kaufgegenstand, womit das Prüfungserfordernis bezüglich des Unternehmens grundsätzlich entfällt.¹⁹ Das Fehlen vorausgesetzter Eigenschaften als Sachmangelkategorie ist nach bundesgerichtlicher Rsp beim Share Deal praktisch nicht vorhanden. Fehlende vorausgesetzte Eigenschaften können sich beim Share Deal nur auf die Aktienurkunden, somit Bestand und Umfang der veräußerten Rechte beziehen. Für Mängel des Unternehmens haftet beim Share Deal der Verkäufer nur, wenn er entsprechende Zusicherungen abgegeben hat. Der Gewährleistungsausschluss des Art. 200 Abs. 2 OR kommt aber gerade dann nicht zur Anwendung, wenn der Verkäufer Zusicherungen abgegeben hat.

¹⁶ Böckli, Gewährleistungen, 69.

¹⁷ Lörtscher, Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf im schweizerischen und deutschen Recht, ZvglRWiss 83 (1984), S.52; Amstutz, Ausschluss der Gewährleistung von Sachmängeln beim Unternehmenskauf, Der Schweizer Treuhänder 12/02, 1109 f.

¹⁸ Vischer, Sachgewährleistung beim Unternehmenskauf, SJZ 97 (2001), S.362.

¹⁹ BGE 107 II 422.

Bei schwerwiegenden Unternehmensmängeln ermöglicht das Bundesgericht dem Käufer allerdings die Möglichkeit der Berufung auf den Grundlagenirrtum, und erkennt gegebenenfalls auf Teilnichtigkeit des Vertrages, womit ein ähnliches Resultat wie bei der gewährleistungsrechtlichen Minderung erzielt wird. Die schweizerische Lehre hingegen sieht auch den Share Deal als Unternehmenskauf an und bejaht daher das Bestehen der Prüfungsobliegenheit auch betreffend aller vorausgesetzter, aber nicht zugesicherter Eigenschaften des Unternehmens und nicht nur betreffend der Anteilsscheine.²⁰

Werden in der Due Diligence Mängel festgestellt, genügt es für die Rechtsgewährleistung beim Share Deal nicht, sich die Abwesenheit der Mängel zusichern zu lassen. Nach Art. 192 Abs.2 OR ist hiezu eine ausdrückliche Verpflichtung des Verkäufers zur Übernahme erforderlich.

Es stellt sich die Frage, ob der Käufer seine Obliegenheit der gewöhnlichen Aufmerksamkeit nach Art. 200 Abs. 2 OR verletzt, wenn er die Due Diligence unterlässt. Nach der überwiegenden Ansicht im schweizerischen Schrifttum **gehört die Durchführung einer Due Diligence** beim Unternehmenskauf **zur Verkehrssitte**.²¹ Unter anderem wird auch angeführt, dass die Organe des Käufers unter ihrer jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflicht gehalten sind eine Due Diligence durchzuführen, was dafür sprechen würde, dass diese zur gewöhnlichen Aufmerksamkeit zählt. Folglich verwirkt der Käufer seine Ansprüche für diejenigen Mängel, welche er nach Durchführung der Due Diligence hätte kennen sollen. Hierunter dürften zumindest jene Mängel fallen, die in den Kernthemen einer Due Diligence normalerweise geprüft werden.²²

Eine andere Ansicht sieht in der ‚gewöhnlichen Aufmerksamkeit‘ keine Prüfobliegenheit des Käufers hinsichtlich der Kaufsache, sondern lediglich die Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt bei dessen Wahl und Besichtigung.²³

Bei der geforderten, gewöhnlichen Aufmerksamkeit werden hohe Anforderungen an die erforderliche Sorgfalt gestellt.²⁴ Während zum allgemeinen Kaufrecht die Lehre der Ansicht ist, dass nur grobe Fahrlässigkeit schade, wird für den komplexen Unternehmenskauf auf einen objektiven Sorgfaltsmaßstab abgestellt, der sehr hoch anzusiedeln sei. Dem Gesetz selbst, lässt sich nämlich eine Anwendung des Haftungsausschlusses nur bei Grobfahrlässigkeit nicht entnehmen. Es wird daher vertreten, dass somit **jede Fahrlässigkeit dem Käufer schadet**.²⁵ Damit wäre erforderlich, dass der Käufer sehr kritisch und i.d.R. nur durch Zuhilfenahme von fachkundigen Spezialisten die ihm offen gelegten Informationen zu beurteilen hat und bei Unsicherheiten weitere Informationen anzufordern hätte. In diesem Fall erfolge eine **Wissenszurechnung vom Wissen der eingesetzten Fachleute an den Käufer**.²⁶ Denn um ihrer Sorgfaltspflicht zu genügen, müssen auch die Organe des gesellschaftsrechtlich organisierten Käufers, für die Durchführung der Due Diligence **spezialisierte**

²⁰ Böckli, Gewährleistungen, 62.

