



**JOHANNES KEPLER
UNIVERSITÄT LINZ**

Eingereicht von
Edin Osmanagic

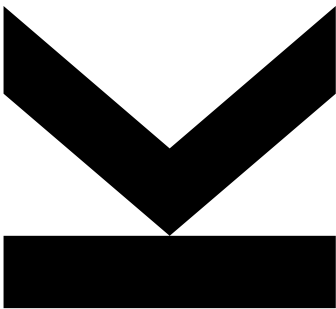
Angefertigt am
Institut für Unternehmensrecht

Beurteiler / Beurteilerin
o.Univ.-Prof. Dr. Martin Karollus

Mitbetreuung
Ass.-Prof. Dr. Thomas Wolkerstorfer, LL.B.

Monat, Jahr
Dezember 2016

REICHWEITE UND RECHTSFOLGEN DER BILANZGARANTIE



Diplomarbeit

zur Erlangung des akademischen Grades

Mag. rer. soc. oec.

im Diplomstudium

Wirtschaftswissenschaften

**JOHANNES KEPLER
UNIVERSITÄT LINZ**

Altenberger Straße 69
4040 Linz, Österreich
www.jku.at
DVR 0093696

Eidesstattliche Erklärung

Ich erkläre an Eides statt, dass ich die vorliegende Diplomarbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt bzw. die wörtlich oder sinngemäß entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe. Die vorliegende Diplomarbeit ist mit dem elektronisch übermittelten Textdokument identisch.

Ort, Datum

Unterschrift

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS.....	I
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	III
1. Einleitung	1
2. Anwendbarkeit der gesetzlichen Gewährleistung beim Unternehmens- und Anteilskauf unter Bezugnahme auf die Bilanzgarantie.....	3
2.1 Form und Auslegung der Bilanzgarantie.....	5
2.2 Subjektive Bilanzgarantie.....	6
2.3 Objektive Bilanzgarantie.....	9
2.4 Echte Garantie	10
2.5 Unechte Garantie	13
2.6 Gewährleistungsrechtliche Zusicherung	14
2.7 Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften	19
2.8 Vertragsauslegung nach § 914 ABGB	23
3. Bilanzrechtliche Beschränkungen der Bilanzgarantie und alternative Risikoabwälzung durch Kaufpreisklauseln.....	30
3.1 Bewertung Anlagevermögen.....	33
3.2 Rückstellungen	39
3.3 Forderungsbewertung.....	44
3.4 Ziele und Zweck von Kaufpreisklauseln.....	48
3.4.1 Variable Kaufpreisanpassung – completion accounts.....	49

II

3.4.2 Debt free / cash free Mechanismus	50
3.4.3 Net debt inklusive working capital Mechanismus	54
3.4.4 Net assets – Eigenkapitalmechanismus	56
3.4.5 Fixe Kaufpreisabrechnung – locked box Mechanismus.....	57
3.5 Material adverse change – MAC-Klausel	60
4. Gesetzliche Gewährleistungsfolgen und vertragliche Regelungen bei Inanspruchnahme der Bilanzgarantie.....	65
4.1 Primäre Gewährleistungsbefehle: Verbesserung oder Austausch.....	65
4.2 Sekundäre Gewährleistungsbefehle: Preisminderung oder Wandlung	69
4.3 Gewährleistungsausschluss bei Offenkundigkeit des Mangels?	76
4.4 Schadenersatz	83
4.5 Irrtum und List.....	89
5. Aspekte zur Vertragsgestaltung von Rechtsfolgen	98
6. Conclusio – Reichweite der Bilanzgarantie	106
LITERATURVERZEICHNIS	115

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	andere Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AktG	Aktiengesetz
AG	Aktiengesellschaft
AnwBl	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BFH	Bundesfinanzhof (Deutschland)
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (Zeitschrift)
BilR	Bilanzrecht
bspw.	beispielsweise
BStBl	Bundessteuerblatt (Deutschland)
BuW	Betrieb und Wirtschaft (Zeitschrift)
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCF	discounted cashflow
dh	das heißt
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
E	Entscheidung
EBIT	earnings before interest and taxes
EBITDA	earnings before interests, taxes, depreciation and amortisation
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EStG	Einkommenssteuergesetz
et al	et alli/et aliae (und andere)
etc	et cetera
f	folgende
FBG	Firmenbuchgesetz
ff	fort folgende
FS	Festschrift
gem	gemäß
GesRZ	Der Gesellschafter (Zeitschrift)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GmbHG	GmbH Gesetz
GoB	Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung
GuV	Gewinn- und Verlustrechnung
hA	herrschende Auffassung
Hb	Handbuch
HdR	Handbuch der Rechnungslegung
Hrsg	Herausgeber
HWB	Handwörterbuch
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinn
ieS	im engeren Sinn
IFRS	International Financial Reporting Standards
insb	insbesondere
IO	Insolvenzordnung
IRÄG	Insolvenzrechtsänderungsgesetz
iS	im Sinne
iwS	im weiteren Sinn
JBl	Juristische Blätter (Zeitschrift)
Jud	Judikatur
KartG	Kartellgesetz
KBB	Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Kurzkommentar zum ABGB)
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
Lit	Literatur
M&A	Mergers & Acquisitions
MAC	material adverse change
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue juristische Wochenschrift (Deutschland)
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖStZ	Österreichische Steuernzeitung
ÖStZB	Beilage zur Österreichischen Steuernzeitung
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
RGZ	Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)

RLG	Rechnungslegung
RS	Rechtssatznummer
Rsp	Rechtsprechung
RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
Rz	Randziffer
sog.	sogennant, -e, -er, -es
SWK	Steuer- und Wirtschaftskartei (Zeitschrift)
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen
ua	unter anderem
ÜbG	Übernahmegesetz
UGB	Unternehmensgesetzbuch
US GAAP	United Staates Generally Accepted Accounting Principles
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	wirtschaftsrechtliche Blätter (Zeitschrift)
WoBL	wohnrechtlichtliche Blätter (Zeitschrift)
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZBl	Zentralblatt für die juristische Praxis
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

1. Einleitung

Die Gründe für einen Unternehmens- oder Beteiligungskauf sind vielfältig. Die Kaufentscheidung kann dabei auf den künftigen Ertragschancen, der Marktstellung, dem Umsatz, dem Know-how, der Verbesserung der innerbetrieblichen Kosteneffizienz durch Generierung von Skalenerträgen oder der Ausgliederung bzw. Erweiterung des Produktionsapparates, etc. beruhen. Zur Konkretisierung des Chancen/Risikoprofils des Vertragsgegenstandes wird der letzte Jahresabschluss des Unternehmens herangezogen, welcher auch der Ausgangspunkt jeglicher Überlegungen über den Unternehmenswert ist. Die erlangten Basisinformationen über den wirtschaftlichen Zustand des Zielobjektes werden gegebenenfalls im Zuge einer Due Dilligence Prüfung abgeglichen. Treten dabei gravierende Mängel auf, wird der Kaufinteressent versuchen, die Risiken mittels Gewährleistungszusagen zu begrenzen, den Kaufpreis entsprechend anzupassen oder sogar gänzlich vom Kauf Abstand nehmen.¹

Die Ausgestaltung und Vereinbarung der Bilanzgarantie ist mit dem Interesse des Käufers verbunden, die wertbildenden Eigenschaften der Transaktion abzusichern, indem das Sachsubstrat des Unternehmens unmittelbar mit den Bilanzpositionen des Jahresabschlusses assoziiert wird, welcher wiederum im direkten Verhältnis zur Kaufpreisfestsetzung steht, um letztlich die Risikoallokation bzw. die Leistungsäquivalenz des Geschäftes zu seinen Gunsten zu beeinflussen.

Dabei ist zu beachten, dass ungeachtet der Bezeichnung der garantierten Zusicherung Bilanzklauseln je nach Ausgestaltung und Zweck derartiger Regelungen nach deren Rechtsnatur Eigenschaftszusagen im Rahmen des Gewährleistungsrechts sowie unechte und echte Garantien darstellen können.² Dahingehend wird im ersten Abschnitt der Arbeit eine rechtliche Abgrenzung des Terminus „Bilanzgarantie“ in Garantiezusicherung und sonstigen Gewährleistungsvereinbarungen vorgenommen. Des Weiteren werden Auslegungsgrundsätze, Fragen der Vertragsinterpretation und Gestaltungsprobleme der Bilanzklauseln behandelt, die unabhängig von der zivilrechtlichen Einordnung auftreten können.

Neben den zivilrechtlichen werden im zweiten Abschnitt der Arbeit auch bilanzrechtliche Aspekte erläutert. Dabei stehen die einzelnen Vorschriften der Bewertung (wie bspw. das Niederstwertprinzip der Aktiva und das Höchstwertprinzip der Passiva) im Spannungsver-

¹ Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 93 f.

² Nowotny/Gelter, GesRZ 2000, 63.

hältnis zur Generalnorm des „true and fair view“ um dem Adressaten des Jahresabschlusses ein möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz-, und Ertragslage zu vermitteln.³ Anhand von drei ausgewählten Bilanzpositionen in den Bereichen des Anlagevermögens, Rückstellungen und Forderungen, soll ein Einblick der gebotenen Ermessensspielräume und Wertansatzwahlrechte nach UGB-Bilanzierung verschafft werden, die bei der Auslegung der Reichweite einer Bilanzgarantie einzubeziehen sind.

Da eine Bilanzgarantie sich stets vergangenheitsbezogen auf den letzten Bilanzstichtag des festgestellten Jahresabschlusses bezieht, kann die wirtschaftliche Risikotragung des Zielobjekts, in der Zeit zwischen Vertragsunterzeichnung und Vollzug des Vertrages, mittels Kaufpreisanpassungsklauseln geschlossen werden, weshalb auch die Funktion und Methoden der Kaufpreisabrechnung einer näheren Analyse unterzogen werden.

Abschließend beschäftigt sich der letzte Abschnitt mit den einhergehenden Rechtsfolgen bei Inanspruchnahme der Bilanzgarantie. Resultierend aus den Unzulänglichkeiten der gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften, wird auf einzelne vertragliche Regelungen eingegangen, die den Bedürfnissen der Vertragsparteien beim Unternehmenskauf nach einem sachgerechten wirtschaftlichen Ausgleich im Fall von Leistungsstörungen entsprechen.

³ Nowotny/Gelter, GesRZ 2000, 66 ff; Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 411.

2. Anwendbarkeit der gesetzlichen Gewährleistung beim Unternehmens- und Anteilskauf unter Bezugnahme auf die Bilanzgarantie

Unter Gewährleistung bei entgeltlichen Verträgen versteht man die gesetzlich normierte verschuldensunabhängige Haftung des Schuldners für Mängel, welche die Leistung bei ihrer Erbringung aufweist. Durch die Gewährleistungsregeln sollen sich ergebende Leistungsstörungen behoben werden, um somit das Gleichgewicht der subjektiven Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung wiederherzustellen, von welcher beide Parteien beim Vertragsabschluss ausgegangen sind.⁴

Beim Unternehmenskauf ieS „asset deal“ ist das Unternehmen selbst der Kaufgegenstand, bei dem der Erwerber selbst zum Unternehmensträger wird. Nach hA ist das Unternehmen als Sachgesamtheit wie eine Sache zu behandeln und wird auch als Gesamtsache nach § 302 ABGB angesehen.⁵ Da der weit dienende Sachbegriff des § 285 ABGB dem Gewährleistungsrecht zugrunde liegt, der sowohl körperliche und unkörperliche Sachen als auch Gesamtsachen nach § 302 ABGB umfasst, sind die Gewährleistungsvorschriften der §§ 922 ff ABGB unzweifelhaft auf den Verkauf von Unternehmen direkt anwendbar.⁶

Beim Unternehmenskauf iwS „share deal“ wird hingegen die Beteiligung an einer Gesellschaft erworben, wodurch diese zwar weiterhin Rechtsträger des Unternehmens verbleibt, der Erwerber aber deren Gesellschafter wird.⁷ Insofern ist hier erklärungsbedürftig, inwieweit der Verkäufer eines Gesellschaftsteils gewährleistungsrechtlich auch für die Beschaffenheit des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens einzustehen hat.⁸ Der Erwerb eines Unternehmensanteils stellt grundsätzlich einen Rechtskauf dar, auf den die speziellen Regelungen der §§ 1397 ff ABGB über den Erwerb eines Forderungsrechts anzuwenden sind. Demnach haftet der Verkäufer nicht nur für deren rechtlichen Bestand „Richtigkeit“ sondern auch für die „Einbringlichkeit“, also die wirtschaftliche Tauglichkeit des Rechts, das dem Anteilsinhaber einen vermögenswerten Anteil an der Gesellschaft und dem betriebenen Unternehmen verschafft.⁹ Beide Kriterien sind nach der Rsp gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften iSd

⁴ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ 68 f.

⁵ Hofmann in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar II⁴ § 302 Rz 1; Koziol/Welser, Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ 280 f; Parschalk/Wahl, wbl 2003, 354; Spielbüchler in Rummel³ § 302 Rz 4; Wolkerstorfer, Pfandrecht 122; aA Krejci, Unternehmensrecht⁵ 147 ff.

⁶ Eccher/Riss in KBB⁴ § 302 Rz 1; Hödl in Schwimann, Taschenkommentar³ § 923 Rz 1; Puck, Unternehmenskauf 13; Reischauer in Rummel³ § 923 Rz 2; Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Hb M&A 491.

⁷ Welser/Sieglwart in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 114.

⁸ Wilhelm, ecolex 2005, 741.

⁹ Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Hb M&A 492; Neumayr in KBB⁴ § 1397 Rz 1 f; Fuchs in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar IV⁴ § 1397 Rz 2 f.

§ 922 ABGB. Demzufolge kann der Verkäufer auch beim Anteilsverkauf für jene Eigenschaften des Vermögens einer Gesellschaft bzw. für die Beschaffenheit des Objekts, auf die sich das Recht bezieht, in die Gewährleistungspflicht einbezogen werden.¹⁰

Beim Kauf aller Anteile einer Kapital- oder Personengesellschaft wird jedenfalls nach der Verkehrsauffassung und dem wirtschaftlichen Gehalt das Unternehmen als Objekt des Beteiligungskaufes angesehen und in diesem Fall aus gewährleistungsrechtlicher Sicht von der Lehre und Rsp dem Unternehmenskauf i.e.S. dem asset deal gleichgestellt, da hierbei der share deal nur eine besondere gesellschaftsrechtliche Modalität darstellt, um die Verfügungsgewalt über ein Unternehmen zu erlangen.¹¹

Ob diese Grundsätze auch bei einer bloßen Minderheitsbeteiligung gelten, wird in der Lit differenziert betrachtet.¹² Grundsätzlich kommt es darauf an, ob beim Anteilskauf die Eigenschaften des Unternehmens konkludent mit jenen der Beteiligung in Zusammenhang gesetzt wurden. Wesentlich dabei ist, dass der Mangel den Wert des Unternehmens als Ganzes beeinflusst und somit auch auf den Wert der Beteiligung „durchschlägt“. Die Anwendbarkeit der Gewährleistungsregeln beim Anteilskauf wird jedenfalls dann vorliegen, wenn Eigenschaften des Unternehmens zugesichert wurden oder eine Garantie vorlag.¹³

¹⁰ OGH 6 Ob 564/90 ecolex 1991, 24 = RdW 1991, 12; *Reich-Rohrwig/Thiery*, ecolex 1991, 90.

¹¹ *Keplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 90 f; *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 354; *Puck*, Unternehmenskauf 13 ff; OGH 3 Ob 520/94, SZ 68/152; OGH 24.10.1995, 4 Ob 1657/95; OGH 2 Ob 2140/96m ecolex 1996, 910; OGH 18.4.2002, 8 Ob 37/02b; OGH 10 Ob 21/08y ecolex 2009, 257.

¹² *Reischauer in Rummel*³ § 933 Rz 4; stellt den share deal wirtschaftlich dem asset deal gleich, wenn entweder alle Anteile, Mehrheitsbeteiligungen oder zumindest ein Anteil im Ausmaß der Sperrminorität erworben wurde. Für eine grundsätzliche Gleichbehandlung von Mehrheits- und Minderheitsbeteiligungen bspw. *Reich-Rohrwig/Thiery*, ecolex 1991, 90 f und *Keplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 92; wenn die Parteien Eigenschaften des Unternehmens mit jenen des Anteils in Verbindung bringen, da in diesem Falle durch die Beteiligung am Unternehmen eine bestimmte Beschaffenheit erworben werden soll. *Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 98; befürworten auch eine Einstandspflicht bei Mängel des Unternehmens bei Minderheitsbeteiligung, sofern nicht eine reine Finanzbeteiligung besteht und der Erwerber durch die Ausübung von Minderheitsrechten, insbesondere der Sperrminorität, in der Lage ist, die Verfügungsgewalt der anderen Gesellschaft zumindest zu beschränken, wichtige Entscheidungen zu blockieren und somit eine Art der Mitkontrolle über das Unternehmen zu erlangen. *Dorda/Wolf in Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 67; unterstellen dem Erwerber des Anteils ein vergleichsweise geringes Interesse an der Beschaffenheit des Gesellschaftsvermögens und schränken in diesem Zusammenhang die vorvertraglichen Aufklärungs- und Informationspflichten des Veräußerers ein. Nach *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 13; liegt bei Beteiligungsquoten ab 10 % zumindest ein Indiz dafür vor, dass die Eigenschaften des Anteils mit jenen des Unternehmens in Verbindung gebracht wurden; sich dieser Meinung anschließend auch *Puck*, Unternehmenskauf 22.

¹³ *Reich-Rohrwig/Thiery*, ecolex 1991, 91; *Puck in Nemeč/Reicheneder*, Unternehmenskauf und Abwicklung in der Praxis 264; *Keplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 89 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 13; *Welser/Siegwart in Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 114; *Hofmann/Nowotny*, GesRZ 2009, 132; OGH 1 Ob 608/88 SZ 61/232 = wbl 1989, 127.

Nach jüngerer Rsp hat der OGH als obiter dictum festgehalten, dass die Gewährleistungsvorschriften der §§ 922 ABGB auch beim Erwerb einer Minderheitsbeteiligung relevant seien. Dabei ist im Einzelfall nach Auslegung des Vertrages zu klären „wieweit der Anteilserwerb Risikogeschäft und wieweit die vom Zustand des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens abhängige Güte eines Anteils ausdrücklich oder stillschweigend zum Gegenstand des Geschäfts gemacht worden ist“. Im vorliegenden Fall wurde beim Erwerb von Aktien zu Spekulationszwecken die Relevanz von Mängeln des Unternehmens verneint.¹⁴ Selbiges wird auch dann gelten, wenn zB Geschäftsanteile zur Nominale oder um einen symbolischen Wert erworben wurden. Hierbei kann nicht davon ausgegangen werden, dass für eine bestimmte Beschaffenheit des Unternehmens zu haften sein wird.¹⁵

2.1 Form und Auslegung der Bilanzgarantie

Unter einer Bilanzgarantie wird grundsätzlich die Zusicherung der Vollständigkeit und Richtigkeit aller oder einzelner wesentlicher Bilanzzahlen verstanden. Regelmäßig umfasst die Bilanzgarantie dabei den gesamten Jahresabschluss, welche sich somit auf die Bilanz, Gewinn- und Verlust-Rechnung sowie den Anhang bezieht. Nicht erfasst wird dabei der Lagebericht gem § 243 Abs 1 UGB, der einerseits schon nach der gesetzlichen Terminologie nicht Bestandteil des Jahresabschluss ist und andererseits hinsichtlich seiner qualitativen Ausführungen auch zukunftsorientierte Elemente aufweist. Einzelne Aussagen des Lageberichts können gegebenenfalls durch zusätzliche Garantien im Kaufvertrag abgedeckt werden.¹⁶

¹⁴ OGH 4 Ob 44/11s ecolex 2012, 987 = RdW 2011, 733; OGH 4 Ob 174/11h ecolex 2012, 869. *Reischauer* in *Rummel*³ § 923 Rz 8a. Beim außerbörslichen Kauf von Aktien hängt es von der Auslegung des konkreten Vertrages ab, ob der Verkäufer auch für bestimmte Eigenschaften des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens Gewähr zu leisten hat. Dies ist – abgesehen vom Fall ausdrücklich zugesicherter Eigenschaften – umso weniger anzunehmen, je weniger der Aktienerwerb einen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ermöglicht und je mehr Anlage- und Spekulationszwecke im Vordergrund des Geschäftes stehen. (RIS-Justiz RS0127038). In OGH 5 Ob 136/12d RWZ 2013, 45 = GesRZ 2013, 156; wurde ebenfalls die Maßgeblichkeit des Parteiwillens bekräftigt, indem zur Berechnung des Anteilpreises das Jahresergebnis des betriebenen Unternehmens konkludent als wertbildende Eigenschaft vereinbart worden war. Allerdings erhielt der Vertragstext neben einen umfassenden Anfechtungsverzicht des Käufers, der zuvor Mitgesellschafter war, auch die Erklärung sich über den Wert ausreichend informiert zu haben und jedenfalls um den "Wert der besonderen Vorliebe" (§ 935 ABGB) zu erwerben, sodass im Anfall sämtliche gewährleistungsrechtliche Ansprüche aus der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft in Form eines bestimmten Jahresbilanzwertes entfielen.

¹⁵ *Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 115.

¹⁶ *Hofmann/Nowotny*, GesRZ 2009, 126.

2.2 Subjektive Bilanzgarantie

In Vertragsmusterhandbüchern und Unternehmenskaufverträgen finden sich oft Regelungen wie etwa folgende: *„Die in der Anlage ... beigefügten Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen der Gesellschaften zum 31. Dezember ... geben die Vermögens- Finanz- und Ertragslage zu den jeweiligen Bilanzstichtagen vollständig und richtig wieder und sind nach den allgemein anerkannten Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung und Bilanzierung, insbesondere unter Wahrung der Grundsätze der Bilanzierungs- und Bewertungsstetigkeit und unter Beachtung der einschlägigen unternehmensrechtlichen Vorschriften aufgestellt und testiert worden.“*¹⁷

Die aufgezeigte Klausel stellt eine typische Bilanzgarantie dar, ist aber keine Gewährleistung der objektiven Richtigkeit des Jahresabschlusses. Im Sinne der „subjektiven Garantie der Richtigkeit“ verpflichtet sich hierbei der Verkäufer, dass die Bilanz unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften und in Übereinstimmung mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung erstellt wurde, dass alle Angaben nach bestem Wissen richtig ausgewiesen sind, die Wahlrechte unter Wahrung der Bilanzkontinuität in gemäßtem Umfang ausgeübt wurden und der Jahresabschluss ein möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermittelt.¹⁸ Das Risiko eines unrichtigen objektiven Jahresabschlusses verbleibt bei der subjektiven Bilanzgarantie somit beim Käufer, sofern nicht ein Verschulden des Verkäufers oder seiner bei der M&A Transaktion eingesetzten Hilfspersonen vorliegt.¹⁹

Für den Käufer ergibt sich aus einer derartigen Garantie je nach Zweck eine gewisse Absicherung, die jedoch durch die gesetzlichen Bilanzierungsvorschriften gewichtigen Einschränkungen unterliegt. So gebietet der Vorsichtsgrundsatz gem § 201 Abs 2 Z 4 UGB, dass sämtliche zum Zeitpunkt der Bilanzerstellung erkennbaren Umstände über Risiken und drohende Verluste einzubeziehen sind, die das abschließende Jahr betreffen.²⁰ Bei der Frage, ob erkennbare

¹⁷ John/Tresser in Wollersheim, Forum M&A 65.

¹⁸ Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Hb M&A 606; Karollus-Bruner, eolex 2007, 824; Puck, Unternehmenskauf 144.

¹⁹ Nowotny/Gelter, GesRZ 2000, 68, mit Verweis auf Buchwaldt, NJW 1994, 157. Zur Haftung von Gehilfenhaftung im Zusammenhang mit der Irrtumsanfechtung siehe dabei RIS-Justiz RS0016200. „Dem Vertragspartner, der sich eines Gehilfen bedient, ist die Veranlassung des Irrtums des anderen Vertragspartners nur dann zuzurechnen, wenn die Erklärung des Gehilfen, die dazu führte, erkennbar zu seinem Aufgabenbereich beim Zustandekommen des Vertrags gehörte; für die sorglose Verkennung der Fehlvorstellung des Vertragspartners hat der Geschäftsherr nur dann einzustehen, wenn die Tätigkeit des Gehilfen typischerweise hierzu die Möglichkeit gewährt.“ OGH 10b551/94 JBl 1995, 48 = eolex 1994, 810.

²⁰ Egger/Samer/Bertl, UGB I¹⁶ 71. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass zwischen Bilanzstichtag und der endgültigen Aufstellung des Abschlusses ein längerer Zeitraum liegt. Nach dem Gesetz bei Kapitalge-

Risiken bestehen, wird dabei auf den Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Unternehmers (wie bspw. Geschäftsführer einer GmbH, Vorstand einer AG, etc ...) abgestellt, der mögliche künftige Wertminderungen oder Verluste erkennt bzw. erkennen musste.²¹ Es bleiben also jene sog. „wertbeeinflussende Umstände“ unberücksichtigt, die erst nach Aufstellung der Bilanz eintreten und jene Umstände, die auch für einen sorgfältigen Unternehmer nicht erkennbar waren.²²

Diese Bilanzierungsprobleme betreffen die zur Abdeckung eines bestimmten Risikos gebildeten Verbindlichkeits- und Drohverlustrückstellungen, die zwar den Sachverhalt aus ex ante Sicht mit dem Informationsstand zum Zeitpunkt der Aufstellung des Abschlusses betriebswirtschaftlich korrekt widerspiegeln und somit unternehmensrechtlich sämtliche sog. „werterhellenden Umstände“ berücksichtigen, wobei aber nicht ausgeschlossen ist, dass im Nachhinein weitere Verluste auftreten.²³ Derartige Abweichungen sind auch auf der Aktivseite bei der Bewertung von Forderungen denkbar, deren spätere Uneinbringlichkeit zum Zeitpunkt der Aufstellung des Jahresabschlusses nicht ersichtlich war und die daher korrekterweise nicht wertberichtigt wurden.²⁴

Solange also die bilanziellen Bewertungsspielräume im Rahmen der bestehenden Vorschriften ausgeübt werden und der Jahresabschluss demnach auch dem Gesetz entsprechend aufgestellt wird, wird die subjektive Bilanzgarantie nicht verletzt. Werden hingegen die objektiv an einen Unternehmer zu stellenden Sorgfaltspflichten missachtet und infolgedessen Risikokomponenten falsch eingestuft, liegt Verschulden vor, sodass dieses Risiko beim Verkäufer verbleibt.²⁵

Kann der Verkäufer die damit verbundenen Risiken einer Eigenschaftsvereinbarung nicht abschätzen, da dessen maßgebenden Umstände weder in seiner Veranlassung (zB Aufstellung des Jahresabschlusses) noch in seiner Wahrnehmung liegen (zB Verletzung von Schutzrechten durch Dritte), werden Zusagen häufig auf das „beste Wissen“ des Verkäufers beschränkt.²⁶ Mangels eindeutigen Vertragswortlauts ist im Zweifel von einer rein subjektiven Zusicherung, welche sich auf den persönlichen Wissenstand des Verkäufers bezieht, auszuge-

sellschaften bis zu fünf Monaten (§ 222 Abs 1 UGB) und bei sonstigen Unternehmern (§ 193 Abs 2 UGB) sogar neun Monate.

²¹ *Nowotny/Gelter*, GesRZ 2000, 68.

²² *Hofmann/Nowotny*, GesRZ 2009, 127; *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 399 f.

²³ *Nowotny/Gelter*, GesRZ 2000, 68.

²⁴ *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 400.

²⁵ *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 400; *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 180; Nach *Nowotny/Gelter*, GesRZ 2000, 68; gilt dies auch beim Anteilskauf, wo der Verkäufer nicht für die Aufstellung des Jahresabschlusses zuständig ist.

²⁶ *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 356; *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 121.

hen.²⁷ Im Bezug auf eine Haftungsbeschränkung ist die Formulierung „in dem Wissen“ in dem Sinn auszulegen, dass eine bewusste grobe Fahrlässigkeit des Schädigers hinsichtlich des Wissens um die Wahrscheinlichkeit des Schadeneintritts vorliegen muss.²⁸ Bei juristischen Personen wird auf das Wissen ihrer Organe abgestellt, wobei hier den für die Geschäftstätigkeit zuständigen Organen das volle Wissen zugerechnet wird und nicht zuständigen Organen oder anderen Hilfspersonen nur dienstliche Kenntnisse zugerechnet werden.²⁹

Eine vom Verkäufer, der bloß Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft ist, unter Vorbehalt „auf das beste Wissen“ ausgestellte Bilanzgarantie ist ohne dessen Mitwirkung an der Bilanzerstellung für den Käufer nahezu wertlos. Da es sich bei der Frage der Kenntnis über das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft hinsichtlich des Gewährleistungsanspruchs um ein anspruchsbegründendes Sachverhaltselement handelt, trägt ohne besondere vertragliche Regelung hierfür grundsätzlich der Käufer die Beweislast. Im Streitfall müsste nämlich der Käufer beweisen, dass der Verkäufer ungeachtet seiner fehlenden Involvierung in der Aufstellung des Jahresabschlusses, dennoch Kenntnis von der Unrichtigkeit bestimmter Positionen, sowie der Nichteinhaltung der anwendbaren Vorschriften hatte.³⁰ Eine Zurechnung des Wissens an den Verkäufer wäre in jenen Fällen in Erwägung zu ziehen, wo Vertrauenspersonen des Verkäufers dem Vorstand oder Aufsichtsrat der Gesellschaft angehören oder diese an den Vertragsverhandlungen auf Seiten des Verkäufers teilnehmen.³¹

Auf Käuferseite besteht die Möglichkeit, dem Verkäufer nicht nur sein eigenes Wissen sondern auch jenes dritter Personen wie bspw. Vorstandsmitgliedern, Geschäftsführern oder leitenden Angestellten zurechnen zu lassen.³² Im Interesse des Käufers liegt es auch, die Einstandspflicht nicht nur auf das positive Wissen zu beschränken, sondern auch auf generell fahrlässige Unkenntnis des Verkäufers abzustellen.³³ Um sich schad- und klaglos zu halten, wird der Verkäufer in einem solchen Fall zur eigenen Absicherung sich eine schriftliche Bestätigung vom Management einholen, wie zB einen „bring-down-letter“, in welchem der Kenntnisstand dritter zuzurechnender Personen festgeschrieben wird oder eine „management

²⁷ *Karollus-Bruner*, *ecolex* 2007, 825; *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 401.

²⁸ *Vonkilch* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 914 Rz 234 mit Verweis auf OGH 2 Ob 212/08b, ZVR 2009/170 (*Kathrein*).

²⁹ *Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 83 f; *Thierrichter*, RdW 2012, 322.

³⁰ *Karollus-Bruner*, *ecolex* 2007, 825; *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 123 f.

³¹ *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 401.

³² *Flener* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 609; *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 356.

³³ *Thierrichter*, RdW 2012, 322; *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 122.

confirmation“, in welcher die genaue Durchsicht, Überprüfung sowie Richtigkeit der zugesagten Eigenschaften beglaubigt werden.³⁴

2.3 Objektive Bilanzgarantie

Der Käufer wird wiederum bestrebt sein, dem Verkäufer eine weitreichende „objektive Garantie der Richtigkeit“ und Vollständigkeit des Jahresabschlusses abzuverlangen. Damit sichert der Verkäufer zu, dass die Vermögensgegenstände nicht überbewertet wurden, dass die Verbindlichkeiten, die ihre Ursache in der Zeit bis zum Bilanzstichtag haben, passiviert wurden und die Höhe der Rückstellungen und drohenden Schäden zur Deckung der Verlust- und Haftungsrisiken ausreichen.³⁵ Demnach hat der Verkäufer für jeglichen Minderwert einzustehen, welcher sich im Bezug zum Bilanzansatz ergibt. Eine derartige Garantie wird in den Vertragsverhandlungen meist nicht zu erzielen sein und nur in Ausnahmefällen erlangbar sein.³⁶

Für den Käufer gilt zu beachten, dass auch eine objektiv gefasste Bilanzgarantie bilanzrechtlichen Beschränkungen unterliegt. So verbietet das Anschaffungskostenprinzip bei den Vermögensgegenständen des Anlage- und Umlaufvermögen gem § 203 Abs 1 und § 206 Abs 1 UGB jegliche Zuschreibungen über die jeweiligen Anschaffungs- und Herstellungskosten hinaus, wodurch stille Reserven entstehen können, die in der Bilanz dann nicht ausgewiesen werden dürfen. Werden somit im Zuge des Unternehmenskaufes stille Reserven vom Käufer berücksichtigt, die sodann in entsprechender Höhe nicht vorhanden sind, so können diese durch die Zusicherung einer Bilanzgarantie nicht umfasst werden.³⁷

Durch das Bilanzierungsverbot für nicht entgeltlich erworbene immaterielle Gegenstände des Anlagevermögens gem § 197 Abs 2 UGB dürfen derartige Vermögensgegenstände nicht in die Bilanz aufgenommen werden und sind deshalb ebenfalls in einer Bilanzgarantie regelmäßig nicht abbildbar.³⁸ Zudem ist zu berücksichtigen, dass eine Vielzahl von langjährigen Rechtsbeziehungen wie Miet-, Lizenz-, Leasingverträge, die oft einen hohen wirtschaftlichen Wert ausweisen, nicht in die Bilanz Eingang finden, genauso wie bspw. Betriebsvereinbarungen, Vollmachten, schwebende Geschäfte, geringwertige Wirtschaftsgüter.³⁹

³⁴ *Flener* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 609; *Thierrichter*, RdW 2012, 322.

³⁵ *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 402; *Karollus-Bruner*, *ecolex* 2007, 825.

³⁶ *Hofmann/Nowotny*, *GesRZ* 2009, 126; *Puck*, *Unternehmenskauf* 144.

³⁷ *Nowotny/Gelter*, *GesRZ* 2000, 68.

³⁸ *Hofmann/Nowotny*, *GesRZ* 2009, 127.

³⁹ *Reich-Rohrwig/Thiery*, *ecolex* 1991, 92.

Letztlich sei noch einmal festgestellt, dass eine Bilanzgarantie in zeitlicher Hinsicht nur bis zum Bilanzstichtag des einbezogenen Jahresabschlusses reicht. Um die zeitliche Lücke zwischen Vertragsunterfertigung (signing) und Unternehmens- bzw. Anteilsübergabe (closing) zu schließen, wird regelmäßig eine eigene Abrechnungs- bzw. Stichtagsbilanz aufgestellt, auf die sich die Bilanzgarantie bezieht. Dadurch wird berücksichtigt, dass der Käufer erst zum Zeitpunkt des closings wirtschaftlicher Eigentümer des Unternehmens wird und Risiken aber auch Chancen bis zum diesem Zeitpunkt beim Verkäufer verbleiben.⁴⁰ Eine weitere Gestaltungsmöglichkeit zur Absicherung der Käuferseite im Zeitraum zwischen signing und closing wäre eine sog. „ordinary-course-of business“ Klausel, indem die Geschäftstätigkeit des Zielunternehmens im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs mit der Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers zugesichert wird oder eine „past-practice“ Klausel, bei welcher die Geschäfte im Wesentlichen in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis fortgeführt werden.⁴¹

So werden auch häufig, losgelöst von der Bilanzgarantie, zusätzliche Garantien speziellen Regelungen unterworfen – wie zB einer Steuerklausel, die sämtliche vor dem closing zuzurechnende Mehrbelastungen auf den Verkäufer überwälzt – sowie die objektive Richtigkeit einzelner Bilanzpositionen wie jene des Eigenkapitals zugesichert, oder eine bestimmte Höhe von Bilanzkennzahlen, wie das working capital vereinbart.⁴² Siehe dazu ausführlich Abschnitt 3.4 der Arbeit.

2.4 Echte Garantie

Da die Zusage der Leistung eines Dritten im eigenen Namen, also ein Vertrag zu Lasten Dritter ohnehin rechtlich unwirksam ist,⁴³ ist ein solches Versprechen iSd § 880a ABGB als Verwendungs- oder Erfolgsszusage zu verstehen.⁴⁴ Obwohl der Wortlaut des § 880a ABGB die Übernahme einer Garantie in einem dreipersonalen Verhältnis darstellt, wird nach hL die analoge Anwendung dieser Norm auch im Fall zweipersonaler Garantien beim Anteils- und Unternehmenskauf anerkannt.⁴⁵

⁴⁰ Hofmann/Nowotny, GesRZ 2009, 127 f.

⁴¹ Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 397 f; Hofmann/Nowotny, GesRZ 2009, 129.

⁴² Karollus-Bruner, eolex 2007, 826; Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 397 f.

⁴³ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ 168; Bydlinski in KBB⁴ § 880a Rz 1.

⁴⁴ Kolmasch in Schwimann, Taschenkommentar³ § 880a Rz 1.

⁴⁵ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ 176; Kolmasch in Schwimann, Taschenkommentar³ § 880a Rz 5; Puck, Unternehmenskauf 137; Stainer, Gewährleistung beim Unternehmenskauf 72.

Wurde kein ausdrückliches Garantieverprechen gem § 880a ABGB abgegeben, wird im Zweifel beim dreidimensionalen Verhältnis eine echte Garantie anzunehmen sein, wenn ein anderer als der Vertragspartner Zusagen abgibt und Haftungen übernimmt.⁴⁶ Im zweipersonalen Verhältnis wird darauf abgestellt, ob der Verkäufer eine Verpflichtung übernimmt, die „ihrem Wesen nach über die Gewährleistungspflichten und Schadenersatzpflicht hinausgeht“.⁴⁷ So liegt eine echte Garantie vor, wenn der Verkäufer nicht nur für den Ertragsstand zu einem bestimmten Zeitpunkt haftet, sondern darüber hinaus für dessen zukünftige Entwicklung, für einen ungewissen Erfolg eintreten soll.⁴⁸ Derartige Zusagen können für einen bestimmten Zustand der zum Unternehmen zugehörigen Sachen abgegeben werden wie zB für Lager- und Inventurbestand, die Höhe bestimmter Umsätze, Verbindlichkeiten oder des Eigenkapitals, sowie die Haftung für den zukünftigen Erfolg wie zB eine Absatzgarantie, etc.⁴⁹

Nach *Bydlinski F.* liegt eine echte Garantie dann vor, wenn der mangelfreien Leistung beim Vertragsabschluss ein Hindernis entgegen steht, das für beide Vertragsseiten erkennbar ist, und der Verkäufer vor diesem Hintergrund dennoch eine unbeschränkte Leistungszusage abgibt.⁵⁰ Nach *Puck* wird dann eine Garantie angenommen, wenn der Käufer auf die Zusage einer bestimmten Eigenschaft besonders Wert legt oder auf die Abgabe einer Garantie beharrt und der Verkäufer in der Folge eine Garantie mit dem gewünschten Inhalt abgibt, oder ebenso, wenn der Verkäufer eine Haftung für den zukünftigen Erfolg des Unternehmens abgibt.⁵¹

Bei einem echten Garantievertrag liegt eine selbständige Schuld vor, welche von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldverhältnisses, dem eigentlichen Veräußerungsgeschäft, unabhängig ist. Der Käufer kann deshalb Ansprüche aus der Garantie neben allfälligen Gewährleistungszusagen und verschuldensabhängigen Schadenersatzansprüchen geltend ma-

⁴⁶ So die Erklärung der Geschäftsführer einer Gesellschaft, die nicht abtretende Gesellschafter, der an den Erwerber veräußerten GmbH Anteile waren, die Firma schulden- bzw. lastenfrei zu übergeben bzw. für von ihnen eingegangene Verbindlichkeiten voll zu haften. (OGH 1 Ob 608/88, wbl 1989, 127).

⁴⁷ *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 408; *Nowotny/Gelter*, GesRZ 2000, 65; siehe auch RIS-Justiz RS0018623.

⁴⁸ *Puck*, Unternehmenskauf 136; *Stainer*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf 60; *Koziol*, Garantievertrag 1; OGH 8 Ob 605/86 wbl 1987, 121 = RdW 1987, 225.

⁴⁹ *Puck*, Unternehmenskauf 139 ff.

⁵⁰ *Bydlinski F.* in *Klang*² IV/2, 125 ff. Allerdings ist nach *Wilhelm*, wbl 1987, 174; aus vertrauenstheoretischer Sicht der Fall problematisch, in dem das Leistungshindernis bloß für den Verkäufer nicht aber für den Käufer erkennbar ist, da bei dieser Konstellation kein Vertrauenstatbestand für eine Garantiezusage geschaffen. *Bydlinski F.* in *Klang*² IV/2, 125 ff befürwortet im Wege eines Größenschlusses auch hier die Annahme einer Garantie, da aus seiner Sicht die Interessenslage mit dem vorherigen Fall ident ist und der Gläubiger, dem gerade die Hindernisse nicht erkennbar sind, in der sicheren Erwartung der Leistung umso mehr zu schützen ist.

⁵¹ *Puck*, Unternehmenskauf 139.

chen.⁵² Dies führt dazu, dass der Erwerber sich weder augenfällige oder im Rahmen einer Due Dilligence offengelegte, noch aus den Büchern ersichtliche Mängel entgegenhalten lassen muss.⁵³ Mangels Bestimmung der Rechtsfolgen der echten Garantie im Vertrag, wendet die hM analog § 880a ABGB an und lässt den Garanten im Zweifel für die volle Genugtuung des gesamten Ausfalls oder Schadens eintreten, welche das Erfüllungsinteresse, also den positiven Schaden einschließlich entgangenem Gewinn, sowie Mangelfolgeschäden umfasst.⁵⁴

Zur Geltendmachung von Ansprüchen aus einer Garantie genügen der Beweis der Garantiezusage selbst und die Behauptung, dass der Garantiefall eingetreten sei.⁵⁵ Da die echte Garantie Schadenersatzcharakter besitzt, verjähren die Ansprüche innerhalb von drei Jahren gem § 1489 ABGB ab Kenntnis von Schaden und Schädiger. Die Verjährungsfrist beginnt in dem Zeitpunkt, in dem die Garantie erstmals ohne Rechtsmissbrauch abgerufen werden kann.⁵⁶

Aufgrund der bestehenden Unsicherheit lässt sich Klarheit und Rechtssicherheit in diesem Bereich nur durch eine eindeutige vertragliche Vereinbarung erzielen. Auf die Formulierung ist daher besonderes Augenmerk zu legen, soll sie doch keinen Zweifel über die Rechtsqualität der getroffenen Zusicherungen zulassen. Um nachträgliche Streitigkeiten und Auslegungsprobleme im Bezug auf verschuldensabhängige Schadenersatzansprüche zu vermeiden, sollte die Klarstellung einer echten Garantie durch einen expliziten Verweis auf § 880a zweiter Halbsatz ABGB oder durch die ausdrückliche Anordnung einer verschuldensunabhängigen Haftung erzielt werden.⁵⁷

⁵² *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 107 f.

⁵³ *Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 495.

⁵⁴ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 176; *Puck*, Unternehmenskauf 139; *Riedler in Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 880a Rz 10; *Stainer*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf 72.

⁵⁵ *Wiedenbauer/Klauninger*, *ecolex* 2003, 400; *Riedler in Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 880a Rz 23.

⁵⁶ *Bydlinski in KBB*⁴ § 880a Rz 6; *Kolmasch in Schwimann*, Taschenkommentar³ § 880a Rz 6.

⁵⁷ *Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 108.

2.5 Unechte Garantie

Infolge der grundsätzlichen Dispositivität der Gewährleistungsvorschriften besteht für die Parteien im Rahmen der Privatautonomie die Möglichkeit, die gesetzlichen Gewährleistungsregeln zu erweitern, indem zB der Verkäufer über die gesetzlichen Regelungen hinausgehende Haftungen (etwa für nach Übergabe entstehende Mängel, eine verschuldensunabhängige Ersatzpflicht für Mangelfolgeschäden oder eine vollständige Umkehr der Beweislast) übernimmt. In einem solchen Fall spricht man von einer „unechten Garantie“.⁵⁸

Bei einer unechten Garantie wird zwar die Haftung gegenüber dem Gewährleistungsrecht erweitert, etwa wenn der Verkäufer dafür einsteht, dass innerhalb eines gewissen Zeitraums bestimmte Eigenschaften bestehen bleiben oder keine Mängel auftreten, es handelt sich aber hierbei lediglich um eine Modifikation der gesetzlichen Gewährleistung.⁵⁹ In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob der Mangel schon bei der Übergabe vorhanden war oder erst später aufgetreten ist, was für den Käufer eine wesentliche Beweiserleichterung darstellt, da der Zeitpunkt des Eintritts des Mangels innerhalb des Garantiezeitraums unerheblich ist.⁶⁰ Sofern nicht im Einzelfall eine Auslegung der entsprechenden Abrede etwas anderes ergibt, wird hier idR nicht die Gewährleistungsfrist erweitert, sondern lediglich der Zeitpunkt, für den nach Gewährleistungsrecht einzustehen ist, verschoben. An diesen Zeitpunkt knüpfen sich in weiterer Folge die Fristen des § 933 ABGB.⁶¹ Darüber hinaus obliegt dem Veräußerer die Beweislast, dass der Mangel durch höhere Gewalt oder unsachgemäßes Handeln des Erwerbers oder Dritter verursacht worden ist.⁶²

Werden Eigenschaftszusagen auf einen bestimmten Zeitraum nach der Übergabe erstreckt, ändert dies nichts daran, dass es sich weiterhin um einen Haftungstatbestand des Gewährleistungsrechts handelt und nur die Haftungsfolgen gegenüber den §§ 922 ff ABGB erweitert werden. Somit besteht kein Anspruch der über den gesetzlichen Haftungstatbestand hinaus geht; so zB kann schadenersatzrechtlich kein kausalitäts- und verschuldensunabhängiger Anspruch auf das Erfüllungsinteresse geltend gemacht werden.⁶³

⁵⁸ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 922 Rz 42; *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 409 f; *Wiedenbauer/Klauninger*, *ecolex* 2003, 398.

⁵⁹ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 107 f; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 880a Rz 12.

⁶⁰ *Puck*, Unternehmenskauf 136; *Wiedenbauer/Klauninger*, *ecolex* 2003, 399.

⁶¹ *Puck*, Unternehmenskauf 136; *Reischauer* in *Rummel*³ § 933 Rz 12.

⁶² *Nowotny/Gelter*, GesRZ 2000, 64; *Reidinger*, Rechtsprobleme der Garantieabrede 43; *Wiedenbauer/Klauninger*, *ecolex* 2003, 399; OGH 1 Ob 555/81 JBl 1982, 318.

⁶³ *Puck*, *ecolex* 1995, 136.

Im Rahmen der Vertragsauslegung ausschlaggebend sind die von den Parteien angestrebten Rechtsfolgen und nicht nur der Vertragswortlaut.⁶⁴ Dementsprechend wird auch die Zusage, dass der Verkäufer für die ordnungsgemäße Erstellung des Jahresabschlusses „garantiert“, idR nur als „unechte Eigenschaftsgarantie“ zu verstehen sein.⁶⁵ Bei der Auslegung des Unternehmenskaufvertrages darf deshalb im Zweifel nur angenommen werden, dass der Verkäufer allein für Mängel, die bereits zum Zeitpunkt der Übergabe vorhanden waren, haftet und nicht von einer Erweiterung der gesetzlichen Einstandspflicht ausgegangen werden.⁶⁶ Gerade beim Unternehmens- und Anteilskauf wird idR eine Haftung für erst nach der Übergabe entstandene Mängel nicht gewollt sein, da der Käufer ab Übergang das Unternehmen führt und dessen Entwicklung im Wesentlichen von seinen eigenen Geschäftsführerentscheidungen und seiner Geschäftspolitik, aber auch von der Konkurrenzsituation und den Marktverhältnissen abhängig ist, auf die der Verkäufer keinen Einfluss hat.⁶⁷

2.6 Gewährleistungsrechtliche Zusicherung

„Der Verkäufer sichert zu und leistet Gewähr dafür, dass ...“. Derartige übliche Vertragsklauseln sind als bloße Eigenschaftszusagen zu qualifizieren und beziehen sich auf „ausdrücklich bedungene Eigenschaften iSd § 922 ABGB.“⁶⁸ Nach den Bestimmungen der §§ 922 ff ABGB liegt ein Mangel dann vor, wenn der Vertragsgegenstand nicht die vertraglich vereinbarten Eigenschaften oder die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufweist. Im erstgenannten Fall ist eine Sache immer dann mangelhaft, wenn eine Abweichung vom konkret Vereinbarten besteht, wenn diese zB qualitativ oder quantitativ hinter dem Geschuldeten, dem Vertragsinhalt zurückbleibt. Demnach haftet der Verkäufer für diejenigen Eigenschaften, welche die Parteien durch übereinstimmende Willenserklärung zu solchen des Leistungsgegenstandes erhoben haben.⁶⁹

Die Ausbedingung der Eigenschaften kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.⁷⁰ So wird nach Lehre und Rsp überwiegend vertreten, dass die Parteien im Rahmen ausdrücklich

⁶⁴ Reischauer in Rummel³ § 933 Rz 12.

⁶⁵ Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 410, OGH 1 Ob 41/03s JBl 2003, 853; OGH 1 Ob 617/77 JBl 1978, 34; OGH 1 Ob 555/81 JBl 1982, 318, OGH 7 Ob 506/91 RdW 1991, 142 = JBl 1991, 385.

⁶⁶ Puck, Unternehmenskauf 138.

⁶⁷ Nowotny/Gelter, GesRZ 2000, 64; Karollus-Bruner, ecolex 2007, 826.

⁶⁸ Wiedenbauer/Klauninger, ecolex 2003, 398.

⁶⁹ Bydlinski in KBB⁴ § 922 Rz 1; Ofner in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar IV⁴ § 922 Rz 1 und Rz 17; Puck, Unternehmenskauf 25; Reischauer in Rummel³ § 923 Rz 3.

⁷⁰ Reischauer in Rummel³ § 923 Rz 5; OGH 1 Ob 515/85 JBl 1985, 620; OGH 20.9.1990, 7 Ob 23/90.

zugesicherter Eigenschaften regelmäßig stillschweigend vereinbaren, den Beginn der Gewährleistungsfrist auf den Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels zu verschieben.⁷¹ Ohne ausdrückliche Vereinbarung werden durch Festlegung des Verwendungszwecks die geschuldeten Eigenschaften aus der Gebrauchstauglichkeit einer bestimmten Sache, d.h. aus der Natur des Geschäfts oder anderen Umständen, schlüssig ermittelt.⁷² Nach Ansicht des OGH hat zwar der Verkäufer für einen bestimmten Gebrauch nicht schon dann Gewähr zu leisten, wenn ihm der vom Käufer beabsichtigte Verwendungszweck bekannt war, sondern nur, wenn er darüber hinaus gewusst hat oder zumindest hätte wissen müssen, dass der Kaufgegenstand zu diesem Gebrauch ungeeignet ist.⁷³ In diesem Zusammenhang sind daher die vorvertraglichen Aufklärungs- und Schutzpflichten des Verkäufers von besonderer Bedeutung.⁷⁴

Hinsichtlich der Ausbedingung gilt, dass besondere Eigenschaften besonderer Zusage bedürfen. Bei Eigenschaften einzelner Gegenstände und Rechte, die die Parteien ausdrücklich zum Vertragsinhalt erhoben haben, liegt auch immer ein Mangel des Unternehmens vor, der stets unter Gewährleistungssanktion steht, auch wenn diese Eigenschaften einzeln betrachtet von der Verkehrsauffassung als unerhebliche Eigenschaften einzustufen wären.⁷⁵ Inhaltliche Eigenschaftsvereinbarungen als solche können sich auf physische (zB Höhe des Lagerbestandes), rechtliche (zB vorhandene Markenrechte), wirtschaftliche (zB Ertragsfähigkeit) und tatsächliche Verhältnisse (zB Ruf des Unternehmens) beziehen.⁷⁶ Die Zusicherung von Eigenschaften des Unternehmens hat zur Folge, dass im Falle des Fehlens des Vermögensgegenstandes als durch die Bilanz zugesichert, stets die gesetzlichen Gewährleistungsfolgen ausgelöst werden.⁷⁷ In der Jud ist auch anerkannt, dass durch die Fälschung der Inventur (nicht vorhandene Waren wurden eingesetzt und vorhandene Waren wurden überbewertet) und bei Veräußerung eines Unternehmens (in concreto einer OHG), dem Unternehmen eine nicht vorhandene Eigenschaft beigelegt wird, welche einen unbehebaren Qualitätsmangel darstellt.⁷⁸

Aber auch durch nicht fraudulente Handlungen ist eine Gewährleistungspflicht des Verkäufers denkbar, wenn im Zuge des Veräußerungsfalles wie üblich von den Parteien bereits be-

⁷¹ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 87 f; *Reischauer* in *Rummel*³ § 933 Rz 3a; *Wiedenbauer/Klauninger*, *ecolex* 2003, 398.

⁷² *Gruber*, Gewährleistung für bedungene Eigenschaften 252; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, *Praxiskommentar IV*⁴ § 923 Rz 27; *Reischauer* in *Rummel*³ § 923 Rz 5; OGH 1 Ob 515/85 JBl 1985, 620.

⁷³ OGH 6 Ob 669/86 JBl 1987, 315.

⁷⁴ *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, *Hb Unternehmenskauf & Due Diligence*² 96.

⁷⁵ *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, *Hb Unternehmenskauf & Due Diligence*² 96; *Reischauer* in *Rummel*³ § 923 Rz 5.

⁷⁶ *Wahl* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, *Hb M&A* 491 f.

⁷⁷ *Nowotny/Gelter*, *GesRZ* 2000, 64; *Puck* in *Nemec/Reicheneder*, *Unternehmenskauf und Abwicklung in der Praxis* 266.

⁷⁸ OGH 4.3.1955, 1 Ob 116/55.

stehende Jahresabschlüsse vorgelegt werden, die oft zur Konkretisierung des Vertragsgegenstandes, zur Ermittlung des Kaufpreises und als Grundlage für Gewährleistungszusagen des Verkäufers dienen, da viele Unternehmensmängel auf bilanzierungsfähigen Tatsachen beruhen.⁷⁹ Ist der Preis ungewöhnlich gering, kann daraus geschlossen werden, dass die Parteien von wertmindernden Umständen, wie etwa entsprechend hohen Verbindlichkeiten oder geringeren Erträgen, ausgegangen sind, wobei im Regelfall auch bei geringem Entgelt die Parteiabsicht darauf gerichtet ist, dass das Unternehmen ohne Kapitalzufuhr fortführbar und jedenfalls nicht überschuldet ist.⁸⁰ Somit ist unzweifelhaft von einem Gewährleistungsfall auszugehen, wenn der Jahresabschluss auf dem Going-Concern-Prinzip beruhte, diese Prämisse sich aber als nicht zutreffend erwies.⁸¹

Daher stellt sich die Frage, ob aus der Vorlage von Jahresabschlüssen der vergangenen Geschäftsjahre eine Zusicherung von Unternehmenseigenschaften resultieren kann. Haben die Vertragsparteien die offengelegten Jahresabschlüsse ihrer Einigung zugrunde gelegt und die darin enthaltenen Eigenschaften die Preisbildung maßgeblich beeinflusst, kann davon ausgegangen werden, dass die Eigenschaftsbeschreibung zum Vertragsinhalt erhoben worden ist.⁸² Dies gilt vorbehaltlich der Fälle, in denen der Verkäufer die Unverbindlichkeit der Bilanz bei ihrer Vorlage erklärt oder sich bereits aus der Art des Abschlusses seine Vorläufigkeit ergibt.⁸³

Hofmann/Nowotny betrachten in Fällen der gesetzlichen Buchführungspflicht nach § 189 UGB den Jahresabschluss als Zubehör⁸⁴ des Unternehmens, da dieser im wirtschaftlichen Sinne als notwendiges Element zur Fortführung des Unternehmens angesehen wird, was dann zur Folge hätte, dass der Verkäufer auch ohne ausdrückliche Zusicherung für die Mangelhaftigkeit hafte.⁸⁵

Weiters stellt sich die Frage unter welchen Voraussetzungen des § 922 Abs 2 ABGB Aussagen des Verkäufers zum Kaufgegenstand eine verbindliche Willenserklärung darstellen, die eine haftungsbegründende Wirkung entfalten, bzw. wann lediglich eine unverbindliche Wis-

⁷⁹ *Puck in Nemeč/Reicheneder*, Unternehmenskauf und Abwicklung in der Praxis 268.

⁸⁰ *Reich-Rohrwig/Thiery*, *ecolex* 1991, 91.

⁸¹ *Hofmann/Nowotny*, *GesRZ* 2009, 130.

⁸² *Hofmann/Nowotny*, *GesRZ* 2009, 131; *Puck*, Unternehmenskauf 68 f.

⁸³ OGH 7 Ob 553/88 wbl 1988; 341.

⁸⁴ Zubehör ist eine Nebensache, die zwar nicht Teil der Hauptsache, dieser aber zugeordnet ist und ihrem Gebrauch dient. (*Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 273).

⁸⁵ Da nach § 40 FBG die Missachtung der Buchführungspflicht unter Umständen zur amtswegigen Löschung einer Kapitalgesellschaft führt. (*Hofmann/Nowotny*, *GesRZ* 2009, 131).

senserklärung in Form einer bloßen Anpreisung vorliegt.⁸⁶ Eine Abgrenzung wird nach vertrauenstheoretischen Grundsätzen aus Sicht des Erklärungsempfängers vorzunehmen sein. Je nachdem, ob ein redlicher Käufer nach der Verkehrsauffassung und den konkreten Umständen des Einzelfalles die Aussagen des Verkäufers als Willenserklärung verstehen durfte, wird von einer haftungsbegründenden Zusicherung ausgegangen werden.⁸⁷

Selbiges gilt wenn die Ware in öffentlicher Werbung angepriesen wird, freilich nur insoweit als nach den Umständen der Werbung der kaufende Gläubiger davon ausgehen kann, dass es sich um ein Leistungsversprechen des Veräußerers handelt. Marktschreiende Werbung („*Mit diesem Parfüm kann Ihnen kein Mann widerstehen*“) sowie allgemeine Werbeaussagen, die nichts über die Eigenschaften und Qualität des Gutes aussagen (zB „*schmeichelweich*“) sind gewährleistungsrechtlich irrelevant. Dabei werden öffentliche Äußerungen des Produzenten, EWR-Importeurs, Werbeagenturen, etc. bezüglich der Güte (zB „*wasserfest*“ oder bspw. Angaben über den Kraftstoffverbrauch und den Schadstoffausstoß eines Kraftfahrzeuges) der zu leistenden Waren grundsätzlich dem Schuldner zugerechnet, es sei denn, dass er sie weder kannte noch kennen konnte, sie beim Abschluss des Vertrages berichtigt waren oder sie den Vertragsabschluss nicht beeinflusst haben konnten.⁸⁸

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Feststellung eines Mangels bei fehlender konkreter Vereinbarung oder unzureichender Umschreibung der bedungenen Eigenschaften, da Gewährleistungsansprüche nur dann geltend gemacht werden können, wenn die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften des Unternehmens fehlen oder der Mangel am Einzelgegenstand zumindest Auswirkungen auf die Gebrauchstauglichkeit oder den Wert des Unternehmens als Ganzes hat, also der Einzelmangel die Mangelhaftigkeit des Unternehmens zur Folge hat bzw. auf den Anteil im Ganzen durchschlägt.⁸⁹

⁸⁶ *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 99.

⁸⁷ Zur Abgrenzung zwischen Wissens- und Willenserklärung siehe dazu *Puck*, Unternehmenskauf 27 f in der darin veröffentlichten Entscheidung OGH 9.6.1981, 5 Ob 768/80 wurden Ertragsangaben des Verpächters über künftig zu erzielende Erträge, die auch als Grundlage für die Fixierung des Pachtzinses dienten, aufgrund der besonderen Umstände: Verweigerung der Einsicht in die Geschäftsunterlagen, keine sonstige Informationsmöglichkeit des Pächters über die Qualität des Unternehmens, sowie erkennbarer Einfluss der Ertragsangaben auf den Willensentschluss des Pächters, als verbindliche Zusicherung einer zahlenmäßigen bestimmten Ertragsfähigkeit angesehen. Hingehen wurde in der Entscheidung OGH 10.6.1953, 3 Ob 254/53 das Vorliegen einer verbindlichen Qualitätszusage abgelehnt, da der Käufer des Hauses zu näheren Informationen über die Zinserträge des Hauses vom Verkäufer an die Hausverwaltung verwiesen wurde.

⁸⁸ *Reischauer*, JBl 2002, 140.

⁸⁹ *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 100, *Wahl* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 492.

Mängel idS stellen sohin negative Beschaffenheitsmerkmale des Unternehmens dar. Diese können in der körperlichen Beschaffenheit des Sachsubstrates liegen, wenn zB wesentliche Produktionsmaschinen nicht funktionsfähig sind, der tatsächliche Umfang des Warenlagers mit der zugrundeliegenden Inventur nicht übereinstimmt oder Umstände betreffen, die in der Beziehung des Unternehmens zu Dritten liegen, zB Nichtvorliegen von betriebsnotwendigen Bau- oder Betriebsanlagengenehmigungen, Eingriff in fremde Lizenz- und Patentrechte, welche den Wert des Unternehmens oder seine Gebrauchstauglichkeit (Ertragskraft) beeinträchtigen. Derartige Mängel können somit auf inner- oder außerbetrieblichen Ereignissen beruhen, die bereits eingetreten sind oder bevorstehen und mit denen nach dem gewöhnlichen Geschäftsverlauf nicht gerechnet werden muss.⁹⁰

Vorsicht ist geboten bei Einzelmängeln, die der laufenden Abnutzung des Sachsubstrats unterliegen. Da Unternehmen naturgemäß nicht aus neuwertigen Gegenständen bestehen, ist bei den im gebrauchten Zustand übernommenen Maschinen und Betriebsausstattung sehr wohl mit technischen Ausfällen zu rechnen, sodass bei Abnutzungserscheinungen, die ein gewöhnliches Ausmaß nicht überschreiten, kein Unternehmensmangel vorliegt.⁹¹ Die Schwere des Einzelmangels ist insbesondere bei der Beurteilung der Rechtsfolgen nach § 932 ABGB von Bedeutung, da mangels Vertragsvereinbarung ein sog. „geringfügiger Mangel“, welcher die Tauglichkeit oder den Wert des Unternehmens als Ganzes nicht beeinträchtigt, als unerheblich außer Betracht zu lassen ist.⁹²

Es bleibt festzuhalten, dass es mangels Parteienvereinbarung somit unsicher bleibt, ob der Mangel einer Einzelsache einen Mangel des Unternehmens darstellt, da wie im vorherigen Abschnitt festgestellt, Zusagen nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erfolgen können. Um sich Streitigkeiten über das Vorhandensein eines Mangels zu ersparen, empfiehlt es sich, den Vertragsgegenstand im Unternehmenskaufvertrag genau zu beschreiben, da bei Abweichungen von der Zusage jedenfalls ein Unternehmensmangel vorliegt.⁹³

⁹⁰ *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 92; *Reich-Rohrwig/Thiery*, *ecolex* 1991, 91. Befürwortung für diese „objektive Richtung“ *Stainer*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf 40, der eine Gewährleistungshaftung vorsieht, wenn die Sache einen ungewöhnlichen Mangel aufweist, mit welchen im Verkehr nicht so häufig gerechnet werden muss und *Puck*, Unternehmenskauf 54, die darauf abstellt ob sich der Einzelmangel auf den verkehrsüblichen Gebrauch des Unternehmens auswirkt.

⁹¹ *Puck*, Unternehmenskauf 56; *Reich-Rohrwig/Thiery*, *ecolex* 1991, 91.

⁹² *Puck* in *Nemec/Reicheneder*, Unternehmenskauf und Abwicklung in der Praxis 267; *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 89.

⁹³ *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 629; *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 19.

2.7 Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften

Letztlich könnte der Käufer Gewährleistungsansprüche aus den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften des Vertragsgegenstandes geltend machen. Ob und welche Eigenschaften beim Unternehmenskauf als gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften iSd §§ 922 ff ABGB anzusehen sind, ist strittig, da schon allein aufgrund der Komplexität und Individualität eines Unternehmens im Gegensatz zu Massenprodukten keine verkehrstypischen Eigenschaften ableitbar sind.⁹⁴ Dabei zieht *Puck* die gewöhnliche Gebrauchstauglichkeit des Unternehmens als Maßstab heran, wonach für diejenigen Eigenschaften Gewähr zu leisten ist, welche den verkehrsüblichen Gebrauch des Unternehmens ermöglichen.⁹⁵

Als Mängel des ganzen Unternehmens aufgrund fehlender gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften wurden folgende anerkannt: der schlechte Ruf des Unternehmens (eine Fremdenpension stellte sich nach dem Kauf als „der Unzucht dienendes Abstiegsquartier“ heraus),⁹⁶ das Fehlen öffentlich-rechtlicher Bewilligungen (der Käufer kann bei einem Unternehmen mit laufendem Betrieb davon ausgehen, dass die dafür erforderliche gewerberechtliche Genehmigung vorhanden ist),⁹⁷ sowie die fehlende baubehördliche Bewilligung für auf der Liegenschaft befindliche Bauten.⁹⁸

In Hinblick auf die Bilanzgarantie ist von Bedeutung, dass die Ertragsfähigkeit eines Unternehmens aufgrund des weiten Sachbegriffs jedenfalls Gegenstand einer Eigenschaftsvereinbarung bzw. Qualitätszusage sein kann, deren Fehlen einen Mangel des gesamten Unternehmens darstellt.⁹⁹ Allerdings haftet der Verkäufer für eine bestimmte Ertragsfähigkeit grundsätzlich nur dahingehend, dass diese mit dem Unternehmen zum Zeitpunkt der Erfüllung des Geschäfts erzielbar war.¹⁰⁰ Dabei werden jene Faktoren ausgeklammert, die das zukünftige unternehmerische Risiko des Erwerbers betreffen, wie etwa Geschick und Einsatz des Erwerbers, die allgemeine wirtschaftliche und branchenspezifische Lage, die Rahmenbedingungen am Markt etc. Der OGH stellt bei der Erzielbarkeit der Ertragsfähigkeit auf objektive Krite-

⁹⁴ *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 100; *Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence², 118.

⁹⁵ *Puck*, Unternehmenskauf 54. kritisch dazu *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 629; der die Meinung vertritt, dass es eine normale Beschaffenheit eines Unternehmens, die es zum gewöhnlichen Gebrauch tauglich machen würde, nicht gibt.

⁹⁶ Siehe *Puck*, Unternehmenskauf 56 und die darin skizzierte Entscheidung des Reichsgerichts RGZ 67, 86.

⁹⁷ OGH 3 Ob 530/59 JBl 1960, 492.

⁹⁸ OGH 6 Ob 653/86 JBl 1987, 383; OGH 2 Ob 662/87 JBl 1988, 787 (dort unrichtig mit 2 Ob 622/87 zitiert).

⁹⁹ *Keplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 88; *Puck*, *ecolex* 1995, 248; OGH 10.6.1953, 3 Ob 254/53; OGH 9.6.1981, 5 Ob 768/80.