²¹ Blum, Gewährleistungen, 183ff m.w.N.; Tschäni, M&A Transaktionen, 2.Kap. N.18; Meier, Due Diligence, 83; aA Vischer, Due Diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 96, 234f.; kritisch wohl auch Hauck, Mängel, 388.

²² Hauck, Mängel, 387.

²³ BGE 66 II 137.

²⁴ Schenker, Gewährleistungen, 237 f.

²⁵ Blum, Gewährleistungen, 185.

²⁶ BGE 95 II 125 E. 5; BGE 66 II 137 E.5.

Fachleute einsetzen. Es sei nicht einzusehen, wieso für den Käufer unter Kaufrecht weniger strenge Anforderungen gelten sollen, als für seine Organe unter Gesellschaftsrecht.²⁷

Eine andere Ansicht vermeint die gewöhnliche Aufmerksamkeit erst dann als verletzt, wenn der Käufer grobfahrlässig gehandelt hat, sohin der Mangel bei der gebotenen Sorgfalt leicht erkennbar gewesen wäre.²⁸

Die Ansicht, dass die Durchführung einer Due Diligence zu einer Haftungsverschärfung des Käufers in rechtlicher Sicht führt, ist mit Verweis auf die deutsche Rechtslage, wo keine Due Diligence Obliegenheit besteht, nicht unumstritten.²⁹

Nach Art. 201 Abs.1 OR ist die Kaufsache sobald als tunlich zu prüfen und allfällige Mängel sofort zu rügen. Unterlässt der Käufer diese Rüge, so gilt die Kaufsache als genehmigt. Diese Norm gilt nach Rsp auch für den Unternehmenskauf und wird von der Lehre vehement kritisiert. Zum Schutz des Käufers ist eine Wegbedingung des dispositiven Art. 201 OR wesentlich.

Begrenzungen der Haftung des Verkäufers (**Cap-Abreden**) nur auf einen gewissen Teil des Kaufpreises, also nur auf eine bestimmte Haftungssumme, sind regelmäßige Bestandteile von Unternehmenskaufverträgen. Dennoch stellen sich Fragen der rechtlichen Reichweite solcher ‚caps‘ in den nationalen Rechtsordnungen, vorallem ob der Käufer mit seinen den cap übersteigenden Mehransprüchen an der Haftungsbegrenzung des Verkäufers scheitert, oder er diese erfolgreich ausschalten kann. In der Regel hält der cap, wenn der dem Käufer zufallende, den cap übersteigende Mehrbetrag von Minderung, Ersatz oder Garantieansprüchen dem Verkäufer nur als leichtes Verschulden angerechnet werden kann. Umgekehrt ist der cap **wirkungslos**, wenn der Verkäufer den **Mangel absichtlich verschwiegen**, oder **verursacht** hat. Divergenzen bestehen in den nationalen Rechtsordnungen für den Fall, dass der Mangel auf grobfahrlässiges Verhalten des Verkäufers zurückzuführen ist. Hält in diesen Fällen die betragliche Begrenzung der Verkäuferhaftung?

In der **Schweiz** ist im Bereich des vertraglichen und außervertraglichen Haftungsrecht nach Art. 100 Abs.1 OR die Freizeichnung nur für leichte Fahrlässigkeit gültig. Art. 199 OR erlaubt hingegen die vertragliche Haftungsbefreiung im Bereich der Mängelgewährleistung als Ausnahme auch für den Fall der groben Fahrlässigkeit. Art. 199 OR ist nach einer Ansicht eine Sondernorm des Kaufrechts, die systematisch in die sehr spezifische Interessenlage und Risikoabgrenzung des Sachmängelgewährleistungsrecht eingebettet ist. Der cap bezieht sich nun nach dieser Ansicht im Prinzip auf die Folgen von Mängeln der Kaufsache, fällt also genau in dieses rechtliche Feld der Risikoallokation zwischen Käufer und Verkäufer.³⁰ Daher bleibe der cap nach schweizerischem Recht auch im Falle der Grobfahrlässigkeit des Verkäufers gültig. Der Käufer dringt nach dieser Ansicht mit seinen den cap übersteigenden Mehransprüchen nicht durch, die Begrenzung des Haftungsfonds des

²⁷ *Blum*, Rechtliche Aspekte der Due Diligence, Der Schweizer Treuhänder 4/2006.

²⁸ OR-Honsell, N 3 zu Art. 200 OR; BK-Giger, N 16ff. zu Art. 200 OR.