¹⁰⁰ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 87; *Puck* in *Nemec/Reicheneder*, Unternehmenskauf und Abwicklung in der Praxis 267.

rien (für einen Beherbergungsbetrieb zB Lage, Umgebung, Ruf, Ausstattung) ab und lässt den Verkäufer daher für den erzielbaren Durchschnittsertrag eintreten.¹⁰¹ Soll der Verkäufer darüber hinaus für den zukünftigen unternehmerischen Erfolg haften, kann dies nur im Wege einer echten Garantie erreicht werden.¹⁰²

Wurde keine bestimmte Ertragsfähigkeit von den Parteien vereinbart, so stellt sich die Frage, ob nicht eine bestimmte Ertragsfähigkeit iSd § 922 ABGB als gewöhnlich vorausgesetzt angesehen werden kann. Dies liegt dem Gedanken zu Grunde, dass der Käufer idR mit dem Betrieb eines Unternehmens grundsätzlich die Erzielung von Erträgen verbindet. In Anbetracht dessen, dass sich aus der Zugehörigkeit des Unternehmens zu bestimmten Branchen keine Verkehrsauffassung über die Höhe der erzielbaren Beträge ableiten lässt, sieht *Puck* als Untergrenze der Ertragsfähigkeit „die Überlebensfähigkeit des Unternehmens“ als gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft an.¹⁰³

Zwar lehnte der OGH in einer älteren Entscheidung ab, dass die Überlebensfähigkeit eines Unternehmens einer vertraglichen Eigenschaftsvereinbarung zugänglich ist, da die Lebensfähigkeit nicht den sachlichen Unterlagen immanent, sondern von zahlreichen Umständen abhängig ist, die keine Eigenschaften des Unternehmens sind, wie der Fähigkeit des Geschäftsführers, Konjunkturänderungen, etc.¹⁰⁴ Diese Auffassung wird nach *Puck* durch die spätere *Jud* als überholt eingestuft.¹⁰⁵

Wird demnach der Verkauf des Anteils an einem lebenden Unternehmen Vertragsinhalt, so kann nach der Verkehrsauffassung zumindest eine solche Qualität vorausgesetzt werden, dass das Unternehmen überlebensfähig ist. Konkret bedeutet dies, dass das Unternehmen ohne größere Kapitalzufuhr fortführbar und nicht überschuldet ist, also insgesamt zumindest im Durchschnitt der Jahre kostendeckend arbeiten könne.¹⁰⁶ Wie im Rahmen der Zusicherung einer bestimmten Ertragsfähigkeit sind als Vergleichsmaßstab für die Überlebensfähigkeit des Unternehmens nur die objektivierten Verhältnisse eines „mittleren unternehmerischen Einsatz-

¹⁰¹ *Puck* in *Nemec/Reicheneder*, Unternehmenskauf und Abwicklung in der Praxis 268; OGH 9.6.1981, 5 Ob 768/80.

¹⁰² *Puck*, *ecolex* 1995, 250.

¹⁰³ *Puck*, Unternehmenskauf 45.

¹⁰⁴ OGH 14.2.1928, ZBl 1928/194; *Puck*, Unternehmenskauf 45 f; *Stainer*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf 62.

¹⁰⁵ OGH 10.6.1953, 3 Ob 254/53; OGH 9.6.1981, 5 Ob 768/80; OGH 7 Ob 722/86, wbl 1987, 345.

¹⁰⁶ *Reich-Rohrwig/Thiery*, *ecolex* 1991, 91; *Stainer*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf 62.

zes“ des Erwerbers bei gleichbleibenden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zugrunde zu legen.¹⁰⁷

Dieser Verkehrsauffassung ist allerdings keine allgemeine Gültigkeit beizumessen. So können nämlich besondere Umstände (wie zB Krise in der Branche und dadurch bedingtes Unternehmenssterben) oder Umstände des Einzelfalles (wie zB Erwerb eines sanierungsbedürftigen Unternehmens oder eines lebenden Unternehmens nicht zum Weiterbetrieb, sondern zur Erlangung seines Sachsubstrats) vorliegen, welche die Anwendung einer solchen sonst allgemeingültigen Verkehrsauffassung ausschließen.¹⁰⁸ Im Gegensatz dazu wird sogar die Meinung vertreten, dass bei einer florierenden Branche bzw. einem bisher profitablen Unternehmen jedenfalls mehr als nur die Überlebensfähigkeit des betreffenden Unternehmens erwartet werden dürfte.¹⁰⁹ Auch *Stainer* befürwortet vorsichtig das Konzept der Lebensfähigkeit als Unternehmenseigenschaft unter der Voraussetzung einer durchschnittlichen Unternehmerqualität des Käufers sowie bei fehlender Verschlechterung der Rahmenbedingungen des Markts, wenn die erfolgskausalen Faktoren fast ausschließlich in den sachlichen Gegebenheiten des Unternehmens zu finden sind. Um das Haftungsrisiko des Verkäufers zu begrenzen, soll zudem je nach Branche geprüft werden, ob die Lebensfähigkeit des Unternehmens von der Verkehrsauffassung wirklich vorausgesetzt werden kann.¹¹⁰

Nach Ansicht *Oberlechners* entzieht sich das Konstrukt der „Überlebensfähigkeit“ eines Unternehmens der Objektivierung, da diese einerseits von externen Faktoren – der Annahme gleichbleibender wirtschaftlicher Rahmenbedingungen (in der volatilen wirtschaftlichen Wirklichkeit) – und andererseits von den subjektiven angestellten Wertungen – des mittleren unternehmerischen Einsatzes – abhängig ist.¹¹¹ Er verweist dabei auf die oben erwähnte Entscheidung des OGH,¹¹² wonach die Überlebensfähigkeit eines Unternehmens nicht der vertraglichen Eigenschaftsvereinbarung zugänglich ist, da die Lebensfähigkeit nicht aus den sachlichen Unterlagen des Unternehmens ableitbar ist, könne doch richtigerweise die Definition von Eigenschaften einer Sache wohl keine subjektiven und externen Elemente beinhalten.¹¹³ Auch die später angeführte *Jud*,¹¹⁴ in der es jeweils um die Ertragsfähigkeit als zugesi-

¹⁰⁷ *Puck*, Unternehmenskauf 41 ff.

¹⁰⁸ *Puck*, Unternehmenskauf 46; *Stainer*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf 62.

¹⁰⁹ *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 100.

¹¹⁰ *Stainer*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf 62 f.

¹¹¹ *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 629.

¹¹² OGH 14.2.1928, ZBl 1928/194; *Puck*, Unternehmenskauf 45 f; *Stainer*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf 62.

¹¹³ *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 629.

¹¹⁴ Vgl. OGH 10.6.1953, 3 Ob 254/53; OGH 9.6.1981, 5 Ob 768/80; OGH 7 Ob 722/86, wbl 1987, 345.

cherte und nicht als gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft geht, ändere nichts daran, dass die Überlebensfähigkeit tatsächlich als gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft eines Unternehmens angesehen werden kann. *Oberlechner* stützt sich in seiner Ansicht¹¹⁵ auf eine Entscheidung des OGH, indem die Erwirtschaftung von Verlusten per se, mangels gegenteiliger Vereinbarung, nicht als Eigenschaft des Kaufgegenstandes angesehen, sondern als Folge der Geschäftspolitik in Verbindung mit den jeweiligen Marktverhältnissen beurteilt wird.¹¹⁶

Abschließend kann festgehalten werden, dass aufgrund der differenzierten Literaturmeinungen und mangels gefestigter Rsp hierzu eine große Unsicherheit verbleibt, wann bei einem Unternehmen von einem Fehlen gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften gesprochen werden kann, bzw. welche Eigenschaften es nach der Verkehrsauffassung überhaupt haben sollte.¹¹⁷ Dies vor allem deswegen, da Unternehmen keine standardisierten Güter sind, sondern vielmehr *„komplex gestaltete wirtschaftliche Gefüge, die aus unterschiedlichsten Sachen, Rechten, einer individuellen inneren Organisation, aus differenzierten Rechts- und Wirtschaftsbeziehungen im Außenverhältnis, verschieden gelagertem Know-how und einem ganz typischen Goodwill bestehen“*, und nach dieser Auffassung mangels Vergleichbarkeit, keine gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hätten.¹¹⁸ Aus diesen Gründen kann sich der Käufer, mangels ausdrücklicher Gewährleistungszusagen, nicht auf das Vorliegen bestimmter Eigenschaften eines Unternehmens verlassen, sondern hat dafür Sorge zu tragen, dass die Funktion und relevanten Eigenschaften des Kaufgegenstandes genau beschrieben werden, um somit den geschuldeten Vertragsinhalt klar zu definieren.¹¹⁹

¹¹⁵ *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 630.

¹¹⁶ Vgl. OGH 24.10.1995, 4 Ob 1657/95. Da es sich im Anlassfall um ein Fachunternehmen derselben Branche handelte, mussten dem Erwerber die Marktverhältnisse zweifellos bekannt gewesen sein und die Geschäftspolitik konnte der Erwerber nach Übernahme der erworbenen Geschäftsbereiche nach seinen eigenen Vorstellungen gestalten.

¹¹⁷ *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 630; *Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 118 f; *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 16.

¹¹⁸ *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 630.

¹¹⁹ *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 100; *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 16.

2.8 Vertragsauslegung nach § 914 ABGB

Ob eine Bilanzgarantie als subjektive oder objektive Bilanzgarantie zu verstehen ist und ob diese nur eine gewährleistungsrechtliche Zusage, eine unechte Garantie oder ein echtes Garantieverprechen iSd § 880a ABGB umfasst, hängt von der Auslegung des Vertrages ab. Zudem werden auch zahlreiche Zweifelsfragen hinsichtlich der Reichweite der Rechtsfolgen, die nicht ausdrücklich geregelt sind, sowie Umstände, welche von den Parteien bei der Vertragsfestlegung nicht bedacht wurden, durch die Auslegungsregeln gem §§ 914 f ABGB bestimmt.¹²⁰

Ziel der sog. einfachen Auslegung ist es, die Absicht der Parteien zu erforschen.¹²¹ Obwohl juristisch gesehen „der übereinstimmende Wille die oberste Norm des Vertrages darstellt“,¹²² ist bei der Ermittlung der Parteienabsicht aus arbeits- und denkökonomischer Sicht vom Wortlaut der Erklärung auszugehen.¹²³ Dabei ist jeder Vertragspartner berechtigt, jenem Sinn die Bedeutung beizumessen, die sich auf Basis des gewöhnlichen Sprachgebrauches ergibt. Als Maßstab für die Auslegung wird bei Uneinigkeit des Wortsinnes der objektive Erklärungswert herangezogen, demnach ist unter Anwendung vertrauensrechtlicher Grundsätze eine Willenserklärung gemessen am Empfängerhorizont so zu verstehen, wie sie ein redlicher Empfänger unter den gegebenen Umständen verstehen durfte.¹²⁴ Der Empfänger unterliegt somit einer generellen Deutungsdilignzobliegenheit, er hat sich um die Ermittlung des tatsächlichen Geschäftswillens zu bemühen,¹²⁵ wobei auf der anderen Seite jegliche Erklärungsfahrlässigkeit zu Lasten des Erklärenden geht.¹²⁶

Zur Erforschung der Parteienabsicht ist im Grunde genommen das gesamte Erklärungsverhalten der Parteien zu berücksichtigen, das sich aus Äußerungen in Wort und Schrift, Tun oder Unterlassen zusammensetzen kann. Hierbei sind alle Umstände wie vorausgehende Äußerungen während der Vertragsverhandlung, sowie die Entstehungsgeschichte des Vertrages einzu beziehen, um herauszufinden, welche Rückschlüsse der jeweils andere Vertragsteil ziehen durfte, um den erklärten Parteiwillen zu erkennen. Maßgeblich ist dabei der Zweck der Rege-

¹²⁰ Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 403 f.

¹²¹ Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 31; Bollenberger in KBB⁴ § 914 Rz 5; Rummel in Rummel, ABGB³ § 914 Rz 4.

¹²² OGH 4 Ob 229/07s, wbl 2008, 495.

¹²³ Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 914 Rz 142.

¹²⁴ Binder/Kolmasch in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar IV⁴ § 914 Rz 25; Bollenberger in KBB⁴ § 914 Rz 1; Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 35; Rummel in Rummel³, § 914 Rz 4.

¹²⁵ Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 914 Rz 131.

¹²⁶ Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 35.

lung, den beide Vertragsseiten redlicherweise unterstellen mussten.¹²⁷ Da die Natur des Wirtschaftslebens und insbesondere der Gegenstand des Geschäfts bei M&A Transaktionen stets Risiken und Einschränkungen unterliegt, besteht zumeist keine hundertprozentige Absicherung eines Vertragspartners, weshalb es methodisch unzulässig wäre, eine an sich „subjektiv“ formulierte Bilanzgarantie in eine „objektive“ Garantie der Richtigkeit des Jahresabschlusses umzudeuten, weil somit der erkennbare Vertragszweck der Bilanzgarantie – die Absicherung des Käufers – besser erreicht werde.¹²⁸

§ 914 ABGB betont, dass die buchstäbliche Wortinterpretation bei der Feststellung der Absicht der Parteien keine Auslegungsschranke darstellt.¹²⁹ Demzufolge stellte der OGH in einer Vereinbarung im Anteilskaufvertrag fest, dass nicht nur die wörtlich erfassten „Steuernachzahlungen“, die den Zeitraum vor der Aktienübereignung betreffen, zu einer entsprechenden Kaufpreisminderung führen, sondern subsumierte, aus der erkennbaren Absicht der Parteien heraus, darunter auch „Abschlusszahlungen“, die aus zu geringen Vorauszahlungen für diese Perioden resultieren.¹³⁰ Es gilt aber zu beachten, dass nur ein übereinstimmender, von Vertragswortlaut abweichender Wille beider Kontrahenten als „natürlicher Konsens“ der bloßen Wortinterpretation des Vertrages vorgeht. Bei einseitig abweichendem Willen einer Partei, bleibt es bei der objektiven Auslegung nach dem Erklärungswert des jeweiligen Ausdrucks. Selbiges gilt erst recht, wenn beide Vertragspartner ein vom Wortlaut abweichendes Verständnis über eine Bilanzklausel gehabt haben und dabei jeweils Verschiedenes, wie zB eine „objektive Garantie“ bzw. „subjektive Garantie“, gemeint haben.¹³¹

¹²⁷ *Binder/Kolmasch* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 914 Rz 62; *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 30 ff; siehe dazu auch die kritische Anmerkung von *Rummel*, dass zwar die verfolgte Absicht aus dem Geschäftszweck sich ermitteln lässt, jedoch keine Identität besteht, da nicht alle Geschäftszwecke auch zum Geschäftsinhalt erklärt werden (*Rummel* in *Rummel*³ § 914 Rz 4).

¹²⁸ *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 405 f.

¹²⁹ *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 32; *Rummel* in *Rummel*³ § 914 Rz 4.

¹³⁰ OGH 1 Ob 682/89 ecolx 1990, 216 (*Thiery*).

¹³¹ *Binder/Kolmasch* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 914 Rz 64; *Karollus*, AnwBl 1996, 821; *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 405; eine weitaus größere Bedeutung kommt dem Vertragswortlaut im Hinblick auf das prozessuale Beweisverfahren hinzu. Zum einen stellt der Wortlaut eine erhebliche Beweiskraft für die Ermittlung der Absicht der Partei dar, es trifft diejenige Vertragsseite, die Beweiserbringung, die sich auf einen übereinstimmenden vom Wortlaut abweichenden Willen beruft. Zum anderen gilt es bei tatsächlich abweichendem Geschäftswillen vom Richter im Rahmen seiner Beweiswürdigung über Verlauf und Inhalt der Vertragsverhandlungen einen zumindest „normativen Konsens“ festzustellen. Kann der Erklärende im konkreten Fall sein Verständnis vom Inhalt des Geschäfts auf den Wortlaut stützen, führt dies zu einer erheblichen Beweiserleichterung, als den Gegenbeweis dafür zu erbringen, dass der Erklärungsempfänger aufgrund der ihn zutreffenden Deutungsdilignenzobliegenheit und der besonderen Umstände des Einzelfalles, der Erklärung sehr wohl einen anderen Inhalt beizumessen hatte, als sich aus der Berücksichtigung des bloßen Wortlautes erschließt. (*Vonkilch* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 914 Rz 143 ff).

Auch die Bezeichnung eines Vertrages bspw. „Garantie“ ist gem dem Grundsatz „*falsa demonstratio non nocet*“ für die rechtliche Beurteilung dann nicht entscheidend, wenn diese nicht im Einklang mit dem Vertragsinhalt und der gerichteten Absicht der Parteien übereinstimmt.¹³² Deshalb ist in Zweifelsfällen die Einräumung einer „Garantie“ verkehrsüblicherweise nur so zu verstehen, dass die Mangelfreiheit des Vertragsgegenstandes während der gesamten Garantiefrist zugesagt wird, sich jedoch daraus keine erweiterte Haftung für Mangelfolgeschäden ableiten lässt.¹³³

Im Rahmen von M&A Transaktionen sind neben der Ausformulierung der Bilanzklausel auch Gesellschaftsverträge und -beschlüsse unter den Anwendungsbereich des § 914 ABGB zu subsumieren. Gesellschaftsverträge, insbesondere ihre „korporativen Regelungen“, die Statuten und Satzung betreffen und auch Wirkungen gegenüber Dritte entfalten können, welchen die näheren Umstände des Rechtsaktes nicht bekannt sind, sind im objektiven Sinne, aus sich selbst heraus, ungeachtet besonderer Umstände, subjektiver Motive und Nebenabreden, auszulegen.¹³⁴ Selbige Wertungspunkte sind auch bei der Ermittlung des Inhalts von Beschlüssen heranzuziehen. Etwaige Auslegungsfragen bei der Stimmabgabe von Beschlüssen, die als Zustimmung, Ablehnung oder Stimmenthaltung zu werten sind, sind mit Rückgriff auf die allgemeinen Auslegungsgrundsätze unter Berücksichtigung des maßgeblichen Empfängerhorizonts zu lösen.¹³⁵

Treten nach Vertragsabschluss Probleme auf, die von den Parteien in keiner Regelung bedacht wurden und bietet sich keine dispositivgesetzliche Regelung an bzw. führt deren Anwendung zu wertungsmäßig unbefriedigenden Ergebnissen, da sie sich für den konkreten Fall als unangemessen, nicht sachgerecht, oder unbillig erweist oder auch explizit von den Parteien ausgeschlossen wurde, ist sodann die sog. ergänzende Vertragsauslegung heranzuziehen.¹³⁶ Unter der Voraussetzung, dass überhaupt ein gültiger Vertrag vorliegt, kann somit eine Vertragslü-

¹³² Bollenberger in KBB⁴ § 914 Rz 5; Karollus, AnwBl 1996, 820; Rummel in Rummel³ § 914 Rz 6.

¹³³ OGH 7 Ob 506/91 JBl 1991, 385; OGH 1 OB 21/03s JBl 2003, 853.

¹³⁴ Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 43; Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 914 Rz 314 f.

¹³⁵ Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 914 Rz 318.

¹³⁶ Bollenberger in KBB⁴ § 914 Rz 8; Karollus, AnwBl 1996, 824; während bei der einfachen Auslegung sowohl der natürliche als auch normative Konsens der Parteien abweichendem dispositiven Recht vorgeht, ist das Verhältnis der ergänzenden Vertragsauslegung zum dispositiven Recht umstritten. Da im österreichischen Recht für die Ausgestaltung der Bilanzgarantie kein einschlägiges Dispositivrecht existiert, wird der Aspekt in der vorliegenden Arbeit nicht näher beleuchtet; siehe dazu ausführlich Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 100; Rummel in Rummel³ § 914 Rz 22; Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 914 Rz 113 ff.

cke in der Vereinbarung geschlossen werden, jedoch kann dies nicht dazu führen ein fehlendes essentialium des Vertrages zu ersetzen.¹³⁷

Als Mittel ergänzender Auslegung können der hypothetische Parteiwille, die Übung des redlichen Verkehrs, Treu und Glauben und die Verkehrsanschauung herangezogen werden.¹³⁸ Aufgrund der beschränkten Kapazität dieser Arbeit und in Anbetracht dessen, dass die Übergänge der einzelnen Wertungsaspekte einander überlappen, wird in den nächstfolgenden Absätzen nur auf die Übung des redlichen Verkehrs und den hypothetischen Parteiwillen näher eingegangen.

Die Übung des redlichen Verkehrs im Rahmen der ergänzenden Auslegung bezieht sich auf die sog. echte Verkehrssitte,¹³⁹ welche das als selbstverständlich erachtete Leistungsverhalten der Parteien auch ohne Vereinbarung widerspiegelt. Somit fließt hier ein objektives Kriterium mit ein, doch ist dieses vielmehr Ausdruck eines Erfahrungssatzes, eine regelmäßig geübte Verhaltensweise, die sich dadurch zeigt, dass die Parteien keinen der Verkehrssitte widersprechenden individuellen Parteiwillen äußern.¹⁴⁰ Die Berücksichtigung schon bestehender Verkehrssitten ermöglicht, im Gegensatz zu einer richterlichen ad hoc Eigenwertung, eine vorhersehbare wie gleichmäßig richterliche Entscheidungspraxis und trägt somit zur Rechtssicherheit bei.¹⁴¹ Die Verkehrssitte wird bei der richterlichen Vertragsergänzung auch dann herangezogen, wenn keine Kenntnis der Parteien über diese vorliegt und findet dort ihre Grenze, wo sie dem Geschäftswillen beider Parteien widerspricht.¹⁴²

In Bezug auf die Ausgestaltung der Bilanzgarantie ist zu sagen, dass keine Selbstverständlichkeit besteht, dass der Käufer, der im Zuge der Vertragsverhandlungen eine objektive Garantie hinsichtlich der Rückstellungen verlangt, diese auch tatsächlich vom Verkäufer bzw. iS ergänzender Vertragsauslegung zugestanden bekommt. Infolgedessen ist vielmehr damit zu rechnen, dass die Aufnahme der objektiven Richtigkeit des Bilanzpostens häufig von der Ver-

¹³⁷ Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 75; Karollus, AnwBl 1996, 824; natürlich kann sich die ergänzende Vertragsauslegung auch auf die Hauptleistung im Vertrag beziehen, wenn Konsens darüber besteht, welche Hauptleistungen grundsätzlich von den Parteien zu erbringen sind. Die ergänzende Vertragsauslegung dient aber nicht dazu einen klar festgelegten Vertragsgegenstand zu erweitern, hierbei hat der Richter die Abgeschlossenheit des Pflichtenprogramms, auch bei bewusster Risikoübernahme durch eine Partei, zu würdigen; Binder/Kolmasch in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar IV⁴ § 914 Rz 177; Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 914 Rz 125.

¹³⁸ Rummel in Rummel³ § 914 Rz 11.

¹³⁹ Siehe dabei, die von Rummel vorgenommene Differenzierung der Verkehrssitten in Erklärungssitten, echte Verkehrssitten, Vertragsitten und die Verkehrsanschauung (Rummel in Rummel³ § 914 Rz 13).

¹⁴⁰ Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 45.

¹⁴¹ Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 914 Rz 190.

¹⁴² Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 914 Rz 193.

käuferseite kategorisch abgelehnt oder zumindest mit einer Gegenforderung verbunden sein wird, wie der Vergütung von nicht in Anspruch genommenen Rückstellungen, sowie bereits wertberechtigten, aber dennoch eingegangenen Forderungen. Mit einer solchen Auflage einer Herausgabepflicht konfrontiert, wird so mancher Käufer von seinem Verlangen auf objektive Bilanzgarantie Abstand nehmen. Aus solchen gängigen Verhandlungssituationen kann kein Erfahrungssatz und keine Verkehrssitte erblickt werden, dass Bilanzgarantien, gleichgültig ihrer „objektiven“ oder „subjektiven“ Formulierung, stets als Garantie der objektiven Richtigkeit des Jahresabschlusses zu interpretieren sind.¹⁴³

Beim Ansatz des hypothetischen Parteiwillens ist zu ermitteln, was redliche und vernünftige Parteien vereinbart hätten, wenn sie bei Vertragsabschluss an die offengebliebenen Punkte der Vereinbarung gedacht hätten. Der Vertragsinterpret hat dabei unter Fortdenken des tatsächlichen Parteiwillens den Vertrag zu vervollständigen. Dabei stellt der tatsächliche Wille zugleich die äußerste Schranke für den hypothetischen Parteiwillen dar, da davon auszugehen ist, dass redliche Vertragsparteien die regelungsbedürftige Lücke in einer Form geschlossen hätten, die der tatsächlichen Parteienabsicht entspricht.¹⁴⁴ Hat also nur ein Vertragsteil die Aufnahme einer bestimmten Klausel verlangt und wurde diese von der anderen Seite ausdrücklich abgewiesen, so kann die gescheiterte Bestimmung nicht im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zum Vertragsinhalt gemacht werden.¹⁴⁵

Das bei der ergänzenden Vertragsauslegung anzuwendende Gebot der Redlichkeit, geht über die geltende Sittenwidrigkeitsschranke des § 879 ABGB hinaus, welche nur den äußersten Rahmen des zulässigen Verhaltens darstellt.¹⁴⁶ Vielmehr ist der Bedeutungsinhalt der Redlichkeit nach dem zwingenden Recht, die öffentliche Ordnung, die guten Sitten, sowie Treu und Glauben beizumessen. Desgleichen legt die Jud als natürlichen Rechtsgrundsatz fest, dass keine Partei im Geschäftsverkehr aus eigenem rechtswidrigen Verhalten einen Vorteil beziehen darf.¹⁴⁷

Im Zusammenhang mit der Auslegung der Bilanzgarantie sehen sich die Vertragsparteien bisweilen mit ungeahnten Konsequenzen bilanzrechtlicher Vorschriften konfrontiert, wobei es

¹⁴³ Löber, AnwBl 1992, 532; Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 406.

¹⁴⁴ Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 81 f; Karollus, AnwBl 1996, 825.

¹⁴⁵ OGH 7 Ob 542/81 JBl 1982, 142.

¹⁴⁶ Karollus, AnwBl 1996, 825; Rummel in Rummel³ § 914 Rz 16.

¹⁴⁷ Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 49; Binder/Kolmasch in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar IV⁴ § 914 Rz 67.

dabei um die Festlegung einzelner Detailfragen geht, die sich idR zu Lasten des Verkäufers auswirken. Auch hier hat der Vertragsinterpret die einzelnen Bestimmungen des Vertrages einer Redlichkeitsprüfung zu unterziehen.¹⁴⁸ Besteht im Vertrag ein Ungleichgewicht, das der Verhandlungsmacht einer Vertragspartei geschuldet ist, so hat dieses beim Ansatz des hypothetischen Willens, sofern kein vertraglicher Konsens über die bewusste Risikoübernahme besteht, grundsätzlich unberücksichtigt zu bleiben. Primär hat sich der Vertragsinterpret im Rahmen der Redlichkeitsprüfung um einen gerechten und angemessenen Interessenausgleich aller Vertragsteile zu bemühen. Dabei hat der Richter auf alle Erkenntnisse und Anhaltspunkte, wie den Vertragszweck und -bestimmungen, die begleitenden Umstände, Äußerungen, Absichtserklärungen zurückzugreifen, welche auf die Willensbildung der Parteien Einfluss genommen haben.¹⁴⁹

Unvorhergesehene Umstände können aber nicht nur zu einer Erweiterung des festgelegten Pflichtenprogramms führen, sondern es besteht für den Vertragsinterpret auch die Möglichkeit in Analogie der teleologischen Reduktion bei der Gesetzesauslegung den überschießenden Vertragswortlaut nach dem gebotenen Vertragszweck einzuschränken.¹⁵⁰ Scheitert die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens, kommt eine nach objektiven Kriterien orientierte Vertragsergänzung in Anlehnung an Treu und Glauben, Handelsbräuchen und der Verkehrsanschauung in Betracht, in welche die Gerechtigkeitsvorstellungen des allgemeinen Verkehrs und des Richters einfließen.

Aus prozessrechtlicher Sicht ist zwischen sog. Tatsachen(Sachverhalts)fragen, wie bspw. der Sammlung von Indizien, die auf die Ermittlung des übereinstimmenden Parteiwillens schließen lassen und sog. Rechtsfragen, welche sich mit der rechtlichen Beurteilung der festgestellten Erkenntnismittel befassen, zu unterscheiden, da nur in Rechtsfragen eine Revision möglich ist.¹⁵¹ Die im Verhältnis zu § 914 subsidiäre Unklarheitenregel § 915 zweiter HS ABGB, wonach eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen auszulegen ist, der sich ihrer bedient hat, gelangt dann nicht zur Anwendung, wenn beide Vertragsteile die Formulierung gemeinsam eingeführt haben.¹⁵²

¹⁴⁸ Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 406.

¹⁴⁹ Binder/Kolmasch in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar IV⁴ § 914 Rz 180; Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 49; Karollus, AnwBl 1996, 825; Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 914 Rz 209 f.

¹⁵⁰ Karollus, AnwBl 1996, 824; Rummel in Rummel³ § 914 Rz 10.

¹⁵¹ Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 107 ff; Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 914 Rz 347.

¹⁵² Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 915 Rz 17.

In der Praxis kommt es häufig vor, dass die Parteien eine völlig unterschiedliche Vorstellung vom Inhalt des abgeschlossenen Vertrages haben. Insbesondere bei den unterschiedlichen Formen der Bilanzgarantie ist mehr als fraglich, ob darunter alle Beteiligten auch das Gleiche verstanden haben. Die Parteien haben dann höchst unterschiedliche Auffassungen über Inhalt, Reichweite und Rechtsfolgen der vereinbarten Bilanzklausel.¹⁵³ Besteht dabei kein übereinstimmender Parteiwille unter Heranziehung sämtlicher Umstände während der Vertragsverhandlungen, wird jene Partei im Vorteil sein, die ihr Verständnis vom Inhalt und Zweck des Geschäfts auf den Vertragswortlaut stützen kann.¹⁵⁴ Nach dem Gebot der Redlichkeit müssen Schutz- und Sorgfaltspflichten eingehalten werden, sodass schutzwürdiges Vertrauen gegenüber der anderen Partei nicht verletzt wird, will man sich später im Prozess im Sinne des Rechtsverkehrs auf schutzwürdiges Vertrauen berufen.¹⁵⁵ Um solche Situationen im Vorhinein zu vermeiden, sollen die Vertragsparteien darauf bestrebt sein, eindeutige und präzise Formulierungen zu wählen, als Vertragsverfasser einen erfahrenen Rechtsanwalt in Betracht zu ziehen und um unliebsamen Überraschungen der ergänzenden Vertragsauslegung aus dem Weg zu gehen, empfiehlt es sich mitunter, die einzeln zugrunde gelegten Bilanzierungsvorschriften vertraglich fixieren zu lassen.¹⁵⁶

¹⁵³ Karollus, AnwBl 1996, 818; Löber, AnwBl 1992, 532; Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 409.

¹⁵⁴ Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 914 Rz 143 ff.

¹⁵⁵ Binder/Kolmasch in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar IV⁴ § 914 Rz 64; Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 36.

¹⁵⁶ Karollus, AnwBl 1996, 825 f; Löber, AnwBl 1992, 532.

3. Bilanzrechtliche Beschränkungen der Bilanzgarantie und alternative Risikoabwälzung durch Kaufpreisklauseln

Wie im vorherigen Teilabschnitt ersichtlich ist, wird bei der Bilanzgarantie zwischen einer objektiven oder subjektiven Richtigkeit des Jahresabschlusses unterschieden. Die subjektive Zusage der Richtigkeit besagt, dass der Jahresabschluss den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung und Bilanzierung (GoB) entspricht. Dabei werden alle bis zur Aufstellung des Jahresabschlusses bekanntgewordenen Ereignisse und Umstände des Abschlussjahres berücksichtigt. Diesfalls ist der Jahresabschluss in der ex ante Betrachtung anhand des damaligen Erkenntnisstandes, allenfalls nach bestem Wissen und Gewissen, richtig aufgestellt, kann aber ex post sich als objektiv unrichtig erweisen. Dagegen garantiert die objektive Zusage, unabhängig vom Kenntnisstand über die tatsächlichen Verhältnisse innerhalb des Werterhellungszeitraumes, dass der bilanzielle Ansatz alle realen Gegebenheiten des Einzelsachverhaltes umfasst. Demzufolge kann der Erwerber aufgrund einer objektiven Bilanzgarantie Ansprüche erheben, wenn bspw. eine Prozessverbindlichkeit nur unzureichend durch eine bilanzierte Rückstellung abgedeckt ist.¹⁵⁷

Abgesehen von den zivilrechtlichen sind auch die bilanzrechtlichen Beschränkungen nicht zu vernachlässigen. So wird die Generalnorm der Buchführung, welche den Adressaten des Jahresabschlusses ein möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz-, und Ertragslage vermitteln soll, durch den Grundsatz der Wesentlichkeit eingeschränkt, nach dem Sachverhalte bzw. Unrichtigkeiten des Abschlusses von untergeordneter Bedeutung außer Acht gelassen werden können. Ein zusätzliches Spannungsverhältnis zur Generalnorm des „true and fair view“ besteht in den weiteren Vorschriften der Einzelbewertung, wie das Anschaffungskostenprinzip auf der Aktivseite, welche den Ausweis stiller Reserven untersagt, sowie das größtenteils auf der Passivseite dominierende Vorsichtsprinzip.¹⁵⁸

Anhand von drei ausgewählten Bilanzpositionen in den Bereichen des Anlagevermögens, Rückstellungen und Forderungen, soll in den nachstehenden Kapiteln 3.1 bis 3.3 ein Einblick in die gebotenen Ermessensräume und Wertansatzwahlrechte nach UGB Bilanzierung verschafft werden, die bei der Auslegung der Reichweite einer Bilanzgarantie einzubeziehen sind.

¹⁵⁷ Brugger, Unternehmenserwerb 208 f.

¹⁵⁸ Nowotny/Gelter, GesRZ 2000, 66 ff; Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 411.

Neben spezifischen Garantiezusagen zu den einzelnen Posten des Jahresabschlusses, Freistellungen, Haftungsbegrenzungen, sowie der Festlegung einzelfallbezogener Sicherungsmechanismen zur Durchsetzung künftiger Garantie- bzw. Schadenersatzansprüche, welche in jedem sorgfältig ausgearbeiteten Garantiekatalog vorzufinden sind, stellt die Kaufpreisfindung das zentrale Element des Unternehmenskaufs dar.¹⁵⁹ Die Methode der Kaufpreisbestimmung wird durch die Unternehmensbewertung, sowie anhand der Daten und Erkenntnisse der Financial Due Dilligence und letztlich durch den iterativen Verhandlungsprozess geprägt sein, in welchem sich die subjektiven Wertvorstellungen der Vertragsparteien widerspiegeln.¹⁶⁰

In der österreichischen Bewertungspraxis ist das Fachgutachten des Fachsentats für Betriebswirtschaft und Organisation des Instituts für Betriebswirtschaft, Steuerrecht und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder zur Unternehmensbewertung (KFS BW 1) maßgebend. Dieses Fachgutachten stellt vor dem Hintergrund der in Theorie, Praxis und Rechtsprechung entwickelten Standpunkte der international gängigsten Methoden der Unternehmensbewertung vor. Auch wenn das Fachgutachten selbst keine normative Wirkung entfaltet (die Auswahl und Anwendung der im Fachgutachten festgehaltenen Bestimmungen liegt in der alleinigen Entscheidung und Verantwortung des Gutachters), bescheinigt eine Bewertung, die sich an das Fachgutachten hält, nach erkannten Grundsätzen erstellt worden zu sein, weshalb die Anwendung des Fachgutachtens auch in zahlreichen Verträgen der Praxis, wie bspw im Rahmen von Abfindungsklauseln beim Ausscheiden von Gesellschaftern, bei Kaufverträgen oder bei Schiedsvereinbarungen, umgesetzt wird.¹⁶¹

Grundlage jeglicher Überlegungen des Unternehmenswertes stellt dabei der von den Parteien zugrunde gelegte Jahresabschluss des Zielobjektes dar. Auch wenn die Qualität des Jahresabschlusses durch eine beigelegte Bilanzgarantie gewürdigt ist, verbleiben aber in Abhängigkeit der genauen Ausformulierung und Reichweite der Bilanzgarantie inhärente Bewertungs- und Ermessensspielräume, die ihren Eingang in das anzuwendende Unternehmensbewertungsverfahren wiederfinden. Somit besteht für den Käufer die Gefahr, einen zu hohen Grenzpreis für das unter vermeintlich objektiven Gesichtspunkten wertmäßig zu erfassende Target anzusetzen.¹⁶²

¹⁵⁹ *Rehbein et al*, M&A Review 2013, 439; *Schüppen*, BFuP 2010, 412.

¹⁶⁰ *Czajka in Schalast*, Aspekte des M&A-Geschäfts 74 f.

¹⁶¹ *Haberer/Purtscher in Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence² 165.

¹⁶² *Moser in Berens et al*, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 368; *Reich-Rohrwig in Lang/Weinzierl*, FS Rödler 772; *Weißhaupt*, BB 2013, 2948.

Zudem liegen im M&A Prozess in der Phase zwischen Vertragsunterzeichnung (signing) und Vollzug des Vertrages (closing) typischerweise mehrere Monate, welche durch eine Informationsasymmetrie bezüglich der tatsächlichen Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Zielunternehmens gekennzeichnet sind, sodass das im zu überbrückenden Zeitraum vorliegende Informationsdefizit nicht durch eine Bilanzgarantie des am letzten Bilanzstichtag festgestellten Jahresabschlusses geschlossen werden kann.¹⁶³

Darüber hinaus wird die Preisfindung von den subjektiven Wertvorstellungen der Parteien getragen, die über eine unterschiedliche Einschätzung hinsichtlich der Höhe und Wahrscheinlichkeit der Zahlungsmittelzuflüsse verfügen. Geleitet von den verschiedenen Motiven und Modellannahmen der Parteien können eine Strategieänderung der künftigen Geschäftspolitik, die Umsetzung von Restrukturierungsplänen sowie die Realisierung von Synergie- und Kostenvorteilen mit ins Bewertungskalkül einfließen.¹⁶⁴

Außerdem sind beide Parteien den Wettbewerbskräften des Marktes ausgesetzt. Der allgemeinen Konjunkturlage sowie der am Unternehmensmarkt vorherrschenden Angebots- und Wettbewerbssituation (wie zB die Anzahl der potenziellen Mitbewerber, gehandelte Verkaufspreise vergleichbarer Unternehmen, etc.) geschuldet, ergeben sich zusätzliche wertbestimmende Einflüsse, welche die Planungssicherheit des zu generierenden Transaktionserlöses beschränken.¹⁶⁵

Die oben dargestellten Risiken und Problemfelder der Kaufpreisvereinbarung im M&A-Transaktionsprozess lassen sich großteils durch die Ausgestaltung von Kaufpreisanpassungsklauseln (siehe Abschnitt 3.4 bis inklusive 3.6) abschirmen. Anhand von Kaufpreisbestimmungen können nämlich die unterschiedlichen Vorstellungen der Parteien über den Wert des zu übertragenden Targets mit in die vertraglichen Regelungen des Kaufvertrages eingebunden werden.¹⁶⁶ Je nach rechtlicher Ausgestaltung des Kaufpreismechanismus, führt dies nicht nur zur Absicherung der jeweiligen implizierten Bewertungsgrundlagen, sondern es wirken sich dabei kaufpreisrelevante Tatbestände zwischen signing und closing (wie zB Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen oder Tätigkeiten außerhalb des ordentlichen Geschäftsbereichs, etc), sowie explizit festgelegte Bewertungskonventionen (wie zB strittige Bilanzierungsfragen oder

¹⁶³ Reich/Schimmer/Gjuzek, M&A Review 2012, 358.

¹⁶⁴ Haarbeck/König in Berens et al, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 174 f; Moser in in Berens et al, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 368.

¹⁶⁵ Haarbeck/König in Berens et al, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 174; Rehbein et al, M&A Review 2013, 439.

¹⁶⁶ Moser in Berens et al, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 365.

zu erwartende Steuervorteile, etc.), unmittelbar auf die Höhe des zu zahlenden Kaufpreises aus, womit das wirtschaftliche Ergebnis von den Vertragsparteien direkt gesteuert werden kann.¹⁶⁷

3.1 Bewertung Anlagevermögen

Zum Anlagevermögen zählen insbesondere jene Gegenstände, wie zB Grundstücke, Gebäude, Maschinen, Betriebs- und Geschäftsaustattung, die nach § 198 Abs 2 UGB dazu bestimmt sind, dem Geschäftsbetrieb dauernd zu dienen. Zur Abgrenzung zum Umlaufvermögen wird neben der Dauerhaftigkeit, im Sinne der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Vermögensgegenstandes im Unternehmen, auch die Zweckbestimmung des Gegenstandes nach ihrer Art, Natur und Funktion als Gebrauchsgegenstand (Anlagevermögen) oder Verbrauchsgegenstand (Umlaufvermögen) einbezogen.¹⁶⁸

Gem § 204 Abs 1 UGB sind Gegenstände des Anlagevermögens jeweils mit ihren Anschaffungs- und Herstellungskosten anzusetzen und bei zeitlich begrenzter Nutzung um planmäßige Abschreibungen zu vermindern. Darüber hinaus sind sämtliche Gegenstände des Anlagevermögens nach § 204 Abs 2 UGB bei voraussichtlich dauernder Wertminderung außerplanmäßig auf den niedrigen Wert abzuschreiben, welcher ihnen am Abschlussstichtag beizulegen ist.

Bei der planmäßigen Abschreibung werden die gesamten Anschaffungs- und Herstellkosten des abnutzbaren Vermögensgegenstandes auf die voraussichtlich wirtschaftliche Nutzungsdauer verteilt und entsprechend als Aufwand in der GuV gewinnmindernd berücksichtigt.¹⁶⁹ Gesetzlich wird keine bestimmte Abschreibungsmethode vorgeschrieben. Die Auswahl der im Schrifttum vorgesehenen zeit- und leistungsabhängigen Verfahren¹⁷⁰ haben letztlich der sachgerechten Anwendung der GoB zu entsprechen.¹⁷¹ Unzulässig sind demnach jene Abschreibungsmethoden, die im Widerspruch zum tatsächlichen Verlauf der Wertnutzung und Entwertung des Gegenstandes stehen oder durch ihre ergebnisabhängige Orientierung gegen eine

¹⁶⁷ *Rehbein et al*, M&A Review 2013, 439; *Schüppen*, BFuP 2010, 414; *Reich-Rohrwig* in *Lang/Weinzierl*, FS Rödler 764.

¹⁶⁸ *Bertl/Hirschler*, RWZ 2005, 167; *Hilber* in *Torggler*, UGB² § 198 Rz 20; *Nowotny* in *Straube*, UGB³ § 198 Rz 26.

¹⁶⁹ *Bertl/Deutsch/Hirschler*, Buchhaltungs- und Bilanzierungshandbuch⁶ 376.

¹⁷⁰ Zu den einzelnen Verfahren im Detail siehe ua *Egger/Samer/Bertl*, UGB I¹⁶ 201 ff; *Janschek/Jung* in *Hirschler*, BilR § 204 Rz 30 ff.

¹⁷¹ *Konezny* in *Torggler*, UGB² § 204 Rz 16; *Urnik/Urtz* in *Straube*, UGB³ § 204 Rz 10.

periodengerechte Erfassung des Erfolgs im Zeitablauf verstoßen, sowie die Bildung stiller Reserven bezwecken.¹⁷²

Eine GoB konforme Anwendung der Vorschriften würde etwa bedeuten, dass eine bebaute Liegenschaft, mit einer voraussichtlichen betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer von 40 Jahren, die um 1.000,- Euro angeschafft wurde, jährlich mit 2,5 % abzuschreiben ist. Am Ende des ersten Jahres würde die Liegenschaft mit 975,- Euro im Jahresabschluss zu Buche stehen¹⁷³. Auch wenn derzeit Immobilien wieder als stabil und werthaltig eingestuft werden, haben uns die Erfahrungen aus der Subprimekrise deutlich aufgezeigt, dass gerade auf dem Immobilienmarkt der realisierbare Verkehrswert von relativ neuen Betriebsgebäuden oft weit hinter den veranschlagten Buchwert zurückbleibt.¹⁷⁴

Dasselbe wird wohl auch für Maschinen, technische Anlagen sowie Betriebs- und Geschäftsausstattung gelten, die wie im Bereich der Forschungs- und Entwicklung speziell auf Zwecke des Unternehmens ausgerichtet sind. Die unter bilanzrechtlichen Gesichtspunkten gebräuchliche lineare Abschreibung¹⁷⁵ wird gerade in den ersten Jahren der Nutzung bei weitem nicht jenen Wertverlust wiedergeben, welcher den realen wirtschaftlichen Gegebenheiten des Gebrauchtmrktes Rechnung trägt, da die potenziellen Verkaufserlöse im Verhältnis zum Buchwert in den meisten Fällen degressiv abnehmen.¹⁷⁶ Im späteren Zeitablauf werden wiederum Reparatur- und Instandhaltungsmaßnahmen progressiv zunehmen, sodass bei konstanten Abschreibungsbeträgen, die Betriebsmittelkosten steigen. Ebenso findet sich in der planmäßigen linearen Abschreibung keine adäquate Berücksichtigung fortschritts- und marktbedingter Einflüsse wieder.¹⁷⁷

Bevor nun etwaige Ansprüche zwischen der Differenz des Buchwertes und dem aus der Einzelveräußerung resultierenden niedrigeren Verkehrswert gezogen werden können, muss zu-

¹⁷² *Adler/Düring/Schmaltz*, RLG⁶ § 253 Rz 385; *Döring/Buchholz in Küting/Pfitzer/Weber*, HdR⁵ § 253 Rz 125; *Dieter/Hohensinner in Zib/Dellinger*, UGB § 204 Rz 48; *Urnik/Urtz in Straube*, UGB³ § 204 Rz 10.

¹⁷³ *Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 420.

¹⁷⁴ Die fehlerhafte Bepreisung strukturierter Kreditforderungen, sowie die Wechselwirkung überhöhter Immobilienpreise und zusätzlicher Kreditvergabe, führten zum massiven Preisverfall am Immobilienmarkt und letztlich zum Ausbruch der Weltfinanzkrise im Jahre 2008. Vgl. dazu *Lieven in Elschen/Lieven*, Der Werdegang der Krise 115 ff.

¹⁷⁵ Da steuerrechtlich neben der Abschreibung für Substanzverringerung, der Vollabschreibung für geringwertige Wirtschaftsgüter gem § 13 EStG, sowie die Anwendung des Festwertverfahrens gem § 209 Abs 1 im Rahmen der Vorratsbewertung, bei abnutzbaren Gegenständen des Anlagevermögens, die einer zeitlich begrenzten Nutzung unterliegen, gem § 7 Abs 1 EStG nur die lineare Abschreibung als zulässig erachtet wird. (*Egger/Samer/Bertl*, UGB I¹⁶ 207).

¹⁷⁶ Davon abgesehen ist zu vermerken, dass es im Wesentlichen mit Ausnahme des Immobilien- und Fahrzeugmarktes keinen funktionierenden Markt für Gebrauchtmrkten gibt. (*Hansa/Schreyvogel in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions 759).

¹⁷⁷ *Kilger*, Einführung Kostenrechnung, 120; *Oltmanns*, Forschungsinvestitionen, 146 ff.

nächst überprüft werden, unter welchen Umständen und in welchem Umfang der Bilanzierende bei fallenden Verkehrswerten des Anlagevermögens, eine außerplanmäßige Abschreibung der Gegenstände durchzuführen hat.¹⁷⁸

Der Anwendungsbereich der außerplanmäßigen Abschreibung gem § 204 Abs 2 UGB umfasst sowohl abnutzbares als auch nicht abnutzbares Anlagevermögen, welches bei voraussichtlich dauernder Wertminderung auf den niedrigeren Wert anzusetzen ist, der ihnen am Abschlussstichtag unter Bedachtnahme auf die Nutzungsmöglichkeit im Unternehmen beizulegen ist. Darüber hinaus besteht für Finanzanlagen gem § 204 Abs 2 Satz 2 UGB bei nur vorübergehender Wertminderung ein Abschreibungswahlrecht.¹⁷⁹

Bei der voraussichtlich dauernden Wertminderung handelt es sich um einen gesetzlich nicht definierten Begriff. Da der Sinn der außerplanmäßigen Abschreibung aus dem Vorsichtsprinzip des § 201 Abs 2 Z 4 UGB resultiert und ihr Zweck darin besteht, eine Überbewertung der Vermögensgegenstände zu unterbinden¹⁸⁰, wird deshalb im Zweifel eher von einer dauernden als vorübergehenden Minderung des beizuliegenden Werts auszugehen sein,¹⁸¹ jedoch auch nur insoweit die Vergleichbarkeit aufeinanderfolgender Jahresabschlüsse gewährleistet bleibt.¹⁸²

Hinsichtlich der Beurteilung der andauernden Wertminderung wird bei abnutzbarem Anlagevermögen ein Zeitrahmen erlassen, der voraussichtlich während eines erheblichen Teils der Restnutzungsdauer anhält.¹⁸³ Quantifiziert wird der Zeitraum zum Teil mit dem Überschreiten der Hälfte der verbleibenden Restnutzungsdauer,¹⁸⁴ als auch mit der Normierung der Zeitdauer auf 5 Jahre.¹⁸⁵ Darüber hinaus werden bei der Festlegung der Dauerhaftigkeit im Bereich der nicht abnutzbaren Vermögensgegenstände strengere Auflagen vertreten, da hier die Auswirkungen einer fehlerhaften unterlassenen außerplanmäßigen Abschreibung, im Vergleich zum abnutzbaren Anlagevermögen, nicht durch planmäßige Abschreibungen kompen-

¹⁷⁸ Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 420.

¹⁷⁹ Sog. gemildertes Niederstwertprinzip, im Gegensatz zum strengen Niederstwertprinzip im Bereich des Umlaufvermögens, wo keine Unterscheidung zwischen dauerhafter und vorübergehender Wertminderung stattfindet. (Dieter/Hohensinner in Zib/Dellinger, UGB § 204 Rz 86; Janschek/Jung in Hirschler, BilR § 204 Rz 50).

¹⁸⁰ Janschek/Jung in Hirschler, BilR § 204 Rz 49.

¹⁸¹ Adler/Düring/Schmaltz, RLG⁶ § 253 Rz 476; Dieter/Hohensinner in Zib/Dellinger, UGB § 204 Rz 86; Döring/Buchholz in Küting/Pfitzer/Weber, HdB⁵ § 253 Rz 165.

¹⁸² Urmik/Urtz in Straube, UGB³ § 204 Rz 23.

¹⁸³ Adler/Düring/Schmaltz, RLG⁶ § 253 Rz 477; Bertl/Deutsch/Hirschler, Buchhaltungs- und Bilanzierungshandbuch⁶ 389; Döring/Buchholz in Küting/Pfitzer/Weber, HdB⁵ § 253 Rz 165.

¹⁸⁴ Döring/Buchholz in Küting/Pfitzer/Weber, HdB⁵ § 253 Rz 165; Janschek/Jung in Hirschler, BilR § 204 Rz 62.

¹⁸⁵ Baetge/Brockmeyer in Leffson/Rückle/Großfeld, HWB unbestimmter Rechtsbegriffe, 385; Hirschler in Bertl ua, Abschreibungen in der Handels- und Steuerbilanz 147.

sirt werden können.¹⁸⁶ Als abschließendes Kriterium kann mithilfe des Umfangs der Wertminderung auf die Dauerhaftigkeit geschlossen werden, hierbei gilt je höher der eingetretene Wertverlust, desto wahrscheinlicher ist von einer andauernden Wertminderung auszugehen.¹⁸⁷

Neben der voraussichtlich dauerhaften Wertminderung ist bei der Feststellung einer außerplanmäßigen Abschreibung als Vergleichswert der Buchwert des Vermögensgegenstandes mit dem jeweils niedrigeren beizuliegenden Wert am Abschlussstichtag gegenüberzustellen.¹⁸⁸ Der Begriff „des am Abschlussstichtag beizuliegenden Wertes“ ist jedoch mit weiteren Fragestellungen verbunden, da sich aus dem Gesetz, im Gegensatz zum klar definierten Buchwert¹⁸⁹ kein konkreter Wertmaßstab ableiten lässt. Im Lichte einer sachgerechten Bewertung anhand der GoB hat die Bestimmung des beizuliegenden Wertes unter Bezugnahme der Fortführung des Unternehmens gem § 201 Abs 2 Z 2 UGB zu erfolgen.¹⁹⁰ Dabei ist – wie § 204 Abs 2 UGB ausdrücklich anordnet – auf die Nutzungsmöglichkeit im Unternehmen Bedacht zu nehmen. Unter dem Gesichtspunkt der außerplanmäßigen Wertminderung sind hierbei insbesondere jene objektbezogenen Ursachen (naturbedingte Katastrophen, Brand, Überschwemmung, etc.) als auch marktbezogenen Ursachen (Änderung wirtschaftlicher Rahmenbedingungen, Nachfrageverschiebung, Entwertung durch technischen Fortschritt, sinkende Wiederbeschaffungspreise) zu beachten, die eine negative Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit des Gegenstandes im Unternehmen bewirken können.¹⁹¹

Als Wertmaßstab zur Bestimmung des beizuliegenden Wertes im Anlagevermögen haben sich in der Lit der Wiederbeschaffungswert, der Einzelveräußerungswert sowie der Ertragswert des Vermögensgegenstandes herausgebildet.¹⁹² Da Gegenstände des Anlagevermögens grundsätzlich dazu bestimmt sind, dem Geschäftsbetrieb dauernd zu dienen, wird in erster Linie der Wiederbeschaffungswert als maßgeblich angesehen. Der Wiederbeschaffungszeitwert ent-

¹⁸⁶ *Adler/Düring/Schmaltz*, RLG⁶ § 253 Rz 478; *Dieter/Hohensinner* in *Zib/Dellinger*, UGB § 204 Rz 116; *Urnik/Urtz* in *Straube*, UGB³ § 204 Rz 23; aA *Hirschler* in *Bertl ua*, Abschreibungen in der Handels- und Steuerbilanz 146.

¹⁸⁷ *Döring/Buchholz* in *Kütting/Pfitzer/Weber*, HdR⁵ § 253 Rz 167; *Janschek/Jung* in *Hirschler*, BilR § 204 Rz 62; *Urnik/Urtz* in *Straube*, UGB³ § 204 Rz 23.

¹⁸⁸ *Hirschler* in *Bertl ua*, Abschreibungen in der Handels- und Steuerbilanz 143; *Konezny* in *Torggler*, UGB² § 204 Rz 20.

¹⁸⁹ Der Buchwert entspricht dabei den fortgeführten Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten, unter Berücksichtigung der bisher vorgenommenen planmäßigen und außerplanmäßigen Abschreibungen sowie Zuschreibungen. (*Dieter/Hohensinner* in *Zib/Dellinger*, UGB § 204 Rz 92).

¹⁹⁰ *Urnik/Urtz* in *Straube*, UGB³ § 204 Rz 18; *Zdromomyšlaw/Richter*, BuW 2004, 486.

¹⁹¹ *Adler/Düring/Schmaltz*, RLG⁶ § 253 Rz 456; *Dieter/Hohensinner* in *Zib/Dellinger*, UGB § 204 Rz 89; *Janschek/Jung* in *Hirschler*, BilR § 204 Rz 54.

¹⁹² *Bertl/Deutsch/Hirschler*, Buchhaltungs- und Bilanzierungshandbuch⁶ 351; *Dieter/Hohensinner* in *Zib/Dellinger*, UGB § 204 Rz 95; *Janschek/Jung* in *Hirschler*, BilR § 204 Rz 54; *Urnik/Urtz* in *Straube*, UGB³ § 204 Rz 19; *Konezny* in *Torggler*, UGB² § 204 Rz 21 f.

spricht dabei den Anschaffungs- und Herstellungskosten eines am Markt vergleichbaren Vermögensgegenstands ähnlich abgenutzten Zustandes.¹⁹³ Mangels eines adäquaten Marktes wird hilfsweise der Wiederbeschaffungsneuwert unter Vornahme fiktiver planmäßiger Abschreibungen herangezogen. Gegebenfalls sind die fiktiven fortgeführten Wiederbeschaffungsneuwerte, aufgrund höherwertiger Standards der Neuanlage, sowie bei nachteiligen Veränderungen des wirtschaftlichen Umfelds, entsprechend zu berichtigen.¹⁹⁴

Etwaige Adaptierungen des Wiederbeschaffungswertes sind auch bei selbsterstellten Anlagevermögen vorgesehen, so kann in diesem Fall ein Reproduktionskostenwert angesetzt werden, der sich anhand der Herstellungskosten auf Basis der aktuellen Wertverhältnisse am Abschlussstichtag ableiten lässt.¹⁹⁵ Bei Finanzanlagevermögen kann der Wiederbeschaffungswert wahlweise durch den Börse- oder Marktpreis bestimmt werden. Analoge Vorgehensweise empfiehlt sich auch beim nicht abnutzbaren Anlagevermögen, wie zB Grundstücken, da hier der Wiederbeschaffungswert mit dem Wert am Absatzmarkt idR übereinstimmen wird.¹⁹⁶

In Ausnahmefällen dient der Einzelveräußerungswert als Basis für die Ermittlung des beizulegenden Wertes. Folglich wird der Einzelveräußerungswert in jenen Fällen eingesetzt, in denen innerhalb des nächsten Geschäftsjahres mit einer Veräußerung zu rechnen ist, sowie bei stillgelegten Anlagen, mit deren Inbetriebnahme in der absehbaren Zeit nicht zu rechnen ist. Die Berechnung des Einzelveräußerungswertes hat unter Bedachtnahme des Vorsichtsprinzips zu erfolgen, dabei sind im Rahmen einer verlustfreien Bewertung vom geschätzten Veräußerungserlös die bei der Veräußerung anfallenden Aufwendungen abzuziehen.¹⁹⁷

Andererseits wird bei immateriellen Vermögensgegenständen, für die als solche keine Wiederbeschaffungsmöglichkeit besteht bzw. welche zur Ertragserzielung im Unternehmen dienen, wie zB Patente, Lizenzen sowie Beteiligungen, der Ertragswert als sachgerecht betrachtet. Der Ertragswert ergibt sich aus der Summe der abgezinsten zukünftigen Einnahmenüberschüs-

¹⁹³ *Dieter/Hohensinner* in *Zib/Dellinger*, UGB § 204 Rz 95; *Riegler*, RWZ 2008, 364; *Urnik/Urtz* in *Straube*, UGB³ § 204 Rz 20.

¹⁹⁴ *Adler/Düring/Schmaltz*, RLG⁶ § 253 Rz 458; *Hirschler* in *Bertl ua*, Abschreibungen in der Handels- und Steuerbilanz 144; *Urnik/Urtz* in *Straube*, UGB³ § 204 Rz 20.

¹⁹⁵ *Bertl/Fraberger*, RWZ 1999, 377; *Urnik/Urtz* in *Straube*, UGB³ § 204 Rz 20.

¹⁹⁶ *Adler/Düring/Schmaltz*, RLG⁶ § 253 Rz 458; *Ballwieser* in *Leffson/Rückle/Großfeld*, HWB unbestimmter Rechtsbegriffe, 38; *Janschek/Jung* in *Hirschler*, BilR § 204 Rz 59.

¹⁹⁷ *Adler/Düring/Schmaltz*, RLG⁶ § 253 Rz 460 ff; *Dieter/Hohensinner* in *Zib/Dellinger*, UGB § 204 Rz 100 f; *Döring/Buchholz* in *Kütting/Pfitzer/Weber*, HdR⁵ § 253 Rz 160.

se, wobei insbesondere bei Beteiligung auch Verbundeffekte in Form von gewonnenen Synergien einzubeziehen sind.¹⁹⁸

Die obigen dargestellten Ausführungen zeigen, dass der „objektiv richtige“ beizulegende Zeitwert kaum bestimmbar ist. Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Konkretisierung und der Zuhilfenahme verschiedener Vergleichswerte¹⁹⁹ für den beizuliegenden Wert ergeben sich unvermeidbare Ermessensspielräume auf Seiten des Bilanzierenden. Beim beizulegenden Wert gem § 204 Abs 2 UGB hat es sich um einen rein subjektiven Wertmaßstab, der anhand der individuellen Gegebenheiten, wie der Nutzungsmöglichkeit, sowie Funktion und Zweckbestimmung des Vermögensgegenstandes im Unternehmen, zu ermitteln ist.²⁰⁰ Insbesondere die Bestimmung des Ertragswerts wird aufgrund der bestehenden Unsicherheit der künftig zu erwartenden Aus- und Einzahlungen letztlich auf der Grundlage von Schätzungen basieren. Es kann somit im Einzelfall höchst zweifelhaft sein, ob nun eine Abwertung iSd § 204 UGB vorliegt. In dem meisten Fällen wird sich die Überprüfung des beizulegenden Wertes auf die methodisch korrekte Wertermittlung und die Plausibilität der Annahmen, wie zB bei der Festlegung eines angemessenen Diskontierungszinssatzes, beschränken.²⁰¹

Wie eingangs erwähnt, werden bei Anlagen, die speziell für die Zwecke des Unternehmens zugeschnitten sind, die Einzelveräußerungswerte oft hinter den Buchwerten zurückliegen. Gerade bei rezessiver konjunktureller Entwicklung, insbesondere in Zeiten der Krise, werden gesunkene Wiederbeschaffungswerte vorliegen. Andererseits kann auch die gesunkene Rentabilität der abgesetzten Handelswaren unter dem Blickwinkel des niedrigeren Ertragswertes eine Teilwertberichtigung der produzierenden Maschinen und Anlagen herbeiführen.²⁰² Unter Heranziehung der möglichen Vergleichsmaßstäbe könnte der Erwerber versucht sein, auf eine Unrichtigkeit in der Bilanz hinzuweisen, um unter dem Titel der Bilanzgarantie eine Kaufpreisreduktion zu begründen.

Bei der Geltendmachung etwaiger Ansprüche aus der Bilanzgarantie wird unter Berücksichtigung redlich denkender Vertragsparteien, sowie einer wirtschaftlichen Verkehrsanschauung,

¹⁹⁸ *Janschek/Jung* in *Hirschler*, BilR § 204 Rz 55; *Hirschler* in *Bertl ua*, Abschreibungen in der Handels- und Steuerbilanz 145; *Urnik/Urtz* in *Straube*, UGB³ § 204 Rz 20.

¹⁹⁹ Wo neben dem Ertragswert, der Wiederbeschaffungswert als obere Wertgrenze und der Einzelveräußerungswert als untere Wertgrenze fungiert. (*Dieter/Hohensinner* in *Zib/Dellinger*, UGB § 204 Rz 95; *Urnik/Urtz* in *Straube*, UGB³ § 204 Rz 19).

²⁰⁰ Im Gegensatz dazu wird im Bereich des Umlaufvermögens, der beizulegende Wert gem § 207 UGB primär aus einem objektiv feststellbaren Wert, wie dem Börsenkurs oder Marktpreis, bestimmt. (*Dieter/Hohensinner* in *Zib/Dellinger*, UGB § 204 Rz 94).

²⁰¹ *Döring/Buchholz* in *Küting/Pfitzer/Weber*, HdR⁵ § 253 Rz 161; *Janschek/Jung* in *Hirschler*, BilR § 204 Rz 71; *Zdromomyslaw/Richter*, BuW 2004, 491.

²⁰² *Hirschler* in *Bertl ua*, Abschreibungen in der Handels- und Steuerbilanz 145 ff.

eine restriktive Auslegung empfohlen sein. Unzählige Ansichten über die Bilanzierungsvorschriften, welche in den einschlägigen Kommentaren auf über mehreren hundert Seiten behandelt werden, spiegeln die Unsicherheiten im Bilanzrecht wieder. Bei den vielen umstrittenen Details ist der Bilanzierende stets mit Ermessensentscheidungen konfrontiert, sodass sich unweigerlich Beurteilungsspielräume ergeben.²⁰³ Bedenkt man, dass hinsichtlich der Revisibilität der Vertragsauslegung eine erhebliche Rechtsfrage aus prozessrechtlicher Sicht iSd § 502 ZPO dann vorliegt, wenn anhand einer auffallenden Fehlbeurteilung bzw. einer wesentlichen Verkennung der Rechtslage ein unvertretbares Ergebnis erzielt wurde,²⁰⁴ so wird man wohl auch den Bilanzierenden die gesetzlich zulässigen Wertansatz- und Bewertungswahlrechte zuerkennen müssen.²⁰⁵ Im Sinne redlich vernünftiger Parteien darf angenommen werden, dass sich das Haftungsausmaß des Verkäufers auf die rechnerisch richtige Anwendung der im Anhang zum Jahresabschluss beschriebenen Bewertungsmethode sowie der ergänzend offengelegten Vertragsunterlagen beschränken wird. Unzweifelhaft sollte der Haftungsbeschränkung auf Seiten des Verkäufers Ausdruck verliehen werden, indem im Beteiligungskaufvertrag eine separate Garantie für den Ertragswert ausgeschlossen wird.²⁰⁶

3.2 Rückstellungen

Unter Rückstellungen werden Passivposten für Verluste, Verbindlichkeiten oder Aufwendungen verstanden, die ihrer Entstehung oder Höhe nach ungewiss sind und in der Periode ihrer Verursachung erfasst werden sollen.²⁰⁷ Nach § 198 Abs 8 UGB sind Rückstellungen in der Bilanz für ungewisse Verbindlichkeiten und für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften zu bilden, die am Abschlusstichtag wahrscheinlich oder sicher, aber hinsichtlich ihrer Höhe oder des Zeitpunkts ihres Eintritts unbestimmt sind. Das Gesetz verzichtet auf eine abschließende Umschreibung des Rückstellungsbegriffes, um der weiteren Entwicklung der

²⁰³ -Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 421.

²⁰⁴ Siehe dazu die Jud Nachweise bei Klauser/Kodek, JN-ZPO¹⁷, § 502 E 67 und 76; sowie Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 103 mwN.

²⁰⁵ Zu den Bandbreiten zulässiger Bewertung siehe auch Karollus-Brunner, ecolex 2007, 825; Puck, Unternehmenskauf 74 ff und 84 ff; sowie steuerliche Rsp VwGH 88/14/0111 ÖStZB 1990, 66; 90/14/0050 ÖStZB 1195, 19.

²⁰⁶ Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 421 f.

²⁰⁷ Hilber in Torggler, UGB² § 198 Rz 61; Konezny in Hirschler, BilR § 198 Rz 121; Mayer-Wegelin in Küting/Pfitzer/Weber in HdR⁵ § 249 Rz 17. Die Bildung von Rückstellungen bewirkt dabei die entsprechende Berücksichtigung der betriebswirtschaftlich gebotenen GoB, indem hierbei dem Grundsatz der Vorsicht (§ 201 Abs 2 Z 4 UGB), dem Grundsatz der Periodisierungsprinzips (§ 201 Abs 2 Z 5 UGB) sowie dem Grundsatz der Vollständigkeit (§ 196 Abs 1 UGB) entsprochen wird. (Egger/Samer/Bertl, UGB I¹⁶ 361; Hilber in Torggler, UGB² § 198 Rz 62; Schiebel/Altenburger/Rohatschek in Zib/Dellinger, UGB § 198 Rz 85).