²⁹ *Hauck*, Mängel, 389.

³⁰ *Böckli*, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen in *Tschäni*, Mergers & Acquisitions (1998).

Verkäufers bleibt aufrecht. Die Frage des Verhältnisses von Art. 101 Abs.1 OR zu Art. 199 OR ist umstritten, und bis heute durch die Rsp des Bundesgerichts nicht gelöst.³¹

In **Deutschland** hingegen ist eine Freizeichnung auch für grobe Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 3 BGB zulässig.

In **Österreich** ist eine Freizeichnung für grobe Fahrlässigkeit in engen Grenzen zulässig, sofern diese nicht sittenwidrig (krass grob fahrlässig), oder durch ein Gesetz (etwa § 6 Abs.1 Z 9 KschG) als nicht verbindlich erklärt wurde.³²

Diese Frage leitet über, ob der cap auch für **echte Garantieabreden** nach § 881 a ABGB, § 311 BGB bzw. Art. 111 OR die verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers erfolgreich beschränken kann.

Die Vorfrage lautet dabei, ob eine Freizeichnungsklausel des Verkäufers im Kaufvertrag auch selbstständige Garantieabreden erfasst, sowie allenfalls auch etwaige Ansprüche aus Schadenersatz, cic und Irrtumsanfechtung.

Die Hauptfrage gilt dann der Frage der **Gültigkeit der Beschränkung im Falle der groben Fahrlässigkeit**.

Für die Schweiz wird argumentiert, dass die selbstständige Garantieabrede außerhalb der Sondernormen der Sachmängelgewährleistung stehe, somit Art. 199 OR keine Anwendung mehr findet. Folglich kann der Verkäufer seine Zahlungspflicht aus selbstständiger Garantieabrede, trotz Vorliegen des cap als betragslicher Haftungsbegrenzung, für die den cap übersteigenden Käuferansprüche wegen grob fahrlässigem Verkäuferverhalten nicht wirksam ausschließen.

Für Deutschland ist die Abgrenzung zwischen einer selbstständigen Garantie nach § 311 BGB und einer unselfständigen Beschaffenheitsgarantie nach § 443 BGB zu beachten. Der nicht dispositive § 444 BGB sieht nämlich ein Verbot eines Haftungsausschlusses oder einer Haftungsbeschränkung bei unselfständigen Beschaffenheitsgarantien vor. Problematisch sind nun Fälle, in denen eine selbstständige Garantie für einen Umstand übernommen wurde, der eine Beschaffenheit des Kaufgegenstandes gemäß § 443 Abs. 1 BGB zum Gegenstand hat. Hier stellt sich die Frage, ob nicht § 444 BGB unterlaufen wird, wenn vertraglich anstelle einer unselfständigen eine selbstständige Garantie übernommen wird. Überwiegende Ansicht ist nunmehr allerdings, dass eine **Garantie von vornherein mit beschränktem Umfang vereinbart werden kann**. Die Beschränkung ist folglich ein Teil der Garantie und bestimmt deren Reichweite. Sie ist also keine nachträgliche Beschneidung der Rechte des Käufers, die § 444 BGB als ‚Sanktion widersprüchlichen Verkäuferverhaltens‘ zu verhindern sucht.³³

³¹ *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Band II 8.Aufl, Rn. 2826.

³² 7 Ob 666/84; 8 Ob 182/66; *Reischauer*, Vertraglicher Haftungsausschluss für schuldhaftes Verhalten, insbesondere für grobe Fahrlässigkeit, ÖJZ 12/2009, 1037ff.

³³ *Picot*, Handbuch Mergers&Acquisitions, 4.Aufl., S. 241.

Da eine **Freizeichnung für grobe Fahrlässigkeit in Deutschland zulässig** ist, müsste der Verkäufer seine Haftungsbegrenzung bei selbstständigen Garantieverträgen auch bei grob fahrlässig herbeigeführten, den cap übersteigenden Mehransprüchen des Käufers aufrecht erhalten können.

Für Österreich mag das für Deutschland eben gesagte gelten, wobei aber der von der Rsp entwickelten Trennung in grobe Fahrlässigkeit und krass grobe Fahrlässigkeit Beachtung zu schenken sein wird.