GoB nicht entgegenzuwirken.²⁰⁸ § 198 Abs 8 UGB weist einen demonstrativen Katalog von Tatbeständen auf, für welche Zwecke Rückstellungen angesetzt werden müssen oder dürfen. Dabei gilt zu unterscheiden, dass für die Grundtatbestände der Z 1 eine Ansatzpflicht für ungewisse Verbindlichkeiten sowie drohende Verluste aus schwebenden Geschäften besteht, Z 2 ein Ansatzwahlrecht für sog Aufwandsrückstellungen vorsieht, soweit dies den GoB entspricht, Z 3 schließt den Ansatz von nicht im Gesetz beschriebenen Rückstellungen aus und Z 4 enthält eine beispielhafte Aufzählung bestimmter Anwendungsfälle,²⁰⁹ für welche die Rückstellungen insbesondere zu bilden sind.²¹⁰

Kennzeichnend für Rückstellungen ist die Vervollständigung des Schuldenausweises mit der Erfassung ungewisser Schulden und Lasten, welche über die Verbindlichkeiten als sichere bzw. gewisse Schulden hinausgehen.²¹¹ Demzufolge erfolgt die Abgrenzung der Rückstellungen zu Verbindlichkeiten durch die Ungewissheit dem Grunde und oder der Höhe nach. Ist die Verpflichtung dem Bestehen und der Höhe nach sicher, ist diese durch eine Verbindlichkeit auszuweisen, auch wenn der genaue Zeitpunkt der Fälligkeit nicht feststeht. Hingegen ist jener Teil der Ungewissheit über den Rechtsgrund oder der Höhe der Verpflichtung durch eine Rückstellung zu berücksichtigen.²¹²

Ungewissheit dem Grunde nach liegt dann vor, wenn Zweifel über die tatsächliche Verpflichtung bestehen, da entweder der maßgebende wirtschaftliche Sachverhalt oder die rechtliche Würdigung noch nicht endgültig geklärt ist. Der Höhe nach besteht eine Ungewissheit, wenn das Ausmaß der Belastung nicht feststeht, weil über den Umfang bzw. die Höhe noch gestritten wird.²¹³

Bei der bestehenden Ungewissheit der Verbindlichkeit ist jedoch ein bestimmter Grad der Konkretisierung der Verpflichtung erforderlich. Der Rückstellungsansatz erfordert neben der Wahrscheinlichkeit des Bestehens oder Entstehens der Verpflichtung die Wahrscheinlichkeit

²⁰⁸ *Schiebel/Altenburger/Rohatschek* in *Zib/Dellinger*, UGB § 198 Rz 93; *Konezny* in *Hirschler*, BilR § 198 Rz 119.

²⁰⁹ Wie zB Anwartschaften auf Abfertigungen, laufende Pensionen und Anwartschaften auf Pensionen, Kulanzen, nicht konsumierter Urlaub, Jubiläumsgelder Heimfalllasten und Produkthaftungsrisiken, sowie auf Gesetz oder Verordnung beruhende Verpflichtungen zur Rücknahme und Verwertung von Erzeugnissen.

²¹⁰ *Hilber* in *Torggler*, UGB² § 198 Rz 59; *Konezny* in *Hirschler*, BilR § 198 Rz 120.

²¹¹ *Nowotny* in *Straube*, UGB³ § 198 Rz 122; *Schiebel/Altenburger/Rohatschek* in *Zib/Dellinger*, UGB § 198 Rz 103.

²¹² *Adler/Düring/Schmaltz*, RLG⁶ § 249 Rz 77; *Egger/Samer/Bertl*, UGB I⁶ 370; *Hilber* in *Torggler*, UGB² § 198 Rz 64; *Konezny* in *Hirschler*, BilR § 198 Rz 122; *Mayer-Wegelin* in *Küting/Pfitzer/Weber* in *HdR*⁵ § 249 Rz 22; *Nowotny* in *Straube*, UGB³ § 198 Rz 126; *Schiebel/Altenburger/Rohatschek* in *Zib/Dellinger*, UGB § 198 Rz 119 ff.

²¹³ *Hilber* in *Torggler*, UGB² § 198 Rz 68; *Konezny* in *Hirschler*, BilR § 198 Rz 156; *Nowotny* in *Straube*, UGB³ § 198 Rz 133.

der Inanspruchnahme.²¹⁴ Die Konkretisierung der Wahrscheinlichkeit lässt sich schwierig bestimmen, da Schrifttum und Rsp keine einheitliche Linie widerspiegeln, anhand welcher Kriterien die Wahrscheinlichkeitsbeurteilung zu erfolgen hat.²¹⁵

Mit dem Be- oder Entstehen der ungewissen Verbindlichkeit muss ernsthaft gerechnet werden. Als Verbindlichkeiten kommen dabei alle wahrscheinlichen Leistungsverpflichtungen gegenüber Dritten privatrechtlicher (insb vertragliche oder außervertraglich wie zB Haftung nach den Produkthaftungsgesetz), öffentlichrechtlicher (aufgrund Gesetz, Verordnung oder Verwaltungsakt wie zB Abfallbeseitigung) oder faktischer Natur (wie zB Kulanzleistungen) in Betracht, die zu einem Vermögensabfluss in der Zukunft führen. Die hinreichende Wahrscheinlichkeit ist dann gegeben, wenn der Unternehmer sich aus rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen unter Berücksichtigung auf die Wahrung der Unternehmensfortführung dem Wirksamwerden der Verpflichtung nicht mehr entziehen kann.²¹⁶

Neben der rechtlichen sowie wirtschaftlichen Verpflichtung muss der Unternehmer auch mit der Möglichkeit der drohenden Inanspruchnahme ernsthaft rechnen.²¹⁷ Während bei zweiseitigen Verträgen stets angenommen wird, dass der Gläubiger seine Rechte kennt und dementsprechend seine Ansprüche geltend macht,²¹⁸ wird bei einseitigen Verträgen vorausgesetzt, dass der Gläubiger von seiner Anspruchsberechtigung Kenntnis erlangt bzw. die Kenntniserlangung unmittelbar bevor steht.²¹⁹ Entgegen der Rechtsmeinung des BFH ist festzuhalten, dass selbst fehlende Kenntnis die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme nicht ausschließt, sodass die unmittelbare Kenntnisnahme des Gläubigers keine zusätzliche Ergänzung der gesetzlichen Bestimmungen des UGB und EStG darstellt.²²⁰ Ausschlaggebend ist, ob die Kenntnisnahme und somit Inanspruchnahme aufgrund konkreter Anhaltspunkte und aus objektiver Sicht des Unternehmers wahrscheinlich ist.²²¹

²¹⁴ Hilber in Torggler, UGB² § 198 Rz 69 f; Konezny in Hirschler, BilR § 198 Rz 157; Nowotny in Straube, UGB³ § 198 Rz 133a. Auch wenn oftmals nicht zwischen dem Entstehen der Verpflichtung und der Inanspruchnahme unterschieden wird, führt die Aufteilung der Wahrscheinlichkeitsrisiken zu einer gedanklichen Vereinfachung der Wahrscheinlichkeitsbeurteilung. Jedoch ist zu beachten, dass für den Ansatz einer Rückstellung letztlich nur die Gesamtwahrscheinlichkeit der einzelnen Risiken ausschlaggebend ist. (Mayr, Rückstellungen 166 f).

²¹⁵ Vgl. dazu ausführlich Mayr, Rückstellungen 166 ff mit einem Überblick über die unterschiedlichen Auffassungen der Lehre und Rsp.

²¹⁶ Konezny in Hirschler, BilR § 198 Rz 127 f; Nowotny in Straube, UGB³ § 198 Rz 131 ff.

²¹⁷ Hilber in Torggler, UGB² § 198 Rz 70; Nowotny in Straube, UGB³ § 198 Rz 136.

²¹⁸ BFH VII R 14/92 BStBl. II 1993, 891.

²¹⁹ BFH VIII R 34/99 DStR 2002, 541.

²²⁰ Mayr, Rückstellungen 169 f.

²²¹ Mayer-Wegelin in Küting/Pfitzer/Weber in HdR⁵ § 249 Rz 56.

Mit der früher gebräuchlichen Faustformel, nach welcher eine Rückstellung zu bilden ist „wenn mehr Gründe für als gegen das Be- oder Entstehen einer Verbindlichkeit und eine Inanspruchnahme sprechen,²²² lässt sich kein endgültiger Wahrscheinlichkeitswert festlegen, da eine solche bloße Quantifizierung vieler Gründe, die für und gegen eine Inanspruchnahme sprechen, letztlich vom Einfallsreichtum des Unternehmers abhinge und zu unsachlichen und subjektiven Ergebnissen führen würde.²²³ Im Rahmen einer Wahrscheinlichkeitsbeurteilung wird steuerrechtlich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit von über 50 % verlangt. Aufgrund der unternehmensrechtlichen Zielsetzung des Gläubigerschutzes und Kapitalerhaltung, welche durch das sog. Imparitätsprinzip in § 201 Abs 2 Z 4 UGB ausdrücklich zur Geltung kommt, ist eine Rückstellung unternehmensrechtlich bereits dann anzusetzen, wenn das Bestehen und die Inanspruchnahme aus der Verpflichtung nur annähernd gleich wahrscheinlich ist wie das Nichtbestehen und die Nichtinanspruchnahme, was einer Mindestwahrscheinlichkeit von rund 40 % entspricht.²²⁴

Eine nach Prozentangaben ausgedrückte Abgrenzung wird zwar idR nicht möglich sein und birgt die Gefahr einer Scheinobjektivierung in sich, sodass stattdessen nach den Umständen des Einzelfalls unter Abwägung des Für und Wider und inwieweit im konkreten Sachverhalt gute und stichhaltige Gründe vorliegen, zu entscheiden ist, ob letztlich eine Inanspruchnahme der Verpflichtung droht.²²⁵ Andererseits sind im Ergebnis einer umfassenden Gesamtbeurteilung die jeweiligen Gründe stets gegeneinander abzuwägen und zu gewichten, womit hier wiederum eine klare Wahrscheinlichkeitsgrenze zu ziehen ist, da ja ansonsten keine Wahrscheinlichkeitsaussage gemacht werden kann.²²⁶

Erhebliche Beurteilungsunterschiede ergeben sich auch hinsichtlich der Bewertung der Rückstellung, die gem § 211 Abs 1 UGB in jener Höhe zu passivieren ist, die nach vernünftiger

²²² BFH I R 88/80 BStBl. II 1985, 44 dem folgend der VfGH G 403/97 ÖStZB 1998, 119. aA mit Verweis auf das Vorsichtsprinzip, das eine geringere Wahrscheinlichkeitsgrenze erfordere (Paus, DStZ 1986, 178; Adler/Düring/Schmaltz, RLG⁶ § 249 Rz 75; Mayer-Wegelin in Küting/Pfitzer/Weber in HdR⁵ § 249 Rz 54).

²²³ Bertl/Gassner/Hirschler, ÖStZ 1998, 341; Eibelshäuser, BB 1987, 860; Paus, BB 1988, 1419; Osterloh-Konrad, DStR 2003, 1663.

²²⁴ Mayr, Rückstellungen 180 f.

²²⁵ Adler/Düring/Schmaltz, RLG⁶ § 249 Rz 75; Hilber in Torggler, UGB² § 198 Rz 71; Hoffmann, BB 1996, 1823; Stengel, BB 1993, 1406.

²²⁶ Mayr, Rückstellungen 177. IdS plädiert auch Karollus beim Ansatz einer Rückstellung für eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für das Be- oder Entstehen der Verbindlichkeit, die wenn man überhaupt auf Wahrscheinlichkeitsprozentätze abstellen will, ab einer Eintrittswahrscheinlichkeit von 40 % anzunehmen wäre. Dementsprechend sollten bei einer festgelegten Inanspruchnahme einer Abgabeverbindlichkeit mittels Bescheiderlass auch die Chancen einer Bekämpfung des Abgabebescheides evaluiert werden sodass bei überwiegenden Erfolgsaussichten einer Bescheidbekämpfung im Rechtsmittelverfahren, von mehr als 60 %, die auch von Experten des Abgabenrechts bestätigt werden, der Ansatz einer Rückstellung unterbleiben kann. (Karollus in FS Nowotny 587 (596)).

unternehmerischer Beurteilung notwendig ist. Nach überwiegender Ansicht stellt der nach vernünftiger unternehmerischer Beurteilung notwendige Betrag einen Schätzmaßstab dar, der eine erhöhte Objektivierung und Sorgfalt anstrebt.²²⁷ Um der vernünftigen unternehmerischen Beurteilung gerecht zu werden, sind im Sinne einer Wahrscheinlichkeitsverteilung sämtliche positive und negative Informationen über die tatsächlichen vorherrschenden Verhältnisse zum Bilanzstichtag zu berücksichtigen.²²⁸ Begrenzt wird der Ermessensspielraum durch die Verpflichtung der Willkürfreiheit, sodass die Anhaltspunkte und Bewertungsmethode anhand konkreter Unterlagen von einem sachverständigen Dritten nachvollzogen werden können.²²⁹ Der Beachtung des Vorsichtsprinzips kommt im Rahmen der Bewertung eine maßgebende Bedeutung zu, es verbietet sich aber die Bildung höherer stiller Reserven, als diese unweigerlich mit der Schätzung verbunden sind.²³⁰ Demzufolge ist ohne Vorliegen konkreter Informationen bei der verbundenen Bandbreite der Bewertung über das mögliche Ausmaß der Belastung nicht von der ungünstigsten Fallvariante auszugehen, sondern vielmehr jener Aufwand rückzustellen, mit dem das Unternehmen voraussichtlich belastet wird.²³¹ Demzufolge wird entweder der eindeutig wahrscheinlichste Betrag oder bei zumindest annähernd gleich hohen Wahrscheinlichkeiten der höchste Betrag aus dieser Bandbreite an Alternativen als Rückstellung angesetzt.²³²

Bei faktischer Nichtdurchführbarkeit und Unwirtschaftlichkeit der Einzelbewertung, können zudem nach dem GoB auch Sammel- und Pauschalrückstellungen in jenem Ausmaß gebildet werden, die sich auf die erfahrungsgemäße Inanspruchnahme der Vergangenheit stützen. Dies erfordert eine nachvollziehbare Risikoanalyse, bei der betriebsindividuelle und branchenspezifische Daten zugrunde gelegt werden.²³³

Es können somit erhebliche Auffassungsunterschiede bestehen, ob und in welcher Höhe eine Rückstellung zu bilden ist. Bei der Entscheidung über Ansatz und Erstbewertung sind die

²²⁷ *Adler/Düring/Schmaltz*, RLG⁶ § 253 Rz 189; *Dieter/Hohensinner* in *Zib/Dellinger*, UGB § 211 Rz 90; *Kessler* in *Kütting/Pfitzer/Weber* in *HdR*⁵ § 249 Rz 258; *Konezny* in *Hirschler*, BilR § 211 Rz 37; *Leitner/Urnik/Urtz* in *Straube*, UGB³ § 211 Rz 20; *Mayr*, Rückstellungen 259.

²²⁸ *Dieter/Hohensinner* in *Zib/Dellinger*, UGB § 211 Rz 91; *Gassner*, ÖStZ 1978, 260 f.

²²⁹ *Adler/Düring/Schmaltz*, RLG⁶ § 253 Rz 177 ff; *Altenburger*, RdW 1990, 67; *Konezny* in *Hirschler*, BilR § 211 Rz 37.

²³⁰ *Adler/Düring/Schmaltz*, RLG⁶ § 253 Rz 191 f; *Bertl/Hirschler*, RWZ 1995, 315; *Dieter/Hohensinner* in *Zib/Dellinger*, UGB § 211 Rz 97; *Kessler* in *Kütting/Pfitzer/Weber* in *HdR*⁵ § 249 Rz 291.

²³¹ *Bertl/Hirschler*, RWZ 1995, 315; *Gassner*, ÖStZ 1978, 260 f; *Leitner/Urnik/Urtz* in *Straube*, UGB³ § 211 Rz 20.

²³² *Karollus* in FS Nowotny 600.

²³³ *Kessler* in *Kütting/Pfitzer/Weber* in *HdR*⁵ § 249 Rz 273; *Nowotny* in *Straube*, UGB³ § 198 Rz 138.

vorherrschenden Umstände am Abschlussstichtag maßgebend. Dabei sind, das jeweilige Abschlussjahr betreffend sämtliche objektive Elemente als auch die subjektive Wahrscheinlichkeitseinschätzung des Unternehmers über die Inanspruchnahme des Berechtigten zu berücksichtigen, die ex ante betrachtet bis zur Bilanzerstellung ersichtlich waren²³⁴. Damit können im Nachhinein beachtliche Differenzen zwischen der Höhe der gebildeten Rückstellungen und des tatsächlich eingetretenen Schadenumfanges vorliegen. Es stellt sich hier die Frage, ob mit dem Eintritt eines Schadenfalles, für welchen keine Rückstellung in ausreichender Höhe gebildet worden ist, ein Anspruch aus der Bilanzgarantie abgeleitet werden kann.

Im Sinne der Vertragsauslegung und dem Zweck der Bilanzgarantie entsprechend, ist es geboten, das Bilanzbild als Gesamtheit zu betrachten. Denn der wirtschaftlichen Realität zu entsprechen, soll der Erwerber vor einer Erschütterung seiner wirtschaftlichen Interessen infolge einer unerwarteten und wesentlichen Verschlechterung der wirtschaftlichen Gesamtsituation geschützt werden. Bei einer subjektiven Bilanzgarantie wird dies nur insoweit der Fall sein, wenn aufgrund nicht bilanzierter Umstände der Sorgfaltsmaßstab des Bilanzerstellers verletzt wurde. Es können sich zwar einzelne Teilpositionen als unrichtig erweisen, welche sich aber im Gesamtbild durch positive und negative Effekte wieder ausgleichen. Im Ergebnis und dem Maßstab redlicher Vertragsparteien folgend, ist in erster Linie eine Wertkompensation der unterschiedlichen Bewertungsobjekte – auflösbare vs. nicht gebildete Rückstellungen – zu befürworten.²³⁵

3.3 Forderungsbewertung

§ 206 Abs 1 sowie Abs 2 UGB regeln die Bewertung von Vermögensgegenständen des Umlaufvermögens. Hinsichtlich der erstmaligen Erfassung wird hierbei auf den primären Wertmaßstab der Anschaffungs- und Herstellungskosten gem § 203 Abs 2 bis Abs 4 UGB verwiesen, welche sinngemäß anzuwenden sind. Die Folgebewertung erfolgt nach den Vorschriften des § 207 Abs 1 UGB. Diese Regelung besagt, dass eine Abschreibung der Gegenstände des Umlaufvermögens zwingend auf den niedrigeren Vergleichswert zu erfolgen hat, sofern dieser am Bilanzstichtag unter den Anschaffungs- oder Herstellungskosten bzw. aktuellen Buchwert liegt. Im Gegensatz zum Anlagevermögen ist eine Abschreibung auf den niedrigen Vergleichswert unabhängig von der Dauerhaftigkeit der Wertminderung vorzunehmen (sog.

²³⁴ Schiebel/Altenburger/Rohatschek in Zib/Dellinger, UGB § 198 Rz 150.

²³⁵ Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 414 f.

strenges Niederstwertprinzip).²³⁶ Die unterschiedliche Behandlung ist durch die Zweckbestimmung des Umlaufvermögens begründet, welches naturgemäß nur vorübergehend dem Betrieb dient, sodass im Gegensatz zum Anlagevermögen nicht in absehbarer Zukunft mit einer Wertaufholung gerechnet werden kann.²³⁷ Als maßgebende Vergleichswerte gelten der Börsenkurs oder Marktpreis, können diese nicht festgestellt werden, wird subsidiär der beizuliegende Wert hinzugezogen²³⁸.

Entsprechend der dargestellten Regelungen werden Forderungen des Umlaufvermögens idR mit ihrem Nennbetrag (Anschaffungskosten) eingebucht. Ergibt sich in der Folgebewertung am Bilanzstichtag ein niedrigerer Vergleichswert, ist gemäß dem Grundsatz der Einzelbewertung eine Abschreibung durchzuführen.²³⁹ Bei unverbrieften Forderungen, wie zB aus Lieferungen und Leistungen oder gegenüber Darlehensnehmer sowie aus deliktischen Schadenersatzansprüchen, wo idR kein Markt- oder Börsenpreis besteht, hat der bilanzierende Unternehmer als Vergleichswert den beizuliegenden Wert der Forderung heranzuziehen.²⁴⁰ Neben dem Nennbetrag wird der beizuliegende Wert der Forderung nach dessen Einbringlichkeit und Verzinsung, sowie bei Fremdwährungsforderungen von dessen Wechselkurs am Abschlussstichtag bestimmt.²⁴¹

Eine Beeinträchtigung der Einbringlichkeit liegt dann vor, wenn Forderungen aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht durchsetzbar sind. Im Rahmen der Bewertung sind dabei sämtliche Gegebenheiten, wie Bonitätsverschlechterungen des Schuldners, die gerichtliche bzw. außergerichtliche Feststellung einer Ausgleichsquote im Rahmen von Konkurs- oder Sanierungsverfahren, Verjährungsfristen, eingeschränkte Devisentransferbestimmungen sowie verfügbare Sicherheiten, wie zB Bürgschaften, Pfandsachen und abgeschlossene Forderungsausfallversicherungen, adäquat zu berücksichtigen. Gänzlich oder teilweise uneinbringliche Forderungen sind dabei in Höhe ihres feststehenden Forderungsausfalls abzuschreiben.²⁴² Bestehen hinsichtlich des Forderungseingangs bereits Zweifel, ist der voraussichtliche Forderungsausfall unter Beachtung des strengen Niederstwertprinzips im Rahmen der Einzelwertberich-

²³⁶ Dieter/Hohensinner in Zib/Dellinger, UGB § 207 Rz 6; Konezny in Hirschler, BilR § 207 Rz 5.

²³⁷ Fellingner/Urnik/Urtz in Straube, UGB³ § 207 Rz 3; Walter in Hirschler, BilR § 207 Rz 7.

²³⁸ Dieter/Hohensinner in Zib/Dellinger, UGB § 207 Rz 2; Walter in Hirschler, BilR § 207 Rz 8. Zur Ermittlung des beizuliegenden Wertes, kann an dieser Stelle auf die dargestellten Ausführungen im Bereich des Anlagevermögens verwiesen werden.

²³⁹ Dieter/Hohensinner in Zib/Dellinger, UGB § 207 Rz 61; Doralt in FS Stoll 173.

²⁴⁰ Göth, Bilanzrecht der Kreditinstitute I 354.

²⁴¹ Konezny in Hirschler, BilR § 207 Rz 14; Walter in Hirschler, BilR § 207 Rz 18.

²⁴² Fellingner/Urnik/Urtz in Straube, UGB³ § 207 Rz 15; Walter in Hirschler, BilR § 207 Rz 18; Karrenbauer/Döring/Buchholz in Küting/Pfitzer/Weber, Hdr⁵ § 253 Rz 59.

tigung zu erfassen. Dabei sind zweifelhafte oder sog. dubiose Forderungen mit jenem beizulegenden Wert anzusetzen, welcher wahrscheinlich einbringlich sein wird.²⁴³

Neben den Abschreibungen der uneinbringlichen Forderungen und der Einzelwertberichtigungen sind für die ausstehenden Forderungen in der Bilanz Pauschalwertberichtigungen durchzuführen. Dabei werden Forderungen in Abhängigkeit ihres Dubiosenrisikos zu einzelnen Gruppen zusammengefasst und durch pauschale Abschläge abgewertet.²⁴⁴ Die in die Berechnung der Pauschalwertberichtigung miteinfließenden Risikofaktoren, müssen anhand konkreter und individualisierbarer Indikatoren nachvollziehbar sein. Zulässig ist hierbei die Berücksichtigung des jeweiligen Länder-, Branchenrisikos sowie der Außenstandsdauer, während das allgemeine Konjunktur- und Geschäftsrisiko außer Acht zu bleiben hat.²⁴⁵ Die Grundlage der in Schätzungswege festgelegten Höhe der pauschalen Abschläge wird dabei aus den Erfahrungswerten und Daten der Vergangenheit gewonnen.²⁴⁶

Analog zur Bildung von Rückstellungen, ergibt sich bei der Einzelbewertung von Forderungen wiederum das Resultat, dass bei wertberichtigten Forderungen letztlich doch ein Zahlungseingang eintritt, umgekehrt aber werthaltige und in der Bilanz mit ihrem Nennbetrag aktivierte Forderungen sich im Nachhinein zu Teilen oder im Ganzen als uneinbringlich erweisen. Dem Vertragszweck redlicher Vertragsparteien entsprechend und im Sinne eines angemessen wirtschaftlichen Interessensausgleichs nach ergänzender Vertragsauslegung wird unter Bezugnahme der Bilanzgarantie, wie auch schon bei den Rückstellungen, eine wechselseitige Gegenverrechnung der einzelnen Forderungsposten grundsätzlich als angebracht zu betrachten sein.²⁴⁷

Anders als im vorgenannten Grundfall ist die Handhabung der Bilanzgarantie dann zu beurteilen, wenn die in den wertberichtigten Forderungen und hinterlegten Rückstellungen allenfalls gelegenen stillen Reserven in den Vertragsverhandlungen explizit erörtert wurden und als Bestandteil in die Kaufpreisallokation eingingen. In diesem Fall wäre eine wechselseitige Verrechnung der offengelegten stillen Reserven nicht von den Vorstellungen der Parteien

²⁴³ *Adler/Düring/Schmaltz*, RLG⁶ § 253 Rz 531; *Bertl/Deutsch/Hirschler*, Buchhaltungs- und Bilanzierungshandbuch⁶ 443.

²⁴⁴ *Adler/Düring/Schmaltz*, RLG⁶ § 253 Rz 533; *Bertl/Deutsch/Hirschler*, Buchhaltungs- und Bilanzierungshandbuch⁶ 445; *Göth*, Bilanzrecht der Kreditinstitute I 355 ff.

²⁴⁵ *Bertl/Fraberger*, RWZ 1996, 368; *Fellinger/Urnik/Urtz* in *Straube*, UGB³ § 207 Rz 15; *Walter* in *Hirschler*, BilR § 207 Rz 18.

²⁴⁶ *Bertl/Deutsch/Hirschler*, Buchhaltungs- und Bilanzierungshandbuch⁶ 445; *Dieter/Hohensinner* in *Zib/Dellinger*, UGB § 207 Rz 68.

²⁴⁷ *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 416.

getragen, die zur Festlegung des Vertragsinhalts beitragen.²⁴⁸ Neben dem betragsmäßigen Ausgleich der offen ausgewiesenen Positionen per se ist, mit Blick auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens, auch auf einen gleichwertigen qualitätsmäßigen Ausgleich der mit der Verrechnung verbundenen Vor- und Nachteile Bedacht zu nehmen. Demnach können stille Lasten, welche im kurzfristigen Bereich die Finanz- bzw. Ertragslage des Unternehmens bedrohen, nicht mit den stillen Reserven des langfristig gebundenen Vermögensbereichs aufgewogen werden.²⁴⁹

Darüber hinaus ist zu hinterfragen, ob die aufgezeigten Verrechnungsmöglichkeiten auch zu Gunsten des Verkäufers der Unternehmensanteile auszulegen sind, um einen etwaigen Anspruch auf Erhöhung des Kaufpreises zu erwirken, wenn sich die bilanziell getroffenen Vorsorgen (Rückstellungen, Wertberichtigungen) aufgrund des Vorsichtsprinzips als überhöht erweisen. In Anlehnung an eine Präzedenzentscheidung des OGH in Zusammenhang mit Zinsanpassungsklauseln bei Kreditverträgen²⁵⁰, welche neben der Berechtigung auf Zinserhöhung dem Kreditgeber auch eine Zinssenkung auferlegt, sofern diese durch die preisrelevanten Indikatoren begründet ist, könnte der Verkäufer der Anteile argumentieren, dass die dargestellte Konstellation auch auf die Bilanzgarantie umzulegen ist. Dieser Argumentation folgend, muss jedoch einschränkend festgehalten werden, dass bei der Vereinbarung eines Fixpreises, ohne die Auferlegung einer sog. Besserungsvereinbarung oder einer variablen Kaufpreisklausel²⁵¹, welche bei M&A Transaktionen durchaus üblich sind, im Sinne einer Vertragslücke kein unvorhersehbarer bzw. nicht bedachter Problemfall vorliegt, welcher durch die ergänzende Vertragsauslegung zu lösen ist, wodurch keine begründeten Ansprüche auf eine Kaufpreiserhöhung zu Lasten des Käufers zu erschließen wären.²⁵²

Letztlich existieren sehr wohl Fallgruppen, welche durch den Eintritt unvorhersehbarer Änderungen der Gegebenheiten die nunmehrige Lage der Vertragsparteien als untragbar erscheinen lassen, sodass der Sachverhalt über die richterliche Vertragskorrektur im Wege ergänzender Vertragsauslegung oder subsidiär über Wegfall der Geschäftsgrundlage zu klären ist.²⁵³ Zu denken ist hier an nicht bilanzierte Schadenersatzansprüche gegenüber dem Verkäufer als Organmitglied sowie Rückforderungsansprüche aus verdeckter Gewinnausschüttung und ver-

²⁴⁸ Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 416 f.

²⁴⁹ Nowotny/Gelter, GesRZ 2000, 68 f.

²⁵⁰ OGH 10 Ob 125/05p JBl 2007, 56.

²⁵¹ Zur Ausgestaltung von Kaufpreisklauseln siehe nächsten Themenabschnitt.

²⁵² Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 417 f.

²⁵³ Karollus, AnwBl 1996, 824; Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 418.

botener Einlagenrückgewähr²⁵⁴, die vom Erwerber der Unternehmensanteile nachträglich geltend gemacht werden. Die spätere unvorhergesehene, zum Teil auch oft gesetzlich unverzichtbare Geltendmachung,²⁵⁵ jener nicht in die Kaufpreisberechnung eingeflossenen Ansprüche würde, aufgrund der unmittelbaren Belastung auf der Verkäuferseite einerseits und durch die mittelbare Bereicherung der neuen Eigentümer andererseits, zur Inäquivalenz der im vorhinein von den Parteien geschlossenen Vereinbarung führen, sodass in solchen Ausnahmefällen im Wege ergänzender Vertragsauslegung auch Ansprüche des Verkäufers auf eine Kaufpreisanhebung zu gestatten sein werden.²⁵⁶

3.4 Ziele und Zweck von Kaufpreisklauseln

Ausgangspunkt und Abgrenzung jeglicher Überlegungen der Kaufpreisanpassung stellt der zeitliche Ablauf des M&A Transaktionsprozesses dar, bei dem einerseits der Zeitpunkt des Abschlusses des schuldrechtlichen Geschäfts – die Unterzeichnung des Kaufvertrages (signing) – und andererseits der dingliche Vollzug des Vertrages (closing) maßgebend sind.²⁵⁷ Bis zur endgültigen Erfüllung sämtlicher Vollzugsbedingungen (closing conditions) sind je nach Komplexität der Transaktion ua Gremiumsvorbehalte auszuräumen, Verzichtserklärungen von Rücktrittsrechten bestehender Vertragsverhältnisse (change of control) einzuholen, die Sicherstellung einer wirtschaftlich angemessenen Abfindung beim aktienrechtlichen squeeze-out zu gewährleisten sowie insbesondere die Bewilligung der zuständigen Kartellbehörden abzuwarten, sodass der Zeitraum zwischen signing und closing sich idR über mehrere Monate erstrecken kann.²⁵⁸

Da beim anmeldungspflichtigen Zusammenschluss bis zur Freigabe der Bundeswettbewerbsbehörden ein Vollzugsverbot besteht,²⁵⁹ wird in der Übergangszeit das Zielunternehmen weiterhin vom Verkäufer geführt, sodass sämtliche positive als auch negative Änderungen hinsichtlich des wirtschaftlichen Erfolgs sowie der Zusammensetzung des Vermögens und Schulden das Zielobjekt betreffen.²⁶⁰ Die Kaufpreisanpassung dient dabei als wirtschaftlicher Wertausgleich der mit dem Zielunternehmen verbundenen Veränderung des Chancen- und Risiko-

²⁵⁴ Zu Einzelfällen der verbotenen Einlagerückgewähr siehe *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG, 123 ff.

²⁵⁵ Vgl. §§ 82 und 83 GmbHG; sowie §§ 56 und 84 AktG.

²⁵⁶ *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence²419.

²⁵⁷ *Gruhn* in *Lucks*, M&A Projekte erfolgreich führen 274.

²⁵⁸ *Lappe/Schmitt*, DB 2007, 153; *Thun* in *Lucks*, M&A Projekte erfolgreich führen 270.

²⁵⁹ Vgl. §§ 7 und 17 KartG.

²⁶⁰ *Reich/Schimmer/Gjukez*, M&A Review 2012, 358 f.

profils zum Zeitpunkt des Übergangs der Verfügungsmacht. Darüber hinaus soll auch der Zustand bestimmter Erfolgspotenziale (zB die Ausstattung einer notwendigen Infrastruktur), wie auch der Wert des Reinvermögens (zB die Werthaltigkeit von Vermögensgegenständen, ausreichende Berücksichtigung von Verbindlichkeiten), über den Kaufpreismechanismus sichergestellt werden.²⁶¹

3.4.1 Variable Kaufpreisanpassung – completion accounts

Bei der completion accounts Methode wird auf Basis des letzten verfügbaren Jahres- bzw. Zwischenabschlusses ein vorläufiger Kaufpreis vereinbart, welcher mit dem dazugehörigen Anpassungsmechanismus im Kaufvertrag aufgenommen wird. Die maßgebende Stichtagsbilanz sog. completion accounts zur Bestimmung des finalen Kaufpreises wird idR nach dem closing erstellt und bezieht sich dabei rückwirkend auf den Tag des closings oder auf einen anderen unmittelbar davor liegenden Stichtag sog. effective date. In Höhe der Abweichung des ursprünglichen Referenzabschlusses von der maßgebenden Stichtagsbilanz wird der endgültige Kaufpreis adjustiert.²⁶²

Im Kaufvertrag sollte der Verantwortungsbereich der zur Erstellung der completion accounts bevollmächtigten Partei sowie der Einflussbereich samt zugänglicher Kontrollrechte der Gegenpartei ausführlich beschrieben werden. Der Ersteller der Abrechnungsbilanz verfügt hierbei über den Vorteil, die im Rahmen der Bilanzierungsgrundsätze einhergehenden Ermessensspielräume zu seinen Gunsten beeinflussen zu können. Um die Spannungsbreite der verschiedenen Bewertungsansätze zu begrenzen, ist es unerlässlich, ausgehend von den Unternehmen anzuwendenden Rechnungslegungsnormen (zB UGB, IFRS, US GAAP) detaillierte Regelungen über Bilanzierungs- und Bewertungsverfahren für die Erstellung der completion accounts zu definieren.²⁶³

Um eine analoge Vergleichbarkeit der im Due Dilligence Prozess gewonnen Erkenntnisse des Käufers zum künftigen Übergangsstichtag zu ermöglichen, muss die kontinuierliche Anwendung der bisherigen Bewertungs- und Bilanzierungspraxis sichergestellt werden.²⁶⁴ Die Würdigung kaufpreisrelevanter Sachverhalte lässt sich durch vertragliche Vereinbarungen spezifi-

²⁶¹ Kammerlander in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 839 f; *Mittermair/Pichler in Mittendorfer*, Unternehmenskauf in der Praxis 273 f.