3. Zielsetzung

Die unter 2. aufgezeigten Probleme und Fragestellungen, sowie divergierenden Ansichten sollen aufbauend auf dem **beigeschlossenen Inhaltsverzeichnis** untersucht werden. Zu Beginn erfolgt im **1. Kapitel** eine kurze Begründung für die Behandlung der ausgewählten Rechtsordnungen in dieser rechtsvergleichenden Arbeit. Das **2. Kapitel** soll eine kurze und kursorische Darstellung der Funktionen der Due Diligence bilden, um dem Leser die Einführung in den Themenkreis zu erleichtern und auf das Wechselspiel zur Ausgestaltung der Gewährleistungs- und Garantiebestimmungen hinzuweisen. Anschließend werden im **3. Kapitel überblicksmäßig** die unterschiedlichen nationalen Gewährleistungsregime der Länder vorgestellt, wobei den Bereichen des Ausschlusses der Gewährleistung erhöhte Aufmerksamkeit geschenkt wird und die jeweilige betreffende Judikatur der Staaten dargestellt wird, um den Leser gleichsam für die folgenden Kapitel vorzubereiten. Ebenfalls werden die dogmatischen Unterschiede zwischen Garantien und Gewährleistungen länderspezifisch herausgearbeitet. Den Abschluss des 2. Kapitels bildet der Rechtsvergleich der nationalen Gewährleistungsregime und Garantieabreden. Gemeinsame Herangehensweisen an gleiche Problemstellungen werden aufgezeigt und national unterschiedliche Lösungen begründet.

Das **4. Kapitel** behandelt unterschiedlichste Fragen der Auswirkungen der Due Diligence auf Aufklärungspflichten, sowohl des Verkäufers, als auch des Erwerbers. Gleichfalls wird hier auch der Themenkreis der vorvertraglichen Schuldverhältnisse näher behandelt werden.

Im **5. Kapitel** soll der Leser einen Einblick in die Problematik der Anwendung der nationalen Gewährleistungsregime auf den Unternehmenskauf bekommen. Nachdem er nunmehr mit der Dogmatik der einzelnen Gewährleistungsregime und Garantieabreden vertraut ist, soll ihm hier vermittelt werden, **wann ein Unternehmen nach den gesetzlichen Vorschriften als mangelhaft** anzusehen ist, einerseits beim Asset Deal, andererseits beim Share Deal. So etwa wird der Frage nachgegangen, ob nur eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs.1 S.1 BGB entscheidet, wann ein Unternehmen mangelhaft ist. Dies könnte wegen der fehlenden Standardbeschaffenheit eines Unternehmens der Fall sein, da eine gesetzliche Gewährleistung dann nur über eine solche Beschaffenheitsvereinbarung herbeigeführt werden könnte, die aber auch konkludent zu Stande kommen kann (etwa durch Bereitstellung von Unterlagen durch den Verkäufer auf entsprechende Anfrage des Käufers).

Weiters wird länderspezifisch auf den Gebrauch von Garantieabreden für Mängel des Unternehmens eingegangen.

Im **6. Kapitel** erfährt der Leser, was die **Kenntniserlangung** von Mängeln im Rahmen einer Due Diligence in den nationalen Gewährleistungsvorschriften für Folgen zeitigt, was unter Kenntnis überhaupt zu verstehen ist (daher ob auch eine Wertung der erkannten äußeren Umstände erforderlich ist oder nicht, sohin die Frage nach Inhalt und Reichweite der Kenntnis) und wie Kenntnis dem Käufer

zugerechnet wird. So soll der Frage nachgegangen werden, welche Personen sich der Käufer hinsichtlich ihrer Kenntnis neben seinen rechtsgeschäftlichen Vertretern zurechnen lassen muss und ob eine Beschränkung der Wissenszurechnung nur auf **Verhandlungs- und Abschlussvertreter** des Käufers sachgemäß ist. Ebenso soll auf die unterschiedlichen Ansätze eingegangen werden, die eine Gleichsetzung hypothetischen Wissens (etwa **Aktenwissen** auf Datenträgern) mit dem Kenntnisbegriff bejahen oder verneinen, auf die Frage der Zurechnung von Wissen, dass von Hilfspersonen zwar erfasst wurde, im due diligence report aber fehlt und auf den Themenkomplex der **Gefahr der Wissenszurechnung**, die Grenzen zwischen Kenntnis und Wissenmüssen zu verwischen.³⁴

Im **7. Kapitel** wird der Frage der Verkehrssitte einer Due Diligence nachgegangen, etwa ob bereits die Nichtdurchführung einer Due Diligence nach nationalen Gewährleistungsvorschriften grob fahrlässig sein kann. Ebenso werden die Folgen einer unvollständigen und einer unsorgfältigen Due Diligence in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen aufgezeigt und die **Frage des Sorgfaltsmaßstabes des Käufers** behandelt. In diesen Themenkreis fällt auch die Frage der **Zurechnung des Sachverständigen Sorgfaltsmaßstabes an den Käufer**, sowie die darauf aufbauende Frage, ob derjenige der eine Due Diligence durchführt mitunter schlechter gestellt wird, als derjenige, der eine Due Diligence unterlässt.

Nachdem der Leser nunmehr mit den Problemen der Anwendung der nationalen Gewährleistungsvorschriften auf den Unternehmenskauf vertraut ist, wird im Hauptteil der Arbeit, dem **8. Kapitel** auf die **Kautelarpraxis der Representations and Warranties** näher eingegangen. Es wird anhand von Vertragstextbeispielen aufgezeigt, wie unter Ausschluss des dispositiven jeweiligen nationalen (Gewährleistungs-)rechts eigene Haftungssysteme vertraglich etabliert werden. Das Ziel der Errichtung dieser eigenständigen Haftungssysteme ist ihre in sich geschlossene Konsistenz, so dass ein Einfließen nationaler (Gewährleistungs-)regeln so weit als zulässig ausgeschlossen wird. Dieses Kapitel stellt dem Leser die Möglichkeiten der Vertragsgestaltung hinsichtlich eigenständiger Gewährleistungsregime dar, sowie die Grenzen der Vertragsgestaltung.

Schwerpunktmäßig wird folgenden Themen nachgegangen: der Problematik der ergänzenden Vertragsauslegung angloamerikanisch inspirierter Verträge im Widerspruch zu strikten Begriffsdefinitionen, der vertraglichen Ausgestaltung von Kenntnisklauseln des Käufers, sowie der Zurechnung von hypothetischem Aktenwissen an den Käufer (truly and fairly disclosed) und die Grenzen einer solchen Zurechnung nach den nationalen Rechtsordnungen; weiters der vertraglichen Ausgestaltung von best-knowledge Klauseln des Verkäufers und ihrer jeweiligen Grenzen; den vereinbarten Rechtsfolgen im Falle des Gewährleistungsfalles unter dem Gesichtspunkt des Ausschlusses bestimmter gesetzlicher Gewährleistungsbehelfe und Schadenersatzansprüche; der vertraglichen Funktion von Indemnities, ihre rechtliche Einordnung und der Frage der Zulässigkeit ihrer Begrenzung auf gewisse Höchstbeträge; der Funktion von Covenants in Relation zu Gewährleistungsverstößen im Zeitraum zwischen Signing und Closing, der Funktion und Ausgestaltung des Due Diligence Bring Down und Officer's Certificate als Vorlage ua. auch des Gewährleistungskatalogs dem Management gegenüber und dessen rechtliche Implikationen und

³⁴ *Goldschmidt*, ZIP 2005, 1305, 1309.

schlussendlich dem Vereinbaren von Haftungsausschlüssen und Haftungshöchstbeträgen und ihrer jeweiligen gesetzlichen Schranken.

Die gesamthafte, länderübergreifende und rechtsvergleichende Darstellung des Gewährleistungs- und Garantierechts beim Unternehmenskauf, sowie die schwerpunktmäßige Darstellung der Kautelarpraxis und ihrer jeweiligen Grenzen vermag diese Arbeit von anderen einzelstaatlichen Betrachtungen zu unterscheiden.

4. Inhaltsverzeichnis

1. Die zu vergleichenden Rechtsordnungen

2. Funktionen der Due Diligence

- 2.1. Wertermittlung
- 2.2. Beweisfunktion
- 2.3. Planungsfunktion
- 2.4. Gewährleistungsermittlung

3. Nationale Gewährleistungsregime im Überblick

- 3.1. Österreich
- 3.2. Deutschland
- 3.3. Schweiz
- 3.4. Rechtsvergleich der nationalen Gewährleistungsregime

4. Due Diligence und Aufklärungspflichten

- 4.1. Verletzung vorvertraglicher Pflichten durch unrichtige Angaben des Veräußerers bzw. durch Verschweigen von Tatsachen
 - 4.1.1. Österreich
 - 4.1.2. Deutschland
 - 4.1.3. Schweiz
 - 4.1.4. Rechtsvergleich
- 4.2. Umfang der Aufklärungspflichten des Unternehmensveräußerers
 - 4.2.1. Österreich
 - 4.2.2. Deutschland
 - 4.2.3. Schweiz
 - 4.2.4. Rechtsvergleich
- 4.3. Einfluss der Due Diligence auf das Bestehen und die Erfüllung von Aufklärungspflichten
 - 4.3.1. Österreich
 - 4.3.2. Deutschland
 - 4.3.3. Schweiz
 - 4.3.4. Rechtsvergleich
- 4.4. Mitverschulden des Käufers wegen unterlassener, unvollständiger oder unsorgfältiger DD
 - 4.4.1. Österreich
 - 4.4.2. Deutschland