²⁶² *Lappe/Schmitt*, DB 2007, 153; *Moser in Berens et al*, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 365 f; *Rehbein et al*, M&A Review 2013, 439; *Weißhaupt*, BB 2013, 2948.

²⁶³ *Mittermair/Pichler in Mittendorfer*, Unternehmenskauf in der Praxis 277.

²⁶⁴ *Haarbeck/König in Berens et al*, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 185 ff; *Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 840 f; *Mittermair/Pichler in Mittendorfer*, Unternehmenskauf in der Praxis 277.

scher Bewertungsvorschriften und Normen erreichen. Insbesondere mit absoluten Formulierungen in Bereichen der Wertberichtigung von Forderungen (zB 30 % der Forderungshöhe sind innerhalb von zwei Monaten einbringlich), der Bewertung von Vorräten (Erfassung des mengenmäßigen Bestands sowie wertmäßige Anordnung der geleisteten Anzahlungen auf Vorratsbestellungen) und Rückstellungen (Abrede eines bestimmten Diskontierungsfaktors für Pensionsverpflichtungen, Verständigung einer prozentuellen Abweichungstoleranz bei sonstigen kurzfristigen Verpflichtungen) lassen sich Ermessensentscheidungen und Bewertungsspielräume eingrenzen.²⁶⁵

Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit kann im Kaufvertrag die Prüfung der Stichtagsbilanz durch einen unabhängigen Dritten (zB Wirtschaftsprüfer) veranlasst werden, oder im Falle divergierender Auffassung über die vertragskonforme Überleitung des finalen Kaufpreises ein Schiedsgerichtverfahren vorgesehen werden.²⁶⁶

3.4.2 Debt free / cash free Mechanismus

Die Anwendung des debt free / cash free Mechanismus leitet sich aus der Bewertung des Zielunternehmens ab. Nach dem Discounted Cashflow Verfahren wird der Unternehmenswert (enterprise value) auf Basis der abgezinsten künftig erzielbaren Zahlungsmittelüberschüsse bestimmt, die sowohl den Fremdkapitalgebern (Anleihegläubiger, Kreditinstitute) als auch Eigenkapitalgebern (Gesellschaftern) zustehen. Um zu dem für die Kaufpreisvereinbarung relevanten Eigenkapitalwert der Geschäftsanteile (equity value) zu gelangen, werden im zweiten Berechnungsschritt die Nettofinanzschulden der Saldo aus Finanzschulden und (nicht betriebsnotwendigen) liquiden Mittel vom enterprise value abgezogen.²⁶⁷

Das debt free/cash free Konzept fußt dabei auf dem Kerngedanken, dass der Basiskaufpreis jenen Wert eines unverschuldeten Unternehmens reflektiert. Dabei wird von der Annahme ausgegangen, dass das Zielunternehmen weder Fremdverbindlichkeiten noch nicht betriebsnotwendige Liquidität aufweist und somit völlig unabhängig von der jeweiligen Finanzierungsstruktur vom Erwerber übernommen werden kann.²⁶⁸

²⁶⁵ Gruhn in Lucks, M&A Projekte erfolgreich führen 274; Haarbeck/König in Berens et al, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 186 ff.

²⁶⁶ Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Hb M&A 842.

²⁶⁷ Gruhn in Lucks, M&A Projekte erfolgreich führen 275; Schrader in Eilers/Koffka/Mackensen, Private Equity² 59; Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Hb M&A 844.

²⁶⁸ Bruski, BB 2005, 24; Moser in Berens et al, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 369; Schrader in Eilers/Koffka/Mackensen, Private Equity² 59.

Da der Bestand der liquiden Mittel und Verbindlichkeiten im Zeitablauf zwischen signing und closing Schwankungen unterliegt, orientiert sich der endgültig zu zahlende Kaufpreis an der Höhe der Nettofinanzverschuldung zum closing Stichtag. Je nach Abweichung zum ursprünglich festgelegten Referenzwert kommt es zu entsprechenden Ausgleichszahlungen. So erhöht sich der Kaufpreis bei einem Mehrbestand liquider Mittel gegenüber Fremdverbindlichkeiten zum Übergangsstichtag, übersteigen hingegen die Barmittel die Finanzschulden, führt dies zu einer entsprechenden Kaufpreisminderung.²⁶⁹

Das Prinzip der Überleitung von enterprise (entity)-value zum equity value ist in der Unternehmensbewertung weit verbreitet und grundsätzlich akzeptiert. Gestaltungsprobleme ergeben sich bei der Anwendung der cash/debt free Klausel in der Definition und Abgrenzung der Nettofinanzverbindlichkeiten. Da die Klausel keine eigenständige rechtliche Bedeutung innehat kommt der sorgfältigen und präzisen Formulierung der Größen Schulden (debt) und Barmittel (cash) eine zentrale Rolle im Kaufvertrag zu.²⁷⁰

In der Kaufpreisdiskussion stehen sich dabei die unterschiedlichen Vorstellungen der Vertragsparteien gegenüber. Während der Käufer bestrebt sein wird, den Begriff der Nettofinanzschulden möglichst weit zu fassen, um dadurch den Kaufpreis zu minimieren, hat der Verkäufer ein Interesse daran, den Abzugsposten Nettoverbindlichkeiten eng zu fassen, um einen möglichst hohen Kaufpreis zu realisieren. Neben den konträren Zielsetzungen der Kaufpreishöhe müssen sich die Vertragsparteien bewusst sein, dass die theoretische Definition der Nettofinanzverbindlichkeiten maßgebend von der zugrunde gelegten Bewertungsmethode und der angewandten Rechnungslegungsnorm des Zielunternehmens bestimmt wird. So fließt die Veränderung eines Bilanzpostens, bei konsistenter Anwendung der cash/debt free Klausel, bereits implizit ins Bewertungsmodell (DCF-Verfahren) mit ein oder wird explizit im net debt berücksichtigt.²⁷¹

Welche Positionen in die Endabrechnung des net debt einbezogen werden, ist letztlich Verhandlungssache der Parteien. Grundsätzlich unbestritten wird der Ansatz zinstragender Verbindlichkeiten sein. Darunter werden sämtliche finanzielle Verbindlichkeiten der Zielgesellschaft gegenüber Kreditinstituten, Gesellschaftern, Unternehmen im Konzernverbund, Anlei-

²⁶⁹ *Lappe/Schmitt*, DB 2007, 156; *Schüppen*, BFuP 2010, 415; *Reich-Rohrwig* in *Lang/Weinzierl*, FS Rödler 774.

²⁷⁰ *Kammerlander* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 844; *Rehbein* et al, M&A Review 2013, 442.

²⁷¹ *Haarbeck/König* in *Berens* et al, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 187; *Mittermair/Pichler* in *Mittendorfer*, Unternehmenskauf in der Praxis 281 f, *Reich/Schimmer/Gjukez*, M&A Review 2012, 358.

hengläubiger sowie sonstiger Darlehensgeber subsumiert²⁷², soweit sie nicht auf Lieferungen und Leistungen beruhen.²⁷³

Abstand zu nehmen ist von allgemein gehaltenen Formulierungen sowie einer generellen Anlehnung an die Gliederungszuordnung der Bilanz. Eine derartige Vorgehensweise birgt das Risiko in sich, dass spätestens nach Vertragsabschluss gravierende Missverständnisse über die tatsächlichen kaufpreisrelevanten Faktoren zu tragen kommen können. Dabei geht es vor allem um Sachverhaltsgestaltungen, die entweder in unüblicher Form Zahlungsmittelzuflüsse generieren oder Fremdverbindlichkeiten generieren, sprich somit einer Fremdfinanzierung gleichkommen, welche aber in der Bilanz nicht oder nur unzureichend abgegolten werden.²⁷⁴

Typische außerbilanzielle Fremdverbindlichkeiten stellen die Forderungsabtretung durch Factoring sowie Leasingverhältnisse im Rahmen von operating leasing und sale and lease back Transaktionen dar. Beim sog. unechten Factoring verbleibt das Ausfallrisiko beim Zielunternehmen, welches mit einer künftigen Zahlungsverpflichtung des Erwerbers korrespondiert. Bei sale and lease back Transaktionen werden zuerst durch den Verkauf von Vermögensgegenständen hohe Cashbestände generiert, deren künftige Abflüsse für die Leasingraten, wie beim operating leasing, mangels Passivierung einer Verbindlichkeit, als Aufwand verbucht werden.²⁷⁵ Als alternative außerbilanzielle Posten der Fremdverbindlichkeiten können, aufgrund ihrer möglichen Inanspruchnahme, Bürgschaften sowie negative Salden von Derivaten im Hedging Bereich zur Absicherung zinstragender Verbindlichkeiten genannt werden.²⁷⁶

Eine faktische Fremdfinanzierung wird überfälligen und ungewöhnlich lang gestundeten Lieferverbindlichkeiten beigemessen, da hier wirtschaftlich betrachtet eine Kreditfinanzierung substituiert wird.²⁷⁷ Pensionsrückstellungen nehmen anhand der beinhalteten Diskontierungskomponente einen hohen ökonomischen Stellenwert bei der Kaufpreisvereinbarung ein. In Abhängigkeit von der Konsistenz des Bewertungsmodells wird entweder die zum Stichtag tatsächliche Höhe des Gegenwertes der übernommenen Verpflichtung als Finanzverbindlich-

²⁷² Mittermair/Pichler in *Mittendorfer*, Unternehmenskauf in der Praxis 280; Reich/Schimmer/Gjukez, M&A Review 2012, 358. Eine detaillierte Auflistung der einzubeziehenden Positionen vgl. auch in *Bruski*, BB 2005, 25; sowie Kammerlander in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 844 f.

²⁷³ Die Herausnahme der Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen und ggf. auch Rückstellungen aus den Finanzverbindlichkeiten, wird damit begründet, dass diese Positionen idR auch bei einem rein eigenkapitalfinanzierten Unternehmen stets vorzufinden sind und somit keine Umschuldung idS des *cash/debt free* Konzeptes erfolgen kann. (Moser in *Berens et al*, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 368).

²⁷⁴ Braunschweig, DB 2002, 1816; *Bruski*, BB 2005, 25.

²⁷⁵ Hilgard, DB 2007, 561; Moser in *Berens et al*, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 370.

²⁷⁶ Kammerlander in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 845; Mittermair/Pichler in *Mittendorfer*, Unternehmenskauf in der Praxis 280 f.

²⁷⁷ Hilgard, DB 2007, 560.

keit zum Abzug gebracht oder lediglich die Höhe der Unterdeckung der bilanzierten Zusage.²⁷⁸

Häufiger Streitpunkt bei Kaufpreisanpassungsregeln ist die Behandlung von Gewinnausschüttungen an den Verkäufer, die zu einem Liquiditätsabfluss nach dem Übergabestichtag führen. Hierbei ist insofern klarzustellen, inwieweit die korrespondierenden Verbindlichkeiten bzw. Rückstellungen (Gewinnbezugsrechte, Dividenden, Kapitalertragssteuer) des Stichtagsabschlusses im Rahmen der Nettofinanzverbindlichkeiten kaufpreismindernd berücksichtigt werden. Aus Käufersicht kann verankert werden, dass Gewinne des Vorjahres nur insoweit an den Verkäufer ausgeschüttet werden dürfen, als dies aus zum Stichtag verfügbaren Bankguthaben möglich ist.²⁷⁹

Unter der Fiktion eines unverschuldeten Unternehmens dient das Barvermögen zur Rückführung von Finanzverbindlichkeiten. Neben der engen Fassung der Barmittel, bestehend aus Kassabestand, Guthaben bei Kreditinstituten und Schecks, werden üblicherweise kurzfristig liquidierbare Aktiva (zB Wertpapiere) und zinstragende Forderungen (zB Mitarbeiterdarlehen) als Teil der liquiden Mittel angesehen.²⁸⁰

Der Verkäufer wird bestrebt sein, nicht betriebsnotwendigen Aktiva (zB Liegenschaften) und erhaltenen Vorauszahlungen von Kunden in den passiven Rechnungsabgrenzungsposten kaufpreiserhöhend Rechnung zu tragen. Dem gegenüber wird der Käufer für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes eine erforderliche Mindestliquidität für sich beanspruchen.²⁸¹ Zudem ist zu beachten, dass Teile des Barvermögens, sog. trapped cash, nicht frei zur Verfügung stehen. Einschränkungen ergeben sich aus bilanzrechtlichen Ausschüttungsbeschränkungen bei Beteiligungsunternehmen, Forderungen aus Gewinnabführungsverträgen und dem Konzernverbund zurechnenden Minderheitenanteilen der liquiden Mittel.²⁸²

Die aufgezeigten Fallgestaltungen verdeutlichen, dass für den Verkäufer vielfältige Möglichkeiten bestehen, den Stand der definierten Nettoschulden entsprechend zu beeinflussen, um zum Zeitpunkt der Übergabe einen möglichst hohen Kaufpreis zu generieren. Um derartigen

²⁷⁸ Moser in Berens et al, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 370 f; Rehbein et al, M&A Review 2013, 439.

²⁷⁹ Braunschweig, DB 2002, 1817; Bruski, BB 2005, 27.

²⁸⁰ Mittermair/Pichler in Mittendorfer, Unternehmenskauf in der Praxis 281; Moser in Berens et al, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 369.

²⁸¹ Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch M&A 845.

²⁸² Haarbeck/König in Berens et al, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 181.

Gestaltungen entgegenzuwirken, wird in der Vertragspraxis die net debt Klausel typischerweise mit einem working capital Ausgleichsmechanismus ergänzt.²⁸³

3.4.3 Net debt inklusive working capital Mechanismus

Im Gegensatz zum cash/debt free Mechanismus leitet sich die working capital Klausel nicht unmittelbar aus der Bewertungsmethode des Zielunternehmens ab. Sie entspringt aus dem Absicherungsgedanken des Käufers, nach der Übernahme des Zielunternehmens über ein ausreichendes Nettoumlaufvermögen zu verfügen, um nach seinen Erwartungen die Fortführung des Geschäftes weiter betreiben zu können.²⁸⁴

Zudem wirkt die Berücksichtigung des working capital als Korrektiv bewusster Steuerungsmöglichkeiten des Verkäufers entgegen, welche zu Lasten des Nettoumlaufvermögens die Nettofinanzposition des net debt der Zielgesellschaft optimieren, um durch die cash/debt free Klausel einen höheren Kaufpreis zu erzielen.²⁸⁵

Der Funktionsweise zu Folge agiert jede Veränderung des net debt spiegelbildlich mit der Entwicklung des working capital als gleichsam kommunizierendes Gefäß. Dabei führt jede im Interesse des Verkäufers liegende Verringerung der Nettoschulden zu einer korrespondierenden Verringerung des working capitals, sodass sämtliche Maßnahmen des Verkäufers, wie bspw. das Hinauszögern der Bezahlung von Rechnungen, das beschleunigte Eintreiben von Forderungen durch Factoring, der Abschluss unüblicher Vorauszahlungsvereinbarungen mit Kunden sowie das Unterlassen von Vorratsbestellungen zur kaufpreiswirksamen Einflussnahme, ins Leere gehen.²⁸⁶

Der Terminus working capital kann als jener Überschuss des Umlaufvermögens über die kurzfristigen Verbindlichkeiten bezeichnet werden, welcher im Beschaffungs-, Produktions- und Absatzprozess erwirtschaftet wird. Die Abgrenzung der einzelnen Parteien obliegt dabei den Vertragsparteien. Tendenziell wird der Käufer eine weite Definition des working capital bevorzugen, um damit weite Teile der Bilanz abzusichern, während der Verkäufer eine enge Definition befürwortet wird.²⁸⁷

²⁸³ Reich-Rohrwig in Lang/Weinzierl, FS Rödler 776; Schüppen, BFuP 2010, 416.

²⁸⁴ Moser in Berens et al, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 373; Schrader in Eilers/Koffka/Mackensen, Private Equity² 59.

²⁸⁵ Reich/Schimmer/Gjukez, M&A Review 2012, 363.

²⁸⁶ Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Hb M&A 849; Picot in ders, Hb M&A⁵ 310.

²⁸⁷ Haarbeck/König in Berens et al, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 189.

Im Sinne eines konsistenten Anpassungsmechanismus sind Bilanzpositionen, die bereits in der net debt Definition enthalten sind, aus dem working capital auszuschneiden, da es ansonsten zu einer doppelten Erfassung der Positionen kommen würde.²⁸⁸ Technisch kann bei der Anpassung des Kaufpreises als Zielgröße ein fixer Referenzwert vereinbart werden. Sofern das working capital im Verlauf des Geschäftsjahres saisonalen Schwankungen unterliegt, wird die Vereinbarung eines historischen Durchschnittswertes empfohlen. Alternativ können auch erwartete working capital Zielgrößen für verschiedene in Betracht kommende Stichtage vereinbart werden oder auf einen Korridor als Referenzwert abgestellt werden.²⁸⁹

Das debt free/cash free und working capital Verfahren bieten für Käufer und Verkäufer große Gestaltungsfreiräume, die beträchtliche Konflikte auslösen können, wenn sich im Vertragsbündel des Anpassungsmechanismus Möglichkeiten ergeben, ungerechtfertigte Kaufpreisoptimierungen vorzunehmen.²⁹⁰ Im Vordergrund des Käufers stehen dabei insbesondere cash neutrale Verminderungen des working capitals, wie bspw. der Ansatz zusätzlicher Forderungsabwertung oder erhöhter Rückstellungsbeträge, welche aber in weiterer Folge zu keiner Mehrbelastung des künftigen Finanzierungsbedarfs des working capitals führen. Auf der Verkäuferseite ist das Unterlassen betriebsnotwendiger Investitionen, das Hinauszögern üblicher Wartungen und Reparaturen sowie Veräußerungen des Anlagevermögens zu nennen.²⁹¹

Werden die Regelungen des Ausgleichsmechanismus unter hohem Zeitdruck verhandelt, so werden oft aus Komplexitätsgründen nicht alle erforderlichen Bilanzpositionen einbezogen. Werden die sonstigen Verbindlichkeiten oder kurzfristigen Rückstellungen beim working capital nicht berücksichtigt, führt dies zu einer Durchbrechung des geschlossenen Systems der kommunizierenden Gefäße von working capital und net debt, welche wiederum das Risiko von Malversationen deutlich erhöht.²⁹²

Empfehlenswert ist somit für beide Seiten eine intensive Auseinandersetzung mit dem Jahresabschluss, um ein breites Verständnis für die aus den Bilanzpositionen resultierenden Zahlungsmittelzuflüsse zu gewinnen. Unweigerlich ist dabei auch eine umfassende Analyse des

²⁸⁸ *Mittermair/Pichler in Mittendorfer, Unternehmenskauf in der Praxis* 286 f.

²⁸⁹ *Schrader in Eilers/Koffka/Mackensen, Private Equity*² 61.

²⁹⁰ *Reich-Rohrwig in Lang/Weinzierl, FS Rödler* 776.

²⁹¹ *Bruski, BB* 2005, 26; *Hilgard, DB* 2007, 561; *Mittermair/Pichler in Mittendorfer, Unternehmenskauf in der Praxis* 292.

²⁹² *Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Hb M&A* 850.

Kaufpreismechanismus nötig, um sämtliche kaufpreisrelevanten Aspekte und denkbaren Auswirkungen ausreichend zu würdigen.²⁹³

Vereinfachend kann eine Erweiterung des Anpassungsmechanismus nach dem Net Assets Verfahren durchgeführt werden, bei welchen die Veränderungen aller Posten der Aktiva und Passiva kaufpreiswirksam berücksichtigt werden.²⁹⁴

3.4.4 Net assets – Eigenkapitalmechanismus

Da nach dem net assets-Verfahren alle Bilanzpositionen vom Anpassungsmechanismus umfasst werden, entspricht dies de facto einer Eigenkapitalgarantie, bei dem der Verkäufer eine bestimmte Höhe des bilanziellen Eigenkapitals zum Übergabestichtag zusichert. Die Kaufpreisanpassung nach Maßgabe der Veränderung des Eigenkapitals als Saldogröße hat den Vorteil, dass sich die Vertragsparteien langwierige Verhandlungen über Zuordnungs- und Ausweisfragen ersparen, da typische manipulative Steuerungsmöglichkeiten durch die selektive Auswahl einzelner Bilanzpositionen im Rahmen der cash/debt free bzw. working capital Klausel ausgeschlossen werden.²⁹⁵

Auf der anderen Seite steht der Nachteil gegenüber, dass das bilanzielle Eigenkapital nicht im Einklang mit den gängigen cashflowbasierten Unternehmensbewertungsverfahren steht und dass die rechnungslegungsrechtlichen Einschränkungen der allgemeinen Bilanzgarantie sinngemäß auch auf die Eigenkapitalgarantie durchschlagen.²⁹⁶ Selbstredend ist auch, dass bei einer reinen Zusicherung des buchmäßigen Eigenkapitals die Veränderung von stillen Reserven und eines etwaigen Firmenwertes grundsätzlich nicht abgesichert werden können. Um eine resultierende Doppelzählung durch die Aufdeckung von stillen Reserven²⁹⁷ in der Abrechnungsbilanz zu vermeiden, sollten die als Ergebnis der Unternehmensbewertung vorliegenden stillen Reserven inklusive des Firmenwerts im Rahmen der Verhandlung zur endgültigen Kaufpreisfindung durch einen fix festgelegten Betrag abgegolten werden.²⁹⁸

²⁹³ Kammerlander in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 851.

²⁹⁴ Mittermair/Pichler in *Mittendorfer*, Unternehmenskauf in der Praxis 292.

²⁹⁵ Karollus-Bruner, *ecolex* 2007, 826; Reich/Schimmer/Gjukez, *M&A Review* 2012, 364.

²⁹⁶ Reich/Schimmer/Gjukez, *M&A Review* 2012, 364; Schüppen, *BFuP* 2010, 416 f.

²⁹⁷ Wie die Veräußerung von Aktivposten, die Auflösung kurzfristiger Rückstellungen, die Ausgliederung von Betriebsteilen oder Beteiligungen in eine Tochtergesellschaft unter Ansatz des beizuliegenden Wertes nach § 202 Abs 1 UGB, sowie die nicht entgeltlich erworbenen immateriellen Vermögensgegenstände. (Flener in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 607; Kammerlander in *ders*, 843).

²⁹⁸ Hofmann/Nowotny, *GesRZ* 2009, 128; Nowotny/Gelter, *GesRZ* 2000, 70.

Beim Rückgriff auf die gesetzliche Definition des Eigenkapitals nach § 224 Abs 3 UGB sind die offen abgesetzten ausstehenden Einlagen (§ 229 Abs 1 UGB), Rücklagen für Anteile an Mutterunternehmen (§ 225 Abs 5 UGB), sowie die dem Verkäufer noch zustehenden Gewinnausschüttungen in Abzug zu bringen.²⁹⁹ Letztlich darf der Eigenkapitalgarantie keine „catch-all“ Funktion beigemessen werden, da sie auch nur jene Umstände erfasst, welche bis zum maßgebenden Stichtag in einem Jahres- oder Zwischenabschluss ersichtlich sind und sonstige Faktoren wie die Verschlechterung der Marktposition oder Veränderungen des Kundenstammes unberücksichtigt bleiben.³⁰⁰

Als variable Kaufpreiskomponente, deren Kaufpreishöhe nach dem Übergangsstichtag ganz oder teilweise von zukünftigen Entwicklungen und Ereignissen des Zielunternehmens abhängig gemacht wird, kann an dieser Stelle auf die Earn Out Klausel verwiesen werden. Als Parameter kommen sowohl finanzwirtschaftliche Erfolgsgrößen wie Umsatz, EBIT, EBITA oder Deckungsbeitrag als auch operative Zielgrößen, wie die Erreichung bestimmter Meilensteine im Rahmen der Produktentwicklung, die Gewährung von Genehmigungen, die Akquirierung eines Großauftrags, die Gewinnung einer bestimmten Kundenanzahl bzw. Marktanteilen, in Betracht.³⁰¹

3.4.5 Fixe Kaufpreisabrechnung – locked box Mechanismus

Die Notwendigkeit der Erstellung und die anschließende Prüfung der Stichtagsbilanz der vorstehend dargestellten Preisanpassungsklauseln sind mit erheblichem Ressourcenaufwand verbunden. Nicht selten führen die komplexen Regelungen mitunter zu streitfälligen Diskussionen, die trotz Vereinbarung von Schiedsgerichtsverfahren zu langwierigen Auseinandersetzungen zwischen Käufer und Verkäufer führen können.³⁰²

Vor diesem Hintergrund bietet der sog. locked box Mechanismus die Möglichkeit an die Transaktion ohne jeglichen Abgleich der Finanzpositionen und daraus resultierenden Ausgleichzahlungen tatsächlich zum closing Zeitpunkt abzuschließen. Beim Locked Box Verfah-

²⁹⁹ Karollus-Bruner, *ecolex* 2007, 826; Nowotny/Gelter, *GesRZ* 2000, 70.

³⁰⁰ Flener in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 607.

³⁰¹ Zur Funktionsweise und Ausgestaltung von Earn Out Klauseln vgl. ua ausführlich *Baums*, Ergebnisabhängige Preisvereinbarungen in Unternehmenskaufverträgen („earn outs“), *DB* 1993, 1273 ff; *Becker*, Earn Out Klauseln – Aufgaben, Funktionsmechanismen, Risiken Anwendungsbereiche, in *Forum M & A* 2012, 221 ff; *Borowicz*, Earn-Out: Grundgedanke, Ausgestaltung und Einbettung in die Transaktion, *Corporate Finance* 2014, 429 ff; *Hilgard*, Earn-Out-Klauseln beim Unternehmenskauf, *BB* 2010, 2912 ff; *Reich-Rohrwig*, M&A: Auslegung von Kaufpreisanpassungs-, Earn-Out und Besserungsklauseln, in *FS für Friedrich Rödler*, 763 ff.

³⁰² *Schrader* in *Eilers/Koffka/Mackensen*, *Private Equity*² 63; *Schüppen*, *BFuP* 2010, 417.

ren wird vor Vertragsunterzeichnung ein fixer Kaufpreis auf Basis der vorliegenden Referenzbilanz ermittelt, welcher zum closing im vollen Umfang bezahlt wird.³⁰³ Sämtliche Überlegungen des zu zahlenden Kaufpreises für das erworbene Eigenkapital (equity value), die ansonsten im Rahmen der completion accounts erfolgen, wie etwa die Überleitung der Nettofinanzschulden und die Bestimmung des durchschnittlichen working capitals, werden anhand des historischen vorhandenen Zahlenmaterials bereits in den Festpreis eingerechnet.³⁰⁴

Durch den Wegfall von nachträglichen Anpassungsmöglichkeiten kommt es zum Unterschied zur completion account Methode zu keiner wirtschaftlichen Risikoverteilung im Übergangszeitpunkt. Kennzeichnend ist dabei die Vorverlagerung der wirtschaftlichen Wertänderungsrisiken und -chancen, die bereits ab dem locked box date (Referenzstichtag) auf den Käufer übergehen. Im Gegenzug gewährt der Fixpreismechanismus dem Verkäufer, einerseits unabhängig von der Veränderung der Vermögenslage und andererseits ohne interessensgeleitete Bilanzierung des Käufers den festgelegten Kaufpreis am closing Stichtag zu vereinnehmen. Umgekehrt, ist der Käufer durch die Trennung des wirtschaftlichen Übergangszeitpunktes und des tatsächlichen Überganges dem Verhaltensrisiko des Verkäufers ausgesetzt.³⁰⁵

In Hinblick auf die finanzielle Absicherung des Käufers zum closing ist durch vertragliche Vorkehrungen mithilfe der sog. no leakage Klausel Sorge zu tragen, dass die wesentlichen Vermögenswerte und Chancen im Zielunternehmen verbleiben, indem dem Verkäufer wertmindernde Handlungen und Entnahmen untersagt werden.³⁰⁶ Hinsichtlich der Geschäftsführung des Verkäufers bedarf es spezifischer Regelungen in Form von Handlungs- und Verhaltenspflichten, sog. covenants, die ungewöhnliche und außerhalb der betrieblichen Geschäftstätigkeit befindliche Maßnahmen nur unter Zustimmungsvorbehalt des Erwerbers erlauben. Im Regelfall wird vereinbart, dass das Zielunternehmen nur im Rahmen der bisherigen Geschäftspraxis bzw. mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu führen ist.³⁰⁷

³⁰³ Mittermair/Pichler in *Mittendorfer*, Unternehmenskauf in der Praxis 296; Reich/Schimmer/Gjuzek, M&A Review 2012, 359.

³⁰⁴ Kammerlander in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M& A 852; Moser in *Berens et al*, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 367.

³⁰⁵ Gruhn in *Lucks*, M&A Projekte erfolgreich führen 281; Kammerlander in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 853; Reich/Schimmer/Gjuzek, M&A Review 2012, 359.

³⁰⁶ Insbesondere geht es dabei um die Veräußerung von Vermögensgegenständen, Dividendenzahlungen und Ausschüttungen an die Altgesellschafter, Zins- und Rückzahlungen von Gesellschafterdarlehen, sowie die Reduzierung des Grund/Stammkapitals durch sonstige Zahlungen und Transaktionen zugunsten des Verkäufers und verbundenen Unternehmen, die nicht zu fremdüblichen Marktbedingungen erfolgen. (*Haarbeck/König* in *Berens et al*, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 183; *Rehbein et al*, M&A Review 2013, 439; *Schrader* in *Eilers/Koffka/Mackensen*, Private Equity² 64.

³⁰⁷ *van Kann* in ders, Praxishandbuch Unternehmenskauf 55; *Thun* in *Lucks*, M&A Projekte erfolgreich führen 265 f; *Weißhaupt*, BB 2013, 2949 f.

Unter diesen Vorbehalten ist es für den Käufer essentiell, im Zuge der Due Dilligence die Implementierung des locked box Verfahrens und Wirkungsweise der Schutzmaßnahmen vor Wertabflüssen des Zielobjektes zu überprüfen. Für den Erwerber ist das Risiko nur dann begrenzt, wenn das Unternehmen selbständig in den Bereichen des Rechnungswesens, Treasurys und cash managements fungiert und als rechtliche und wirtschaftliche Einheit unabhängig von der Einflussnahme der bei der Veräußerung nicht umfassten Unternehmensgruppe auftritt. Je länger der Übergangszeitraum bis zum closing andauert, desto kritischer ist die Anwendung des Festpreisverfahrens zu betrachten, da es in diesen Fällen oft an der Verfügbarkeit von aktuellen und zuverlässigen Basisfinanzdaten mangelt.³⁰⁸

Das vom Verkäufer gegebenenfalls vorgeschlagene locked box Verfahren wird nur dann durchsetzbar sein, wenn die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens im Wesentlichen stabil bzw. relativ genau prognostizierbar ist und es auf Seiten des Käufers keiner umfangreichen Restrukturierungsmaßnahmen bedarf. Jedenfalls sollte ein Vertrauen in das bestehende Management vorliegen, dass die operativen Geschäfte bis zum Tag der Übernahme der Kontrolle im Sinne des Käufers weitergeführt werden. Insofern ist der Einsatz des Festpreisverfahrens dann als unproblematisch einzustufen, wenn die werttreibenden Faktoren der Transaktion im Wesentlichen durch Know-How, Patente und Personal bestimmt sind, die sich ohnehin nicht adäquat in den Bilanzwerten niederschlagen und somit nur unzureichend durch die variable Kaufpreisabrechnung abgesichert werden können.³⁰⁹

Abschließend kann festgehalten werden, dass im Einzelfall die Vor- und Nachteile der Kaufpreismodelle gegeneinander abgewogen werden müssen. Während das Festpreisverfahren im Regelfall eine rasche und einfache Abwicklung bietet, verbleibt das Restrisiko der Geschäftsentwicklung und wertmindernder Abflüsse des Zielunternehmens beim Käufer. Demgegenüber gewähren variable Kaufpreismechanismen insbesondere bei komplexeren Transaktionen ein Maximum an Sicherheit und Risikoausgleich, die mit zusätzlichem Ressourcenaufwand bei der Erstellung und Prüfung der Stichtagsbilanz verbunden sind. Welche Methode letztlich zur Anwendung gelangt, liegt im Ermessensentscheid der Vertragsparteien, der von den individuellen Bedürfnissen und der Struktur der Transaktion abhängt.³¹⁰

³⁰⁸ Mittermair/Pichler in *Mittendorfer*, Unternehmenskauf in der Praxis 300; Kammerlander in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M& A 853; van Kann in ders, Praxishandbuch Unternehmenskauf 56.

³⁰⁹ Gruhn in *Lucks*, M&A Projekte erfolgreich führen 281; Haarbeck/König in *Berens et al*, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 184; Rehbein et al, M&A Review 2013, 439

³¹⁰ Mittermair/Pichler in *Mittendorfer*, Unternehmenskauf in der Praxis 301; Schrader in *Eilers/Koffka/Mackensen*, Private Equity² 66.