4.4.3. Schweiz

4.4.4. Rechtsvergleich

5. Das mangelhafte Unternehmen beim Share- und Assetdeal

5.1. Österreich

5.2. Deutschland

5.3. Schweiz

5.4. Rechtsvergleich

6. Kenntnis von Unternehmensmängeln durch die Due Diligence und die Folgen

6.1. Der Kenntnisbegriff

6.1.1. Österreich

6.1.2. Deutschland

6.1.3. Schweiz

6.1.4. Rechtsvergleich

6.2. Die Wissenszurechnung an den Käufer

6.2.1. Österreich

6.2.2. Deutschland

6.2.3. Schweiz

6.2.4. Rechtsvergleich

6.3. Folgen der Kenntnis des Käufers

6.3.1. Österreich

6.3.2. Deutschland

6.3.3. Schweiz

6.3.4. Rechtsvergleich

7. Grobfahrlässige Unkenntnis von Unternehmensmängeln und die Folgen

7.1. Unterlassene Due Diligence

7.1.1. Österreich

7.1.2. Deutschland

7.1.3. Schweiz

7.1.4. Rechtsvergleich

7.2. Unvollständige oder unsorgfältige Due Diligence, Zurechnung des Wissensmüssens und anzuwendender Sorgfaltsmaßstab des Käufers

7.2.1. Österreich

7.2.2. Deutschland

7.2.3. Schweiz

7.2.4. Rechtsvergleich

8. Vertragsgestaltung

8.1. Einführung

8.2. Typische Representations & Warranties – rechtliche Qualifikation

8.3. Auslegung angloamerikanisch beeinflusster Verträge – Begriffsdefinitionen vs. hypothetischem Parteieninteresse

8.4. Kenntnis und grobfahrlässige Unkenntnis des Käufers von Mängeln

- 8.4.1. Disclosure Schedules und Abbedingung der nationalen Kenntnisnormen
- 8.4.2. Ausschluss nur bei Actual Knowledge
- 8.4.3. Ausschluss auch schon bei Deemed Knowledge
 - 8.4.3.1. Truly and fairly disclosed
- 8.4.4. Auswirkungen auf echte Garantiezusagen und Indemnities?
- 8.5. Best-Knowledge Klauseln des Verkäufers
 - 8.5.1. Die vertragliche Ausgestaltung des Kenntnisbegriffs und ihre Grenzen
 - 8.5.2. Kreis der relevanten Wissensträger
 - 8.5.3. Die Wissenszurechnung von Erfüllungsgehilfen, Verhandlungsführern, Abschlussvertretern und von Arbeitnehmern des Verkäufers und ihr möglicher Ausschluss
 - 8.5.3.1. Österreich
 - 8.5.3.2. Deutschland
 - 8.5.3.3. Schweiz
 - 8.5.3.4. Rechtsvergleich
 - 8.5.4. Arglistzurechnung an den Verkäufer und vertraglicher Ausschluss?
 - 8.5.4.1. Arglist bereits durch Fahrlässigkeit?
 - 8.5.4.2. Arglistiges Verschweigen
 - 8.5.5. Zeitpunkt der Kenntnis des Verkäufers
- 8.6. Indemnities
 - 8.6.1. Funktion
 - 8.6.2. Rechtliche Einordnung
- 8.7. Due Diligence Bring Down and Officer's Certificate – rechtliche Auswirkungen
- 8.8. Covenants und Gewährleistungsverletzungen
- 8.9. Ausschluss jeder weitergehender Haftung und die Grenzen
 - 8.9.1. Ausschluss der Culpa in Contrahendo Haftung
 - 8.9.2. Ausschluss der Irrtumsanfechtung/Laesio enormis
 - 8.9.3. Ausschluss der Gewährleistungshaftung
 - 8.9.4. Ausschluss von Schadenersatzansprüchen
 - 8.9.5. Ausschluss von sonstigen Anfechtungsrechten
 - 8.9.6. Haftungssummenbegrenzungen des Verkäufers (Cap-Abreden)
 - 8.9.6.1. Funktion des Cap im Unternehmenskaufvertrag
 - 8.9.6.2. Freizeichnung auch für grobe Fahrlässigkeit des Verkäufers? -
Abgrenzung zur Arglist des Verkäufers
 - 8.9.6.2.1. Österreich
 - 8.9.6.2.2. Deutschland
 - 8.9.6.2.3. Schweiz
 - 8.9.6.2.4. Rechtsvergleich
 - 8.9.6.3. Wirksamkeit des Cap auch bei echten Garantieverträgen?
 - 8.9.6.3.1. Österreich
 - 8.9.6.3.2. Deutschland