3.5 Material adverse change – MAC-Klausel

Eine weitere Möglichkeit, das Risiko von vermögens- und ertragsmindernden Veränderungen vor Durchführung des Unternehmenserwerbs auf den Verkäufer zu übertragen, besteht in der Vereinbarung sog. MAC-Klauseln. Derartige Klauseln gewähren dem Käufer das Recht, im Falle des Eintritts eines „material adverse change“ – dh einer wesentlich nachteiligen Veränderung der wirtschaftlichen Lage der Zielgesellschaft – im Zeitraum zwischen Abschluss des Kaufvertrages und Vollzug der Transaktion sich vom Kaufvertrag zu lösen bzw. spezielle Garantie-, Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche geltend zu machen.³¹¹

Die rechtliche Ausgestaltung von MAC Klauseln kann in der Vertragspraxis als Resolutivbedingung, Suspensivbedingung oder als zugesicherte Eigenschaft erfolgen. Die auflösende Resolutivbedingung bewirkt die Beendigung der Rechtswirkungen des Geschäfts, sobald ein ungewisses Ereignis (MAC) eintritt. Bei der Variante der aufschiebenden Suspensivbedingung, sog. closing condition, wird der Vollzug des Rechtsgeschäftes grundsätzlich vom Nichteintritt des im Vertrag näher umschriebenen MAC's abhängig gemacht. Schließlich kann die MAC-Klausel auch als Modifizierung einer Gewährleistungsabrede konzipiert werden, indem das Vorliegen der zugesicherten Eigenschaft ab einem definierten Stichtag erklärt wird. Damit lassen sich die vom Verkäufer abgegebenen Zusicherungen (wie zB Bewilligung von Patenten) auf einen Zeitraum nach dem closing erstrecken, welche vom Erwerber gewährleistungsrechtlich aufgegriffen werden können.³¹²

Mit den Einsatz von MAC-Klauseln kann die Flexibilität gegen die im österreichischen Recht vorhandenen Rechtsinstitute „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ und „laesio enormis“ erhöht werden, was insofern zur Verbesserung der Rechtslage der Vertragsparteien beiträgt. Unter Zuhilfenahme von MAC-Klauseln lässt sich nämlich die wirtschaftliche Entwertung des Ziel-

³¹¹ *Draxler*, Private Equity Exit 146; *Hanslik/Grossmayer*, *ecolex* 2007, 829; *Hasselbach/Wirtz*, BB 2005, 842. MAC Klauseln haben ihren Ursprung aus der angloamerikanischen Vertragspraxis, sind dort insbesondere in Finanzierungsverträgen der Banken vorzutreffen, die mit einem hohen Fremdkapitalvolumina wie bspw. Leveraged Buy-Outs operieren. Um letztlich nicht dem Risiko ausgesetzt zu sein, an den Unternehmenserwerb ohne die erforderliche Finanzierungszusage gebunden zu sein, werden üblicherweise die Bedingungen des Finanzierungsvertrages auf Ebene des Unternehmenskaufvertrages gespiegelt. Aufgrund der zunehmenden Internationalisierung der Mergers & Acquisitions, gehört die MAC-Klausel mittlerweile auch im deutschsprachigen Raum zu einem fest etablierten Instrumentarium des Unternehmenskaufs. (*Borris*, BB 2008, 295; *Kuntz*, DStR 2009, 377; *Schrader* in *Eilers/Koffka/Mackensen*, Private Equity² 68).

³¹² *Draxler*, Private Equity Exit 148 f; *Lange*, NZG 2005, 454 f; *Schlößer*, RIW 2006, 891.

objektes völlig losgelöst von der Vorhersehbarkeit der Umstände und unabhängig von der ursachgemäßen Zuordnung der jeweiligen Sphäre der Vertragspartner geltend machen.³¹³

Als MAC-Ereignisse kommen sowohl unternehmensbezogene interne Faktoren (company MAC), welche die Finanz-, Vermögens- und Ertragslage, sowie den Geschäftsbetrieb des Zielunternehmens unmittelbar betreffen, als auch marktbezogene externe Faktoren (market MAC), welche mit nachteiligen Auswirkungen (wie zB Konjunkturabschwung, Börsenabsturz, Währungsverfall, Krieg, Naturkatastrophen, etc) für das Zielunternehmen verbunden sind, in Betracht. Zudem bemisst sich die Reichweite des Regelungsinhalts nach der Form der vertraglichen Ausgestaltung, bei der zwischen einer allgemeinen verfassten MAC-Klausel und einer konkret spezifizierten MAC-Klausel zu unterscheiden ist.³¹⁴

Die abstrakte Formulierung einer „wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse“ stellt einen normativ unbestimmten Rechtsbegriff dar, welcher oftmals der Auslegung bedarf und somit der Gefahr unterliegt, durch eine restriktive Bewertung des Gerichts ihre gewünschte Wirkungsweise zu verfehlen. Im Falle einer restriktiven Auslegung muss den Vertragsparteien bewusst sein, lediglich die gesetzliche Risikoverteilung nach § 1049 iVm § 1066 ABGB vertraglich wiedergegeben zu haben.³¹⁵ Vorbeugend, werden deshalb bestimmte äußere Umstände oder Ereignisse, auf welche die Parteien keinen Einfluss haben (wie bspw. die Veränderung der makroökonomischen, branchenspezifischen oder öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen) aus dem Anwendungsbereich der MAC-Klauseln durch sog. carve-outs ausgenommen.³¹⁶

Bei der allgemeinen Beschreibung der MAC-Klausel stellt sich die zentrale Frage, nach welchem Maßstab die Wesentlichkeit der vorliegenden Veränderung zu bemessen ist, um an die festgelegten Rechtsfolgen anknüpfen zu können. Anhand der gefestigten Rsp des angloamerikanischen Rechtsraumes³¹⁷ wird im internationalen Kontext eine allgemein umschriebene MAC-Klausel dann als begründet angesehen, wenn:

- die wesentliche Verschlechterung so schwerwiegend ist, dass der Käufer unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles den Vertrag nicht oder nur mit einem anderen Inhalt abgeschlossen hätte;

³¹³ *Draxler*, Private Equity Exit 149 ff; *Hanslik/Grossmayer*, *ecolex* 2007, 830.

³¹⁴ *Hopt* in FS für Karsten Schmidt 685 ff; *Kindt/Stanek*, BB 2010, 1491; *Picot/Duggal*, DB 2003, 2639.

³¹⁵ *Brugger*, *Unternehmenserwerb* 218; *Kindt/Stanek*, BB 2010, 1491; *Kuntz*, DStR 2009, 380.

³¹⁶ *Hopt* in FS für Karsten Schmidt 686; *Kindt/Stanek*, BB 2010, 1491; *Picot/Duggal*, DB 2003, 2640.

³¹⁷ Vgl dazu insbesondere: *Kuntz*, DStR 2009, 377; *Lange*, NZG 2005, 454; *Picot/Duggal*, DB 2003, 2635; *Schlößer*, RIW 2006, 889.

- die Verschlechterung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar war und
- die nachteilige Auswirkung auf die Ertragslage nicht nur vorübergehender Natur ist.

Soweit nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist, ist die Frage, ob die Verschlechterung als wesentlich einzustufen ist, aus der Perspektive eines vernünftig handelnden und langfristig orientierten Investors zu beurteilen. Bloß vorübergehende nachteilige Veränderungen (wie zB zyklische Schwankungen, Einbruch von Quartalsergebnissen) sind idR nicht als wesentlich anzusehen. Die nachhaltige Veränderung der Ertragslage des Zielunternehmens hat einen wirtschaftlich sinnvollen Zeitraum zu umfassen, der sich eher in Jahren als in Monaten bemessen lässt.³¹⁸

Welche Umstände für die Vertragsparteien als wesentlich anzusehen sind, ergibt sich mangels näherer Definition aus den übrigen Vertragsbestimmungen sowie dem Verhalten der jeweiligen Vertragspartner. Neben Transaktionszweck und Geschäftsumfeld haben der Regelungszusammenhang und die Verknüpfung mit anderen Klauseln im Vertrag in das Auslegungsergebnis einzufließen. Wurde daher ein Ereignis, kraft entsprechender Abrede, explizit aus dem Anwendungsbereich einer anderen Vereinbarung ausgenommen, kann dasselbe Ereignis nicht zur Begründung eines MAC-Falles herangezogen werden.³¹⁹ Des Weiteren ist es ratsam, die internen und externen Kommunikationskanäle abzugleichen. Wird intern nach einem Ausstieg über die MAC-Klausel nachgedacht, so sollten im Außenverhältnis keine gegensätzlichen Auffassungen verlautbart werden, welche auf eine Zufriedenheit im Zusammenhang der Transaktion schließen lassen.³²⁰ Schließlich ist auch die Motivlage des Käufers bei der Auslegung des Vertrages mit zu berücksichtigen. Liegt das Hauptaugenmerk des Erwerbers auf den Erhalt bestimmter Vermögenswerte (wie zB Patente, Produktionsanlagen), so ist aus einem Gewinneinbruch kein material adverse effect herzuleiten.³²¹

Der Aspekt der Vorhersehbarkeit der nachteiligen Veränderung ist mit der Pflicht des Erwerbers zur Durchführung einer angemessenen Due Dilligence Prüfung verbunden, um nicht dem Vorwurf fahrlässiger Unkenntnis ausgesetzt zu sein, der einem MAC entgegensteht. Ist für

³¹⁸ *Hanslik/Grossmayer*, *ecolex* 2007, 831; *Kuntz*, *DStR* 2009, 378; *Lange*, *NZG* 2005, 457 und vgl auch *Schlöber* mit der kritischen Anmerkung, dass der langfristige Anlagehorizont für kurzfristige Investoren wie Private Equity Unternehmen und Hedge Fonds nicht gelten dürfte.

³¹⁹ *Hanslik/Grossmayer*, *ecolex* 2007, 831; *Kuntz*, *DStR* 2009, 382.

³²⁰ *Lange*, *NZG* 2005, 458.

³²¹ *Kuntz*, *DStR* 2009, 830.

einen sorgfältigen Investor das Ereignis einer nachteiligen Veränderung ersichtlich, so wird er sich nicht im Nachhinein auf deren Eintreten berufen können.³²²

Der allgemein gehaltenen Vereinbarung steht die spezifische Ausgestaltung der MAC-Klausel gegenüber. Dabei werden oftmals Ereignisse, Umstände und Veränderungen, die bereits bei Vertragsabschluss ersichtlich sind, als detailliert beschriebene Beispiele – sog. inclusions – zum MAC-Fall charakterisiert. Durch die konkrete Beschreibung bestimmter Ereignisse besteht das Risiko, dass der Eintritt von Ereignissen, die weder ausdrücklich angeführt werden, noch mit den genannten Beispielen vergleichbar sind, letztlich nicht als MAC-Fall gewertet wird. Da aber gerade MAC-Klauseln vor unvorhersehbaren Veränderungen Schutz bieten sollen, ist es ratsam, bei der Aufzählung bestimmter Umstände und Ereignisse klarzustellen, dass es sich hierbei bloß um eine beispielhafte und gerade nicht abschließende Aufzählung handelt. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist ebenfalls empfehlenswert, eine etwaige Vorhersehbarkeit, ggf. Kenntnis oder auch fahrlässige Unkenntnis der nachteiligen Umstände auszuschließen.³²³

In Bezug auf MAC-Klauseln ist aus insolvenzrechtlicher Sicht zu beachten, dass die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder sonstigen Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens seit dem Insolvenzrechtsänderungsgesetzes (IRÄG 2010) gem § 25b Abs 2 IO unzulässig ist.³²⁴ Die Wirksamkeit des § 25b richtet sich dabei direkt auf das Vertragsverhältnis zwischen Gläubiger (Käufer der Unternehmensanteile) und Schuldner (Verkäufer des Zielunternehmens), sodass MAC-Klauseln, die auf die Insolvenz der Zielgesellschaft abstellen, grundsätzlich anwendbar bleiben. Als kritisch ist jene Fallkonstellation anzusehen, bei der die Insolvenz des Schuldners auch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bei der Zielgesellschaft nach sich zieht, da in diesem Fall § 25a IO eine sechsmonatige Auflösungssperre des Vertrages vorsieht und somit die Anwendbarkeit der MAC-Klausel ausgeschlossen wird, wenn dadurch die Fortführung des (Schuldner-)Unternehmens gefährdet werden könnte. Aus anwaltlicher Vorsicht wird hier eine Anknüpfung des Auflösungsgrundes

³²² *Hanslik/Grossmayer*, *ecolex* 2007, 831; *Lange*, *NZG* 2005, 458. Zu hinterfragen ist, ob die Vertragsparteien zum Rücktritt berechtigt sind, wenn diese sich über das Risiko einer nachteiligen Entwicklung bewusst waren, aber dessen Verwirklichung für unwahrscheinlich gehalten haben. Nach *Picot/Duggal*, *DB* 2003, 2637, kommt eine Vertragsanpassung aus dem Gesichtspunkt der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 deutsches BGB nicht in Betracht, wenn die Vertragsparteien irrtümlich davon ausgehen, dass vorhersehbare Entwicklungen nicht eintreten werden; anders hingegen der OGH in *wbl* 1991, 243; der die Berufung der Vertragspartner auf Wegfall der Geschäftsgrundlage für zulässig erachtet, sofern der fragliche Umstand allen Vertragsparteien bekannt war.

³²³ *Kindt/Stanek*, *BB* 2010, 1491; *Picot/Duggal*, *DB* 2003, 2639; *Schlößer*, *RIW* 2006, 895.

³²⁴ *Trettnak/Welser*, *ZIK* 2011, 125.

an einen Zeitpunkt vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, wie bspw. die Antragstellung des Insolvenzverfahrens, geboten sein.³²⁵

Bedeutender Vorteil der konkreten Ausgestaltung ist es, die Anwendbarkeit der Rechtsfolgen an bestimmte objektive und quantitative Kriterien anknüpfen zu lassen. In diesen Fällen steht das Rücktrittsrecht erst dann zu, wenn die Vermögens- oder Ertragslage der Zielgesellschaft um einen bestimmten Schwellenwert unterschritten bzw. um einen festgelegten Prozentsatz des Gewinnes bzw. Umsatzes vermindert wird.³²⁶ Die Anknüpfung der Bedingung an das Erreichen bestimmter betriebswirtschaftlicher Kennzahlen seitens der Zielgesellschaft wird auch in der Praxis des Übernahmerechts gem § 8 ÜbG als zulässig erachtet,³²⁷ sofern die quantifizierbaren Kriterien offengelegt und klar definiert werden. Dabei muss die Geltendmachung des Rücktrittsrechts sachlich gerechtfertigt sein und darf nicht ausschließlich oder mittelbar vom Ermessen des Bieters abhängen.³²⁸

Die Vertragsparteien haben bei der Textierung zwischen Abstraktion und Konkretisierung der MAC Klausel eine Gratwanderung zu vollziehen. Bei einer zu weit formulierten Fassung steht die Sorge des Verkäufers im Vordergrund, der Käufer könnte sich die MAC Klausel als Ausstiegsrecht vorbehalten, sofern die Transaktion als unvorteilhaft angesehen wird. Verbunden mit einer offenen und häufig mehrdeutigen Vertragsklausel wird, infolge eines Rechtsstreits mit unvorhersehbarer Auslegung durch das befassende Gericht, die Position des Käufers auf Neuverhandlung oder Kaufpreisminderung zusätzlich bestärkt. Insofern lässt sich mit einer detaillierten Regelung grundsätzlich die Rechtssicherheit verbessern, indem das Risiko, sich zu Unrecht auf die MAC-Klausel zu berufen, vermindert wird. Bei einer zu eng gefassten Definition läuft der Käufer Gefahr, ein potenziell relevantes Ereignis nicht als MAC Fall charakterisiert zu haben, was wiederum in einem Rechtsstreit über die Auslegung mündet.³²⁹

Um letztlich dem Willen der Parteien am besten entsprechen zu können, sollten MAC Klauseln auf die besonderen Bedürfnisse und Kernpunkte (wie bspw. off balance financing, Korrekturen der Gewinn- und Verlustrechnung, Erhaltung des Mitarbeiterstammes, Vorhandensein gewerblicher Schutzrechte, etc.) zugeschnitten sein, da eine zu unbestimmte Formulie-

³²⁵ *Trettnak/Höfer*, ZIK 2010, 207; *Trettnak/Welser*, ZIK 2011, 127.

³²⁶ *Hanslik/Grossmayer*, *ecolex* 2007, 831.

³²⁷ Ausgenommen davon sind Pflichtangebote.

³²⁸ *Diregger/Kalss/Winner*, *Übernahmerecht*², § 8 Rz 152; *Gall in Huber*, ÜbG, § 8 Rz 8 ff. Zu Bedingungen und Rücktrittsvorbehalten im Übernahmerecht vgl weiterführend: *Herbst*, Bedingungen und Rücktrittsvorbehalte in Übernahmeangeboten, JBl 2003, 693; sowie *Hasenauer/Birkner*, Verzicht auf Bedingungen im Übernahmerecht, *ecolex* 2005, 215.

³²⁹ *Hopt* in FS für Karsten Schmidt 686; *Kindt/Stanek*, BB 2010, 1491; *Schlößer*, RIW 2006, 898.

rung lediglich die Problembereiche der gesetzlichen Risikoimplikationen (Wegfall der Geschäftsgrundlage, *laesio enormis*) auf die vertragliche Ebene verlagern würde.³³⁰

4. Gesetzliche Gewährleistungsfolgen und vertragliche Regelungen bei Inanspruchnahme der Bilanzgarantie

Die gesetzlichen Gewährleistungsregeln stellen weitgehend auf den einfachen Sach- oder Forderungskauf ab und tragen insoweit den Besonderheiten eines Anteilskaufes nur unzureichend Rechnung. Um den Bedürfnissen der Vertragsparteien beim Unternehmenskauf nach einem sachgerechten und berechenbaren wirtschaftlichen Ausgleich im Fall von Leistungsstörungen zu entsprechen, wird aus Sicht der Vertragspraxis empfohlen, die Rechtsfolgen sowie die Ansprüche des Käufers bei Verletzung von vertraglichen Zusagen und Garantien – wie auch jener der Bilanzgarantie – abweichend vom gesetzlichen Gewährleistungsrecht, vertraglich zu vereinbaren.³³¹ Zumeist wird dabei ein eigenes Haftungsregime geschaffen, bei welchem sich die dogmatischen Unterschiede zwischen gewährleistungsrechtlichen- und schadenersatzrechtlichen Rechtsfolgen vermischen und auf die Ebene der einzelnen Zusicherungen verschoben oder überhaupt ignoriert werden.³³²

4.1 Primäre Gewährleistungsbefehle: Verbesserung oder Austausch

Aufgrund eines Mangels kann der Übernehmer gem § 932 Abs 2 ABGB zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch einer Sache verlangen. Durch den Vorrang der Mangelbeseitigung soll der Gewährleistungsverpflichtete (Übergeber) im wertungsmäßigen Einklang des § 918 ABGB eine zweite Chance erhalten, um den vertragsmäßigen Zustand herzustellen. Die beiden „sekundären“ Gewährleistungsbefehle Preisminderung und Wandlung kommen hingegen nur subsidiär zur Anwendung.³³³

Voraussetzung für das Wahlrecht zwischen den beiden „primären“ Gewährleistungsbefehlen ist, dass der betreffende Mangel überhaupt behebbar ist.³³⁴ Dabei ist der zeitliche Aspekt der

³³⁰ *Lange*, NZG 2005, 457; *Picot/Duggal*, DB 2003, 2635.

³³¹ *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 353 f; *Thierrichter*, RdW 2012, 319; *Wilhelm*, ecolex 2005, 741; *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 114.

³³² *Karollus-Bruner*, ecolex 2007, 826; *Nowotny/Gelter*, GesRZ 2000, 64 f.

³³³ *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung 20 ff; *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 932 Rz 13.

³³⁴ So kommt nach hA der Austauschanspruch nur im Falle von Gattungsschulden in Betracht, da bei Speziesschulden nach Parteienvereinbarung eine ganz bestimmte Sache geschuldet wird, die nicht durch die Herstellung einer bloß wirtschaftlichen Ersatzlage erfüllt werden kann. (Vgl. *Bydlinski* in KBB⁴ § 932 Rz 3; *Faber*, HdB Gewährleistungsrecht 106; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 932 Rz 16; *Reischauer*, JBI 2002, 142, *Schauer* in FS Kramer 632 f; aA *Jud*, Schadenersatz 159).

Behebbarkeit des Mangels zu berücksichtigen. Nach Verlangen des Gewährleistungsberechtigten (Übernehmers) hat die Mangelbehebung innerhalb einer angemessenen Frist zu erfolgen. Die angemessene Frist bemisst sich nach der Art der Sache und dem mit der Sache verfolgten Zweck.³³⁵

Neben dem zeitlichen Aspekt wird auch die Wirtschaftlichkeit der Behebbarkeit des Mangels als maßgeblich angesehen. Nach § 932 Abs 2 ABGB kann der Übergeber der Geltendmachung des präferierten Rechtsbehelfs wirtschaftliche Untunlichkeit entgegenhalten, wodurch dem Übernehmer lediglich der andere Gewährleistungsbehelf der primären Stufe verbleibt.³³⁶ Die wirtschaftliche Untunlichkeit der geforderten Abhilfe liegt dann vor, wenn diese mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre, die angesichts des Wertes der mangelfreien Sache, der Schwere des Mangels und, verglichen mit den anderen Rechtsbehelfen für den Übernehmer verbunden Unannehmlichkeiten, unzumutbar wäre.³³⁷ Bei der Abwägung des unverhältnismäßigen Aufwandes sind nach hL nicht nur die reinen Behebungskosten (der Arbeit, des Materials oder der Beschaffung der Austauschsache) zu berücksichtigen, sondern es sind sämtliche Aufwendungen, mit denen der Übergeber durch die Maßnahme belastet wird, mit einzubeziehen.³³⁸

Der Wert der Sache ist insofern zu berücksichtigen, als davon ausgegangen wird, dass bei Massenprodukten der Austauschanspruch des Käufers zu bevorzugen ist, während bei hochwertigen Produkten die Verbesserung vorzuziehen ist. Unter diesem Standpunkt hat primär eine Gegenüberstellung des Werts der mangelfreien Sache und den Aufwand der Verbesserung zu erfolgen.³³⁹

Bei der Schwere des Mangels wird hingegen die Verhältnismäßigkeit des Aufwandes am erreichbaren Erfolg gemessen. Eine Unverhältnismäßigkeit wird dann anzunehmen sein, wenn der durch die Verbesserung erzielbare Vorteil zum Aufwand in einem offensichtlichen Missverhältnis steht, sodass eine Mängelbeseitigung als wirtschaftlich untunlich einzustufen ist.³⁴⁰ Nach dieser Bestimmung können bereits relativ geringe Behebungskosten unverhältnismäßig

³³⁵ Dabei sind sowohl die konkreten Umstände auf Seiten des Übergebers (wie zB die Notwendigkeit der Beschaffung von Ersatzteilen) als auch der vom Übernehmer erkennbare Verwendungszweck, ob die Sache ihrer Natur nach dringend benötigt wird, einzubeziehen. (Hödl in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 932 Rz 16).

³³⁶ Ofner in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 932 Rz 17; *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 932 Rz 16.

³³⁷ Ofner in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 932 Rz 20.

³³⁸ Hödl in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 932 Rz 16; *Bydlinski* in *KBB*⁴ § 932 Rz 4; *Faber*, Gewährleistungsrecht 109; *Jud*, Schadenersatz 180.

³³⁹ ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 17; *Welser/Jud*, Reform Gewährleistungsrecht 85.

³⁴⁰ *Reischauer* in *Rummel*³ § 932 Rz 1; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 932 Rz 32.

sein, wenn sich der Mangel als geringer Nachteil im Gebrauch darstellt. Im Umkehrschluss bedeutet dies, je schwerer der Mangel den Gebrauch an der Sache beeinträchtigt, desto höher ist der durch die Verbesserung erzielbare Erfolg einzuordnen und desto weniger ist der dazu erforderliche Aufwand unverhältnismäßig. Unter dieser Prämisse wird auch der Einsatz von über dem Kaufpreis des Gegenstandes liegenden Verbesserungskosten als gerechtfertigt erachtet.³⁴¹

Beim Unternehmenskauf wird sich die Unverhältnismäßigkeit der Wiederbeschaffung oder Reparatur einzelner Vermögensgegenstände an der Bedeutung für den Fortbetrieb des Unternehmens zu richten haben, und somit unterschiedlich zu beurteilen sein, je nachdem ob es sich beim Unternehmens- bzw. Anteilsmangel um eine fehlende Betriebsgenehmigung oder aber ein unvollständiges Warenlager handelt.³⁴²

Des Weiteren hat die Durchführung der Verbesserung oder des Austausches nach § 932 Abs 3 ABGB mit „möglichst geringen Unannehmlichkeiten“ für den Übernehmer zu erfolgen. Bestehen also mehrere Wege, die Verbesserung oder den Austausch zu bewirken, so muss der Übergeber jenen Weg vorziehen, der für den Übernehmer mit den geringsten Beeinträchtigungen verbunden ist. Der Gewährleistungsberechtigte hat also Anspruch auf die „angenehmste“ Art der Abhilfe, selbst wenn diese im Vergleich zum anderen Rechtsbehelf kostenintensiver ausfällt.³⁴³

Aufgrund der Individualität und der komplexen Natur eines Unternehmens führen die primären gesetzlichen Gewährleistungsbefehle oftmals zu einer ungeeigneten Rechtsfolge bei Leistungsstörungen iZm einem Unternehmenskauf. Insbesondere der Austausch des mangelhaften durch einen mangelfreien Unternehmensbestandteil ist beim Unternehmenskauf nicht denkbar, da dem Verkäufer idR keine Sachsubstanz für einen Austausch mehr zur Verfügung steht,³⁴⁴ sodass das entsprechende Wahlrecht des Erwerbers auf Ebene der primären Gewährleistungsbefehle insoweit gegenstandslos ist. Bei der Veräußerung einer Minderheitsbeteili-

³⁴¹ ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 17; Ofner in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 932 Rz 27 mwN; *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 932 Rz 18 ff; aA *Bydlinski* in KBB⁴ § 932 Rz 4, der dieser Argumentation nur für die Unverhältnismäßigkeit iSd § 932 Abs 4 ABGB zustimmt. Siehe dazu später Abschnitt 4.2.

³⁴² *Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 126 f.

³⁴³ Bei Verstoß gegen diese Rücknahmepflicht wird beim Verschulden des Gewährleistungsverpflichteten idR mit schadenersatzrechtlichen Ansprüchen sanktioniert werden. (*Hödl* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 932 Rz 3; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 932 Rz 24 f.). In Teilen der Lit wird auch eine Umstiegsmöglichkeit auf die sekundären Befehle bereits zur Vermeidung weiterer Unannehmlichkeiten befürwortet, die in Summe gesehen, die Erheblichkeitsschwelle iSd § 932 Abs 4 ABGB überschreiten. (*Bydlinski* in KBB⁴ § 932 Rz 11; *Faber*, Gewährleistungsrecht 140; *Reischauer*, JBl 2002, 149 f).

³⁴⁴ *Puck*, Unternehmenskauf 80; *Stainer*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf 150.

gung kann auch die Verbesserung schon dadurch unmöglich sein, das die Geschäftsführung, in deren Aufgabenbereich die Vornahme der Mängelbehebung fallen wird, ihre Zustimmung verweigert und diese mangels einer beherrschenden Stellung des Erwerbers in der Gesellschaft nicht bewirkt werden kann.³⁴⁵

Schließlich scheidet die Verbesserung gem § 932 Abs 4 ABGB dann aus, wenn sie für den Käufer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wäre, oder wenn diese dem Erwerber aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar ist. Beim Unternehmenskauf wird dies dann der Fall sein, wenn durch die Reparaturarbeiten der laufende Betrieb gestört wird oder es sich beim Verkäufer um einen aktuellen oder potenziellen Mitbewerber handelt, dem sich durch die Nachbesserung die Gelegenheit bietet, in Betriebsinter-
na und Geschäftsgeheimnisse des neuen Eigentümers Einblick zu gewinnen.³⁴⁶

Grundsätzlich kommen die Gewährleistungsbehelfe Verbesserung, Austausch beim Unternehmenskauf dann in Betracht, wenn es um Sach- oder Rechtsmängel von Einzelsachen geht. So kann bspw. eine defekte Maschine durch eine funktionierende ausgewechselt werden, fehlende Lagerbestände nachgetragen werden, nicht werthaltige Forderungen bzw. Forderungen Dritter gegen die erworbene Gesellschaft können durch Geldersatz ausgeglichen werden bzw. durch Ablöse der Verbindlichkeiten begehrt werden³⁴⁷. Bedeutsam ist die Verbesserung für den Käufer, insbesondere bei Fallkonstellationen, in denen die Behebung des Mangels nur unter Mithilfe und Spezialwissen des Verkäufers möglich ist. Dies betrifft insbesondere die Beschaffung fehlender Lizenzen oder die Sanierung mangelhafter Patente, die Einweisung im Kundenbereich, sowie die Übergabe von betriebsnotwendigen Geschäftsunterlagen.³⁴⁸

Hingegen scheidet die Verbesserung in jenen Fällen aus, in denen es um eine Mangelhaftigkeit des Unternehmens als solches geht, wo das Unternehmen, gesamt gesehen, wirtschaftlich weniger wert ist, als beim Vertragsabschluss zugrunde gelegt wurde, wenn etwa die zugesagte

³⁴⁵ *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 94; *Reich-Rohrwig/Thiery*, *ecolex* 1991, 92; *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 91.

³⁴⁶ *Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 126, *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 91.

³⁴⁷ *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 650. Um die ordnungsgemäße Durchführung der Verbesserung zu bewirken, kann der Käufer, falls vertraglich nicht ausgeschlossen, gem § 1052 ABGB bis zur Grenze der Schikane den gesamten noch ausständigen Kaufpreis zurückbehalten. (*Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 45 mwN).

³⁴⁸ *Puck*, Unternehmenskauf 82; siehe auch den Sachverhalt in OGH 6 Ob 564/90, *ecolex* 1991, 24; in dem der Verkäufer wichtige Geschäftsunterlagen beiseite schafft. In diesem Fall wäre dem Erwerber mit einem Preisminderungsanspruch nicht geholfen, da der Wert der Unterlagen weder bezifferbar ist, noch einen angemessenen Ausgleich darstellt. (*Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 128).

Ertragsfähigkeit fehlt, oder dort, wo sich eine Bilanzgarantie als unzutreffend erweist,³⁴⁹ wenn etwa die Abschreibung von Vorräten unterlassen wurde oder aufgrund einer falschen Inventur eine unrichtige Bilanz aufgestellt wurde.³⁵⁰ In derartigen Fällen liegt ein unbehebbarer Qualitätsmangel vor, da dem Unternehmen die beigelegten Eigenschaften fehlen. Obwohl es denkbar wäre, die vereinbarte Ertragsfähigkeit etwa durch eine Kapitalzufuhr für Rationalisierungsmaßnahmen wiederherzustellen, sind diese Mängel stets als unbehebbar zu qualifizieren, da eine derartige Umgestaltung der Sache idR nicht mit wirtschaftlich vertretbaren Mitteln möglich sein wird, was letztlich zum Ausschluss der Verbesserung führt.³⁵¹

4.2 Sekundäre Gewährleistungsbehelfe: Preisminderung oder Wandlung

Sind sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, so hat der Übernehmer gem § 932 Abs 4 ABGB das Recht auf Preisminderung und, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, das Recht auf Wandlung. Entsprechendes gilt nach dieser Bestimmung, wenn der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, ebenso, wie bereits ausgeführt, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen, unzumutbar sind.³⁵²

Unter der Preisminderung versteht man die Herabsetzung des Kaufpreises, die zu einer Änderung des Vertrages führt.³⁵³ Das Ausmaß der Preisminderung ist nach der relativen Berechnungsmethode zu ermitteln. Nach diesem Berechnungsansatz hat sich der ursprünglich vereinbarte Preis zum geminderten Preis so zu verhalten wie der objektive Wert der Sache ohne Mangel zum objektiven Wert der Sache mit Mangel. Der Vorteil der Berechnungsart liegt darin, dass das beim Vertragsabschluss zugrunde gelegte Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung, welches durch den Mangel gestört wurde, aufrecht erhalten bleibt.³⁵⁴

³⁴⁹ Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 124.

³⁵⁰ OGH 1 Ob 116/55 SZ 28/69.

³⁵¹ Puck, Unternehmenskauf 81.

³⁵² Nach hA liegt keine taxative Aufzählung der Tatbestände in § 932 Abs 4 vor, sodass ein Ausschluss der primären Rechtsbehelfe stets bei Vorliegen wichtiger Gründe, die auf Umstände auf Seiten des Übergebers zurückzuführen sind, in Betracht kommt. (Augenhofer, JBl 2006, 444; Bydlinski in KBB⁴ § 932 Rz 4; Jud, Schadenersatz 159; Reischauer, JBl 2002, 150).

³⁵³ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ 86 f.

³⁵⁴ ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 18; RIS-Justiz RS0018764; Gschnitzer in Klang² IV/1, 538; Bydlinski in KBB⁴ § 932 Rz 21; Welser/Jud, Gewährleistungsrecht § 932 ABGB Rz 39 f; aA Reischauer in Rummel³ § 932 Rz 8, der auf die Wertdifferenz zwischen mangelfreiem und mangelhaftem Zustand zum Zeitpunkt der Fälligkeit abstellt.