8.9.6.3.3. Schweiz

8.9.6.3.4. Rechtsvergleich

8.10. Remedies for Breach of Representations

8.10.1. Zeitpunkt

8.10.2. Verjährungsfristen

9. Zeitplan

- | | |
|--|-------------------|
| A. Besprechung des Exposés, Abschluss der Dissertationsvereinbarung: | Ende Jänner 2012 |
| B. Einreichung des Antrags auf Genehmigung des Dissertationsvorhabens, samt Exposé und Betreuungszusage nach Absolvierung der verpflichtenden Einführungslehrveranstaltungen am Dekanat: | Ende Jänner 2012 |
| C. fakultätsöffentliche Präsentation des Dissertationsvorhabens, Verstreichen der Einmonatsfrist ohne Ablehnung: | Ende Februar 2012 |
| D. Abfassen der Dissertation, Absolvieren der verpflichtenden Lehrveranstaltungen Teil II gemäß Dissertationsvereinbarung: | Ende März 2013 |
| E. Öffentliche Defensio: | Ende Juni 2013 |

10. Vorläufiges Literaturverzeichnis

Fachzeitschriften:

- Amstutz*, Ausschluss der Gewährleistung von Sachmängeln beim Unternehmenskauf, Der Schweizer Treuhänder 12/02, 1109
- Berger*, Der Beschaffenheitsbegriff des § 434 Abs.1 BGB, JZ 2004, 276-283
- Blum*, Rechtliche Aspekte der Due Diligence, Der Schweizer Treuhänder 4/2006, 233ff
- Böttcher*, Due Diligence beim Unternehmenskauf als Verkehrssitte, ZGS 2007, 20-25
- Brugger*, Ende des Gewährleistungsausschlusses?, ecolx 2008, 803
- Bydlinski*, Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung (Teil II), JBl 1993, 631
- Bydlinski*, Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung (Teil I), JBl 1993, 559
- Canaris*, Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf, ZGR 1982, 395-434
- Clements*, Buyers and Sellers of Businesses Beware: Due Diligence, Sandbagging and the Destruction of Warranties and Representations, 10.01.2006 Quelle: <http://www.klehr.com>
- Dauner-Lieb/Thiessen*, Garantiebeschränkungen in Unternehmenskaufverträgen nach der Schuldrechtsreform, ZIP 2002, 108-114
- Egerman/Winkler*, Gewährleistung neu beim Unternehmenskauf, RdW 2002, 197
- Emmert*, Vereinbarte Beschaffenheit der Kaufsache und Haftungsausschluss des Verkäufers, NJW 2006, 1765-1768
- Fleischer/Körber*, Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, BB 2001, 841
- Goldschmied*, Wissenszurechnung beim Unternehmenskauf – Ausschluss von Gewährleistungsansprüchen des Käufers aufgrund arbeitsteiligen Handelns bei der Due Diligence und den Vertragsverhandlungen?, ZIP 2005, 1305-1313
- Gran*, Abläufe bei Mergers&Acquisitions, NJW 2008 Heft 20, 1409

Gronstedt/Jörgens, Die Gewährleistungshaftung bei Unternehmensverkäufen nach dem neuen Schuldrecht, ZIP 2002, 52-65

Häublein, Der Beschaffenheitsbegriff und seine Bedeutung für das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo zum Kaufrecht, NJW 2003, 388-393

Heidinger, Haftung des Unternehmensveräußerers in der aktuellen Judikatur, SWK 1996, B 77

Hemeling, Gesellschaftsrechtliche Fragen der Due Diligence beim Unternehmenskauf, ZHR 169 (2005), 274-294

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

Ischia/Mayr, Das neue österreichische Schiedsrecht, RIW 2006, 881

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

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

Kogler, Gewährleistungsfrist beim Unternehmenskauf, ecolex 2010, 239

Köhler, Zur Funktion und Reichweite der gesetzlichen Gewährleistungsausschlüsse, JZ 1989, 761-776

Kröll, Österreich als Schiedsort, Literatur zum österr. Schiedsrecht, IHR 2008, 216

Kozak/Uitz, Virtuelle Daten(t)räume, ecolex 2007, 440

Löber, Internationale Praxis des Unternehmenserwerbs in Festschrift Michalek

Löber, Zivilrechtliche Aspekte von Mergers and Acquisitions, AnwBl 1992, 525

Mertens, Culpa in contrahendo beim zustande gekommen Kaufvertrag nach der Schuldrechtsreform, AcP 2003 (2003), 818-854

Müller, Einfluss der Due Diligence auf die Gewährleistungsrechte des Käufers beim Unternehmenskauf, NJW 2004, 2196

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

Parschak/Wahl, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353

Pletzer, Aufklärungspflichtverletzung und Vertragsaufhebung, JBl 2002, 545

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

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

Reischauer, Vertraglicher Haftungsausschluss für schuldhaftes Verhalten, insbesondere für grobe Fahrlässigkeit, ÖJZ 12/2009, 1037ff

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

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

Schauer, Der relative absolute Gewährleistungsausschluss, ÖJZ 2009/78

Stoffels, Grenzen der Informationsweitergabe durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft im Rahmen einer „Due Diligence“, ZHR 165 (2001), 362-382

Tigges, Due Diligence und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, FB 2005, 95-106

Triebel/Hölzle, Schuldrechtsreform und Unternehmenskaufverträge, BB 2002, 521-537

Vischer, Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf, SJZ 101 (2005) Nr. 10, S.233f.

Vischer, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 106 (2010) Nr.6

Vischer, Sachgewährleistung bei Unternehmenskäufen, SJZ 97 (2001), S.362

Vischer, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, SZW 2003, 336

Vogt, Die Due Diligence – ein zentrales Element bei der Durchführung von Mergers & Acquisitions, DStR 2001, Heft 47, 2027-2034

Wagner, Informationspflichten des Verkäufers bei M & A Transaktionen nach neuer BGH-Rechtssprechung unter Berücksichtigung von neuem und altem Schuldrecht, DStR 2002, 958-967

Weitnauer, Der Unternehmenskauf nach neuem Kaufrecht, NJW 2002, 2511-2517

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

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

Wilhelm, Gewährleistungsnebel über dem Unternehmenskauf, ecolex 2005, 741

Zumbansen/Lachner, Die Geheimhaltungspflicht des Vorstands bei der Due Diligence: Neubewertung im globalisierten Geschäftsverkehr, BB 2006, 613-619

Bücher und Festschriften:

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

Beisel/Andreas, Beck'sches Mandatshandbuch Due Diligence (2007)

Beisel/Klump, Der Unternehmenskauf – Gesamtdarstellung der zivil- und steuerrechtlichen Vorgänge, 5. Auflage (2006)

Berens/Brauner/Strauch, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁶ (2011)

Böckli, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen in: *Tschäni*, Mergers & Acquisitions I, 1998, S.62

Brugger, Unternehmenserwerb (1990)

Dauner-Lieb, Wissenszurechnung im Gewährleistungsrecht, Ethische Neutralisierung der Arglist, FS für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag (Neuwied u.a.1998), 43-57

Fellner, Wratzfeld&Partner/ KPMG, Übertragung von Unternehmen I (2008)

Fehring/Petritz/Howanietz/Mager, Übertragung von Unternehmen (2011)

Fritzen, Unternehmenskauf, Due Diligence und Garantien nach der Schuldrechtsreform (2004)

Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Band II, 8. Aufl

Gartzke, Zivilrechtliche Auswirkungen einer Due Diligence auf die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien beim Unternehmenskauf (2003)

Hausmanning/Petsche/Vartian, Wiener Vertragshandbuch Band I und II, 2. Aufl. 2011

Heidinger/Albeseder, Due Diligence (2001)

Hettler/Stratz/Hörtnagl, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf (2003)

Hölters, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskauf⁷ (2010)

Honsell/Vogt/Wiegand, Basler Kommentar Obligationenrecht I⁴ (2007)

Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ (2010)

Jaletzke/Henle, M&A Agreements in Germany (2011)

Jansen, Mergers & Acquisitions⁴ (2001)

Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008)

Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf Share Purchase Agreement², (2010)

Knott/Mielke, Unternehmenskauf³ (2008)

Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB³ (2010)

Kranebitter, Due Diligence (2002)

Larisch, Gewährleistungshaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, 2004
Liekefett, Due Diligence bei M&A Transaktionen (2005)
Merkt, Internationaler Unternehmenskauf ² (2003)
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl./6.Aufl. (2011)
Nemec/Reicheneder, Der Unternehmenskauf und seine Abwicklung in der Praxis (1994)
Palandt, BGB –Kommentar (2011)
Picot, Handbuch Mergers&Acquisitions ⁴ (2008)
Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers&Acquisitions (2007)
Puck, Der Unternehmenskauf (1996)
Rummel, Kommentar zum ABGB, Band 1, 2007
Schwimann, ABGB-Praxiskommentar, 3. Auflage, 2005
Seibt, Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions, 2. Aufl. (2011)
Semler/Volhard, Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahmen (2001)
Stainer, Die Gewährleistung beim Unternehmenskauf (1993)
Tschäni, M&A Transaktionen nach Schweizer Recht (2003)
Watter, Über das Wissen und den Willen einer Bank, FS Kleiner, Zürich (1993)