Im Rahmen der Preisminderung stellt die Festlegung des objektiven Werts einer mangelfreien bzw. mangelhaften Sache ein erhebliches Bewertungsproblem dar, welches beim Unternehmenskauf zusätzlich verschärft wird. Anders als bei Einzelsachen und gängigen Waren lässt sich für Unternehmen und Gesellschaftsanteile³⁵⁵ mangels der Existenz von Märkten³⁵⁶ kein Verkehrswert bei der Feststellung des objektiven Werts des mangelfreien bzw. mangelhaften Unternehmens ableiten, sodass letztlich eine Unternehmensbewertung vorgenommen werden muss.³⁵⁷

Da sich der Unternehmenspreis grundsätzlich als Gesamtpreis bestimmt, kommt den Substanzwertverfahren, als sog. Einzelbewertungsverfahren, welches die zukünftige Entwicklung des Unternehmens kaum berücksichtigt, nur eine beschränkt eigenständige Bedeutung im Rahmen der Unternehmensbewertung zu. Selbiges gilt auch für die Aufteilung des Kaufpreises nach den steuerlich relevanten Teilwerten, da sich diese zentral als Bemessungsgrundlage für die Abschreibung und weniger am Wert der Einzelgüter orientiert.³⁵⁸ Als Wertfindung des Unternehmenswerts auf Basis der Barwerte künftiger finanzieller Überschüsse wird in der Lit³⁵⁹ und mittlerweile auch in der Jud³⁶⁰ das Ertragswertverfahren und das Discounted-Cashflow-Verfahren als wissenschaftlich anerkannte Methoden der Unternehmensbewertung anerkannt.³⁶¹ Die Rsp lehnt es ab, eine bestimmte Bewertungsmethode als rechtlich geboten anzusehen.³⁶² Vielmehr ist die Ermittlung des Unternehmenswertes eine Aufgabe der Betriebswirtschaftslehre, deren Ergebnisse im Rahmen der Beweiswürdigung darauf zu prüfen

³⁵⁵ Marktpreise bestehen zwar bei Aktien, die an Börsen notiert sind, jedoch fallen diese nicht unter den Anteilskauf, sodass mangels Relevanz von Mängeln des Unternehmens, nicht für eine bestimmte Beschaffenheit zu haften sein wird. (siehe bereits 2. Abschnitt Seite 4).

³⁵⁶ Ein Beispiel für die Existenz eines Marktwertes bietet die E OGH 5 Ob 768/80 SZ 54/88. In diesem Fall konnte der OGH auf einen verkehrüblichen Pachtzins für eine Frühstückspension anhand der jeweils entsprechenden Ertragsfähigkeit schließen, da sich gerade im Gastgewerbe marktübliche Pachtzinse für Pensionen unterschiedlicher Kategorien feststellen lassen.

³⁵⁷ *Kurschel*, Gewährleistung 90 ff; *Puck*, Unternehmenskauf 84; *Stainer*, Gewährleistung 152.

³⁵⁸ *Keplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 93 f; *Puck* in *Nemec/Reicheneder* Unternehmenskauf 273.

³⁵⁹ *Brugger*, Unternehmenserwerb 192; *Kastner/Doralt/Nowotny* Gesellschaftsrecht⁵ 130; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 6a Rz 14; *Löber*, AnwBl 1992, 531 f; *Puck*, Unternehmenskauf 37 f; *Haberer/Purtscher* in *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence² 165.

³⁶⁰ RIS Justiz RS 0010086; OGH 9 Ob 32/10m JEV 2011, 49; 6 Ob 123/06s GesRZ 2006, 443 = *ecolex* 2007, 41 = *RdW* 2007, 86; 5 Ob 649/80 SZ 53/172 = *JB1* 1981, 545 = *GesRZ* 1981,44; *VwGH RdW* 2006, 528.

³⁶¹ IdS auch das Fachgutachten KFS/BW 1 des Fachsenats für Betriebswirtschaft und Organisation des Instituts für Betriebswirtschaft, Steuerrecht und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder sowie der Standard IDW S1 des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. nach denen der Unternehmenswert als zukunftsbezogene Größe definiert wird.

³⁶² Davon ausgenommen sind Bewertungsanlässe im Bereich der Abfindung ausscheidender Gesellschafter, wo aus aktienrechtlichen Gründen bestimmte normative Vorgaben (wie zB die Erfordernis einer angemessenen Barabfindung nach dem Gesellschafterausschlussgesetz) einzuhalten sind bzw. zwingende Wertuntergrenzen (wie zB eine Beschränkung der Abfindung auf den Buchwert, im Falle eines durch die Insolvenz des Gesellschafters bedingten Ausscheidens) nicht unterschritten werden dürfen. (vgl. dazu ausführlich *Haberer/Purtscher* in *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence II 187 ff).

sind, ob sie der gestellten Bewertungsaufgabe adäquat sind.³⁶³ In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Auswahl der geeigneten Methode durch den vom Gericht bestellten Sachverständigen zu erfolgen hat und idR eine Tatfrage darstellt, die daher im Rahmen eines Revisionsverfahrens nicht mehr bestritten werden kann.³⁶⁴

Selbst wenn die Vertragsparteien sich auf einen ertragswertorientierten Kaufpreis verständigt haben, gestaltet sich die Berechnung der Kaufpreisminderung bei einzelnen Sachmängeln, die auf den Wert des Unternehmens bzw. den Wert des erworbenen Anteils durchschlagen, als besonders schwierig. Beeinflusst die Nichteinhaltung einer Eigenschaftszusage den Ertrag nachhaltig, können durchaus gering erscheinende Mängel zu erheblichen Kaufpreisreduktionen führen. Ähnliches gilt auch für jene Fälle, in denen sich eine Ertragsprognose als unrichtig darstellt, so müssten die überhöhten extrapolierten Ertragswerte dementsprechend auch in sehr hohe nominale Kaufpreisreduktion resultieren. Derartige Begehren werden vom Verkäufer kaum akzeptiert werden, oder mit dem Hinweis abgewehrt, dass bei Übertreffen der Prognosen der Kaufpreis sich am gesteigerten Ertrag orientiert und auch nach oben angepasst werden müsste.³⁶⁵

Häufig erfolgt der Unternehmenskauf nicht zu dem Zweck, das erworbene Unternehmen auf stand-alone-Basis weiterzuführen, sondern es einerseits in den Konzernverbund zu integrieren, um Verbund- und Ergänzungseffekte (wie bspw. Gewinnung von Know-how, die Verschaffung zu vorgelagerten Produktionsstufen, die Bündelung von Marketingaktivitäten), also Synergiepotenziale wahrzunehmen, oder andererseits durch die Beseitigung von Konkurrenten eine Stärkung der eigenen Wettbewerbsposition mit dem Ausbau von Marktanteilen herbeizuführen, indem Teile des Unternehmens zerschlagen werden und nur bestimmte Teile des Unternehmens (Vertriebskanäle, gut etablierte Marken) für eigene Zwecke genutzt werden.³⁶⁶ Unklar bleibt, nach welchem Verhältnis die Aufteilung der Synergiegewinne dem erworbenen Unternehmen zuzurechnen sind, und wie etwaige Erlöse aus abverkauften Unternehmensteilen bei Berechnung der gesetzlichen Gewährleistung zu berücksichtigen sind.³⁶⁷

³⁶³ RIS Justiz RS0010087; OGH 2 Ob 189/01k RdW 2004, 90 = ecollex 2004, 112; 5 Ob 649/80 SZ 53/172 = JBl 1981, 545 = GesRZ 1981, 44; *Koppensteiner/Rüffler GmbHG*³, § 6a Rz 14a.

³⁶⁴ Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn vom Sachverständigen eine grundsätzlich inadäquate Methode angewendet wurde. (OGH 6 Ob 25/12p GesRZ 2013, 131 = NZ 2013, 148 = ecollex 2013, 637; 6 Ob 153/12m GesRZ 2013, 99 = wbl 2013, 169; RdW 2013 = 139).

³⁶⁵ *Löber*, AnwBl 1992, 531; *Wilhelm*, ecollex 2005, 741.

³⁶⁶ Zur Bewertung und Quantifizierung vgl. *Dvorak*, Berücksichtigung von Synergien in Bewertung und Preisfindung, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, HdB M&A, 859 ff; *Eiffe/Mölzer*, Die Bedeutung von Synergien bei Kaufentscheidung, in *Nemec/Reicheneder* (Hrsg), Der Unternehmenskauf und seine Abwicklung in der Praxis, 55 ff.

³⁶⁷ *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 430.

Weicht der tatsächliche Schuldenstand vom vereinbarten ab, kann es bei der Berechnung der gesetzlichen Preisminderung unter Verwendung der gebräuchlichen Ertragswertmethode zu seltsamen Ergebnissen kommen.³⁶⁸ Liegt nämlich der Fremdkapitalzinssatz der zusätzlich hervorkommenden Verbindlichkeit unter dem bei der Unternehmensbewertung veranschlagten Abzinsfuß, so führt dies zu einer geringeren als dem Nennbetrag der zusätzlichen Verbindlichkeit entsprechenden Preisminderung. Dass Derartiges von den Parteien meist nicht wirklich gewollt ist, liegt auf der Hand. Grundsätzlich wird man den Anteilserwerber in diesem Falle einen Preisminderungsanspruch in Höhe der zusätzlich hervorgekommenen Verbindlichkeit zuerkennen. Im Allgemeinen wird die Bilanzgarantie im Sinne einer Eigenkapitalgarantie zu verstehen sein, bei deren Unterschreitung des vertraglich festgelegten Eigenkapitals eine Ausgleichszahlung in Höhe des bilanziellen Differenzbetrages geleistet werden soll.³⁶⁹

Die Berechnung der gesetzlichen Preisminderung auf Basis der relativen Berechnungsmethode ist gerade beim Unternehmenskauf mit der nötigen Feststellung des objektiven Wertes der mangelfreien und der mangelhaften Sachen, wie die dargestellten Fragestellungen deutlich machen, mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Um ungewünschte Ergebnisse zu vermeiden, wird auf Seiten der Vertragspraxis angeraten, die Rechtsfolgen von Gewährleistungsfällen, wie die Verletzung von Bilanzklauseln, vertraglich näher zu regeln, um die gesetzlichen Rechtsbehelfe abzubedingen.³⁷⁰ Anstelle der gesetzlich vorgesehen Berechnungsmethode können vertraglich bspw. die Kosten der Mangelbehebung³⁷¹ oder ein prozentmäßiger Abschlag als Kaufpreisminderung geltend gemacht werden.³⁷²

Um einer sachgerechten Vereinbarung bei der Ermittlung der Kaufpreisminderung zu entsprechen, müsste dasselbe Rechenwerk herangezogen werden, welches ursprünglich der

³⁶⁸ Anders bei der DCF-Methode nach dem Bruttoverfahren, bei welchen der Unternehmenswert vor Berücksichtigung der Netto-Finanzverbindlichkeiten ermittelt wird. Demnach wird das verzinsliche Fremdkapital vom Barwert der diskontierten Cashflows in Abzug gebracht. (*Bruski*, BB 2005, 21; *Haberer/Purtscher* in *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence² 168 ff).

³⁶⁹ *Flener* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 597; *Hofmann/Nowotny*, GesRZ 2009, 131; *Karolus-Bruner*, *ecolex* 2007, 824; *Nowotny/Gelter*, GesRZ 2000, 63 ff; *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 430 f; aA offenbar *Puck*, Der Unternehmenskauf 74 f, demnach müssen Bilanzfehler (zB unterlassene oder unzureichende Bildung von Rückstellungen oder falsche Wertansätze) einen Unternehmensmangel darstellen um einen Gewährleistungsanspruch zu begründen. IdS auch *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 94; *Hommelhoff/Schwab* in FS Zimmerer 274 ff.

³⁷⁰ *Dorda* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 586 f; *Löber*, AnwBl 1992, 531; *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 353 ff.

³⁷¹ Die können ohne entsprechende Vereinbarung nicht verlangt werden. (*Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 932 Rz 41).

³⁷² *Welser/Sieglwart* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 130.

Kaufpreisermittlung zugrunde gelegt wurde.³⁷³ Wesentlich dabei ist, dass ein Zusammenhang zwischen der Kaufpreisberechnung, dem Unternehmenswert und den garantieren Posten des Jahresabschlusses hergestellt wird, um die Höhe der leistenden Ausgleichszahlung eindeutig bestimmen zu können.³⁷⁴ Dies setzt voraus, dass die Vertragsparteien die Parameter und Methode der Kaufpreisberechnung offenlegen und Eingang in den Vertragsbestimmungen finden.

Haben die Parteien keine ausreichend klare Vereinbarung über die Höhe des Preisminderungsanspruches getroffen und ist die Berechnung des Wertes des mangelhaften Unternehmens nicht möglich³⁷⁵ oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden,³⁷⁶ so besteht für das Gericht die Möglichkeit, die Höhe des Anspruchs gem § 273 Abs 1 ZPO auf Antrag oder von Amts wegen nach seiner freien Überzeugung festzusetzen.³⁷⁷

Als Alternative zur Preisminderung steht dem Gewährleistungsberechtigten bei der Mangelbehebung auf zweiter Ebene die Wandlung zu, sofern es sich dabei nicht um einen geringfügigen Mangel handelt. Zur Beurteilung der Geringfügigkeit ist eine auf den konkreten Vertrag und die Umstände des Einzelfalles bezogene Interessensabwägung der Vertragsparteien vorzunehmen. Demnach ist das Wandlungsrecht dann zu verneinen, wenn die Auflösung des Vertrages angesichts des geltend gemachten Mangels unverhältnismäßig wäre.³⁷⁸

Neben dem objektiven Gewicht des Mangels³⁷⁹ wird beim Unternehmenskauf auch der deklarierte Erwerbzweck, also die Frage, ob von einer Unternehmensfortführung auszugehen ist und diese durch den Mangel substantiell beeinträchtigt wird, mit zu berücksichtigen sein.³⁸⁰

Aus diesem Ansatz folgt, dass das Fehlen einer besonders bedungenen, nicht gewöhnlich vor-

³⁷³ *Karollus-Bruner*, *ecolex* 2007, 828; *Löber*, *AnwBl* 1992, 532

³⁷⁴ *Hofmann/Nowotny*, *GesRZ* 2009, 132. Ein geringeres als das zugesicherte Eigenkapital, bedeutet nicht, dass die vom Käufer bewertete Ertragskraft bzw. objektivierter Marktwert des Zielunternehmens typischerweise in Höhe des Fehlbetrags abweicht. (*Puck*, *Unternehmenskauf* 43 f). Umgekehrt orientiert sich die Schadenshöhe des Erwerbers in der Minderung des Unternehmenswerts bezogen auf die von ihm vorgenommene Bewertung (bspw. unter Heranziehung von Multiples-Kennzahlen) und kann damit größer sein als die konkrete Abweichung. (*Karollus-Bruner*, *ecolex* 2007, 828).

³⁷⁵ Sofern sich dieser nicht durch einen Sachverständigen feststellen lässt. (OGH 3 Ob 236/01d MietSlg 54.087).

³⁷⁶ Dabei sind die mit der Beweisaufnahme verbundenen Kosten, Zeit und Arbeit zu berücksichtigen. (OGH 6 Ob 76/04a *ecolex* 2004, 854); wobei die Behauptungs- und Beweislast beim Kläger verbleibt. (OGH 3 Ob 236/01d MietSlg 54.087)

³⁷⁷ *Reichenberger* in *Reichenberger*, ZPO³ § 273 Rz 4 mwN; OGH 6 Ob 221/98 p JBl 1999, 115, 1 Ob 533/94 HS 25.786).

³⁷⁸ ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 19; *Welser/Jud*, *Reform Gewährleistungsrecht* 88.

³⁷⁹ Die Schwere des Mangels ist für die Beurteilung der Rechtsfolgen nach § 932 ABGB von Bedeutung, da der Übernehmer zwischen Preisminderung (bei unbehebaren Mangel) und Wandlung (bei nicht geringfügigen Mangel) frei wählen kann wenn jeweils beide Voraussetzungen erfüllt sind. (*Welser/Jud*, *Die neue Gewährleistung* § 932 Rz 36).

³⁸⁰ *Reich-Rohrwig/Thiery*, *ecolex* 1991, 92; *Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, *Hb Unternehmenskauf und Due Diligence*² 129.

ausgesetzten Eigenschaft, an dem der Übernehmer sein besonderes Interesse deutlich gemacht hat, jedenfalls einen nicht geringfügigen Mangel darstellt und regelmäßig zur Wandlung berechtigt.³⁸¹

Die Wandlung führt zur Aufhebung des Vertrages und wirkt wie ein Rücktritt schuldrechtlich ex tunc. Aufgrund des Vertrages vollzogene Übereignungsakte bleiben sachrechtlich weiter wirksam, es bestehen jedoch schuldrechtliche Ansprüche auf Rückübertragung der dinglichen Rechte.³⁸² Im Rahmen der Wandlung ist nicht nur das verkaufte Unternehmen gegen Rückzahlung des Kaufpreises rückzustellen, sondern es sind auch seit dem Stichtag der Übernahme eingetretene Wertverschiebungen bereicherungsrechtlich auszugleichen. Die gegenseitige Zurückstellung der bereits ausgetauschten Leistungen führt beim Unternehmenskauf zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten.³⁸³

Ab dem dinglichen Übergang hat der Verkäufer nämlich keinen Einfluss mehr auf die Entwicklung des Unternehmens, da das Unternehmen vom Erwerber weitergeführt wird und wirtschaftlich relevante Entscheidungen getroffen werden. Das Unternehmen unterliegt somit der ständigen Veränderung und befindet sich zum Zeitpunkt der Rückabwicklung in einer anderen wirtschaftlichen Lage. Bezogen auf die Umgestaltung des Erwerbers, welche zu einer Änderung des wirtschaftlichen Gehalts des Unternehmens bzw. der Gesellschaftsanteile führt, stellt sich die Frage, ob die Rückgabe des Vertragsgegenstandes mangels Identität des Unternehmens möglich ist.³⁸⁴ Hinzu kommt das Problem, dass der Käufer in der Zwischenzeit Einblick in die Interna und Geschäftsgeheimnisse nehmen konnte und bei einer Rückabwicklung die erlangten Informationen zum Nachteil des Verkäufers verwendet werden könnten.³⁸⁵

³⁸¹ *Bydlinski* in *KBB*⁴ § 932 Rz 19; *Faber*, Gewährleistungsrecht 133; *Jud*, Schadenersatz 295 ff; *Reischauer*, *JB1* 2002, 142; *OGH* 7 Ob 239/05f *JB1* 2006, 585 = *ecolex* 2006, 562; 8 Ob 63/05f *RdW* 2005, 744 = *ecolex* 2006, 25. Vgl. im Gegensatz dazu die alte *Rsp* vor der Gewährleistungsreform 2002, wonach eine geringere als die zugesicherte Ertragskraft nicht den ordentlichen Gebrauch des Unternehmens hindere, weshalb der Käufer kein Recht auf Wandlung zustand (*OGH* 3 Ob 254/53 *SZ* 26/154; 5 Ob768/80 *SZ* 54/88).

³⁸² *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 85 f.

³⁸³ *Torggler/Hofmann* in *Bertl/Mandl* et al, Kauf und Verkauf von Unternehmungen 81 f; *Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 132.

³⁸⁴ *Flener* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 613; *Nowotny/Gelter*, *GesRZ* 2000, 64. Bloße Veränderungen im Vermögensbestand des Unternehmens, sowie Modernisierungsmaßnahmen schließen die Rückstellung des Unternehmens nicht aus. Handelt es sich hingegen um grundlegende Umgestaltungen im Tätigkeitsbereich des Unternehmens zB durch Sanierung, Restrukturierung oder Verschmelzung des Unternehmens, sodass nach der Verkehrsauffassung ein anderer als der geleistete Vertragsgegenstand vorliegt, wird die Rückgabe des Unternehmens als unmöglich anzusehen sein. (*Puck*, Unternehmenskauf 90). Die Unmöglichkeit der Rückgabe der geleisteten Sache führt aber nicht zum Verlust des Wandlungsanspruches, da die Rückstellung der mangelhaften Sache nicht Voraussetzung, sondern Folge der Wandlung ist. Bei schuldhafter Vereitelung der Rückstellung, infolge der Zerstörung oder Weiterveräußerung der mangelhaften Sache, hat der Erwerber allenfalls für sein Verschuld Wertersatz zu leisten. (*Ofner* in *Schwimann/Kodek*, *Praxiskommentar IV*⁴ § 932 Rz 73; *Reischauer* in *Rummel*³ § 932 Rz 4; *OGH* 2 Ob 280/04x *ecolex* 2006/46; 6 Ob 134/08 m *JB1* 2008, 786.

³⁸⁵ *Flener* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 613; *Nowotny/Gelter*, *GesRZ* 2000, 64.

Die Rückabwicklung führt im Ergebnis dazu, dass der Verkäufer nicht nur das Haftungsrisiko, sondern auch das wirtschaftliche Risiko der Unternehmensführung durch den Käufer seit der Übergabe zu tragen hätte.³⁸⁶ Bereicherungsrechtlich sind alle seit dem Stichtag der wirtschaftlichen Übergabe erfolgten Wertverschiebungen auszugleichen. Da mit der Wandlung der Vertrag rückwirkend beseitigt wird, fällt auch der Rechtsgrund für das Behalten der Vermögensverschiebung weg, weshalb der Erwerber nach dem Modell des Gesetzes jegliche Gewinne, die er in der Zwischenzeit lukriert hat, an den Veräußerer rückerstatten muss. Im Gegenzug hat der Verkäufer die Vorteile, die aus der Nutzung des Kaufpreises resultieren (Zinsen), herauszugeben. Allerdings erscheint dieser Grundsatz dann nicht gerechtfertigt zu sein, wenn der Erwerber durch seinen persönlichen Einsatz und seine Entscheidungen im Rahmen der Geschäftspolitik einen bedeutenden Beitrag zum Unternehmenserfolg beigetragen hat.³⁸⁷ Ob und wie ein derartiger Ausgleich beim zufälligen Untergang der Sache zu erfolgen hat, ist nicht vollständig geklärt.³⁸⁸

Die *Jud* behilft sich damit, indem sie bei Redlichkeit der Parteien von einem Äquivalenzverhältnis der aus Leistung und Gegenleistung gezogenen Vorteile ausgeht. Nach diesem Grundsatz ist weder der Käufer noch der Verkäufer zur Erstattung der von ihm gezogenen Nutzungen verpflichtet. Erst ab dem Zeitpunkt der Kenntnis der Rückabwicklungspflicht hat jeder Teil die aus der Sache erzielten Vorteile herauszugeben.³⁸⁹ Allerdings ist zu beachten, dass selbst bei Unredlichkeit und bewusst rechtswidrigen Handlungen des Bereicherungsschuldners grundsätzlich nicht alle gezogenen Vorteile dem Vertragspartner zu ersetzen sind. Jene Vermögensvermehrung, die aufgrund eines gewichtigen Beitrages des Bereicherungsschuld-

³⁸⁶ *Stainer*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf 155; *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 93.

³⁸⁷ *Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 132; *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 93.

³⁸⁸ Nach der Zwei-Konditionen-Theorie sind beide Konditionsansprüche voneinander unabhängig. Der zufällige Untergang der Sache trifft den Herausgabeberechtigten (Verkäufer des Unternehmens). Der Empfänger (Käufer des Unternehmens) kann die eigene Leistung zurückfordern, ohne den Wert der untergegangenen Sache zu vergüten. Nach der Saldo-Theorie hingegen, trägt der Käufer stets das Risiko des zufälligen Untergangs, weil sich die Sache in seiner Sphäre befunden hat. Der Bereicherungsanspruch des Empfängers ist insoweit auf den Betrag beschränkt, um den der objektive Wert seiner Leistung (gezahlter Kaufpreis) den Wert der Gegenleistung (jenen der untergegangenen Sache) übersteigt. Keine der beiden Theorien wird von der *Lit* und *Jud* strikt durchgehalten, beiden Theorien werden jeweils wechselseitige Ausnahmen eingeräumt. (*Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 492 f; *Puck*, Unternehmenskauf 91 f; *Stainer*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf 156 mwN).

³⁸⁹ OGH 7 Ob 672/86, JBl 1987, 513; RIS-Justiz RS0010213; *Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 132; *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 93 f.

ners, wie der Einschuss von Betriebsmitteln, persönliches Engagement, Einbringung von Know-How, beruht, ist nicht rückzuerstatten.³⁹⁰

Infolge der mit der Aufhebung des Unternehmenskaufvertrages verbundenen Vielzahl von Problemen, mitunter dass das Unternehmen bereits eine Zeit lang vom Käufer weitergeführt und umgestaltet wurde, stellt die Rückabwicklung insbesondere für den asset deal eine ungeeignete Rechtsfolge dar.³⁹¹ Deshalb sollte die Möglichkeit zur Wandlung vertraglich nur auf bestimmte, die Interessen des Käufers schwer beeinträchtigende Gründe (fehlendes Eigentum des Verkäufers, notwendiges gewerbliches Schutzrecht, fehlende Ertragskraft) beschränkt werden. Denkbar wäre die Einschränkung auf den Fall, in dem der sonst zustehende Anspruch auf Schadenersatz bzw. Wertausgleich einen bestimmten Betrag übersteigt. Zusätzlich sollte das Rückabwicklungsprozedere exakt beschrieben werden, welche Aufwendungen zu ersetzen sind und ob Nutzungen (Unternehmensgewinne, Beteiligungserträge) sowie Zinsnachteile auszugleichen sind. Sachgerecht erscheint eine Regelung, die darauf abstellt, welchen Vertragsteil das Verschulden am Grund für die Vertragsaufhebung trifft bzw. in wessen Sphäre der Aufhebungsgrund liegt.³⁹²

4.3 Gewährleistungsausschluss bei Offenkundigkeit des Mangels?

§ 928 ABGB normiert, dass für Mängel, die in die Augen fallen, oder auf der Sache haftende Lasten, die aus den öffentlichen Büchern ersichtlich sind, keine Gewähr zu leisten ist. Das Prinzip der Regelung beruht auf der Schlussfolgerung, dass offenkundige Mängel von den Vertragsparteien konkludent in die Leistungsvereinbarung einbezogen und bei der Kaufpreisvereinbarung berücksichtigt werden, sodass die subjektive Leistungsäquivalenz gewahrt bleibt. Maßgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, in dem der Erwerber seine bindende Willenserklärung abgibt.³⁹³

In die Augen fallende offenkundige Mängel sind jene, die bei Anwendung durchschnittlicher Sorgfalt³⁹⁴ besonders leicht, dh ohne weiteres erkennbar sind. Es ist nicht erforderlich, dass

³⁹⁰ Das Bereicherungsrecht dient nicht dem Zweck, dass der Bereicherungsgläubiger mit der Rückabwicklung „das Geschäft seines Lebens macht“. (OGH 10b65/97h ecolex 1997, 574 unter Verweis auf *Bydlinski F.*, Zum Bereicherungsanspruch gegen den Unredlichen, JBl 1969, 252 (255 ff).

³⁹¹ *Keplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 94; *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 353; *Wiedenbauer/Klauninger*, ecolex 2003, 398.

³⁹² *Flener* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 613 f; *Torggler/Hofmann* in *Bertil/Mandl et al*, Kauf und Verkauf von Unternehmungen 81 f.

³⁹³ OGH 1 Ob 504/92 JBl 1992, 646; *Bydlinski* in *KBB*⁴ § 928 Rz 2; *Reischauer* in *Rummel*³ § 928 Rz 2.

³⁹⁴ Ein augenfälliger Mangel liegt vor, wenn er bei Anwendung des Fleißes und der Aufmerksamkeit, die im Rahmen gewöhnlicher Fähigkeiten liegen iSd § 1297 ABGB wahrgenommen werden kann. (OGH 5 Ob 185/72

die Mängel überhaupt sinnfällig sind, sodass auch „Rechtsmängel“ „in die Augen fallen“ können.³⁹⁵ Ein Mangel der nur für einen Fachmann oder Sachverständigen erkennbar ist, ist als verborgener Mangel zu werten. Augenfällig sind nur jene Mängel, die keiner Untersuchung bedürfen, oder die bei einer tatsächlich durchgeführten Untersuchung zu Tage getreten wären.³⁹⁶

Zu beachten ist allerdings, dass die Rsp und Lit hinsichtlich der Untersuchungsobliegenheit bzw. Nachforschungspflicht des Erwerbers kein einheitliches Bild zeigen. Außerhalb des Anwendungsbereiches des § 377 UGB besteht nach hA keine Verpflichtung, die Sache auf nicht augenfällige Mängel zu untersuchen, selbst dann nicht, wenn die Inaugenscheinnahme mit keinem besonderen Zeit- und Kostenaufwand verbunden wäre. Andererseits liegt ein Gewährleistungsausschluss nach der Rsp bereits dann vor, wenn erkennbare äußere Mängel, ohne weiteres auf den inneren Zustand schließen lassen, auch wenn die endgültige Klärung über Ursache, Umfang und Bedeutung des Mangels erst durch einen Sachverständigen erfolgt.³⁹⁷ Letztlich bezieht sich die Offenkundigkeit auf Mängel, die sowohl bei gebotener Sorgfalt erkennbar waren als auch auf Mängel, die infolge grober Sorgfaltswidrigkeit nicht erkannt wurden.³⁹⁸

In einer älteren Entscheidung ging der OGH noch einen Schritt weiter, indem er vom Unternehmenskäufer sogar eine Prüfoobligenheit von Geschäftsunterlagen verlangte. Im Anlassfall hat der Erwerber es verabsäumt, die Vorlage von Steuerbilanzen eines Unternehmens anzufordern, aus denen sich bei einer ordnungsgemäßen Untersuchung, Verluste vergangener Jahre gezeigt hätten, die, wären sie Eigenschaft des Unternehmens, jedenfalls als offenkundiger Mangel zu werten seien und somit Gewährleistungsansprüche ausschließen.³⁹⁹

Die in der zitierten Erkenntnis geforderte Nachforschungspflicht steht im unlösbaren Widerspruch zur gefestigten Jud⁴⁰⁰ und Lehre⁴⁰¹, welche die unternehmensrechtliche Rügepflicht

HS 8327; 6 Ob 653/86 JBl 1987, 383) für den erwerbenden Fachmann gilt die besondere Sorgfalt iSd § 1299 ABGB; für den erwerbenden Unternehmer gilt die Sachverständigensorgfalt gem § 347 UGB, wenn es sich auf seiner Seite um ein unternehmensbezogenes Geschäft handelt. (*Zöchling-Jud* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 928 Rz 7).

³⁹⁵ OGH 6 Ob 653/86 JBl 1987, 383; *Reischauer* in *Rummel*³ § 928 Rz 1

³⁹⁶ OGH 3 Ob 540/79 SZ 53/63; *Zöchling-Jud* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 928 Rz 13.

³⁹⁷ OGH 6 Ob 390/97i RdW 1998, 606; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 928 Rz 4.

³⁹⁸ *Brugger*, Unternehmenserwerb 106; *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 360, *Reischauer* in *Rummel*³ § 928 Rz 1.

³⁹⁹ OGH 4 Ob 1657/95 RdW 1996, 60 = *ecolex* 1996, 247.

⁴⁰⁰ OGH 3 Ob 290/01w SZ 2002/38; 3 Ob 111/09h JBl 2010, 180.

⁴⁰¹ *Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 118 f; *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 93; *Kramer/Martini* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ §§ 377, 378 Rz 8; *Schauer* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 377 Rz 3, *Puck*, Unternehmenskauf 109 f und 133; *Oberlechner*, *ecolex*

gem §§ 377 ff UGB auf den Unternehmenskauf als solchen, mangels Charakter eines typischen Umsatzgeschäfts und der fehlenden Warenqualität des Unternehmens, ausschließt. Auch beim share deal kommt nur eine Rügepflicht gem § 381 UGB hinsichtlich der Mängel der Wertpapierurkunde selbst in Betracht.⁴⁰² Schlussfolgernd ist davon auszugehen, dass auch keine Obliegenheit zur Durchführung einer Due Diligence Prüfung beim Unternehmenskauf besteht, da diese in der Praxis häufig unter Beiziehung externer Fachleute erfolgt und deren eingehende Prüfungshandlungen und Analysen hauptsächlich auf nicht augenfällige Probleme des Unternehmens gerichtet sind und somit weit über das hinausgehen, was in der Norm des § 928 ABGB erblickt werden kann.⁴⁰³

Zum Teil wird auch von einer Verkehrssitte⁴⁰⁴ ausgegangen, die zur Durchführung einer Due Diligence Prüfung anhalten soll. Dies ist jedoch insofern fraglich, da eine solche Verkehrssitte einen generalisierbaren Kernbestand an Prüfpflichten für den Käufer voraussetzt, welche sich beim Unternehmenskauf nicht mit hinreichender Genauigkeit feststellen lassen. Zum anderen wird zu Recht darauf verwiesen, dass Geschäftsführer, Vorstände aus gesellschaftsrechtlicher interner Verpflichtung veranlasst sind, das erwerbende Unternehmen zu prüfen. Der gesellschaftsrechtliche Sorgfaltsmaßstab dient dabei primär den Interessen der Gesellschaft und ist nicht geeignet, ein nach außen hin wirkendes, rechtlich schützenswertes Vertrauen des Verkäufers zu stützen.⁴⁰⁵

Da augenfällige Mängel offen zutage kommen und vom Käufer ohne weiteres als solche wahrgenommen und erkannt werden, bedürfen sie auch keiner näheren Untersuchung, weshalb im Zusammenhang mit den oben angeführten Argumenten grobe Fahrlässigkeit bei Unterlassung einer Due Diligence Prüfung nur in Ausnahmefällen angenommen werden sollte. Diese liegen vor, wenn eine nähere Untersuchung aufgrund besonderer Verdachtsmomente sich geradezu aufdrängt und der Erwerber dennoch davon absieht, weitere Informationen einzuholen. Als derartige Umstände kommen Warnungen durch den Verkäufer oder einen Drit-

2006, 628 ff; *Reich-Rohrwig/Thiery*, *ecolex* 1991, 93; *Stainer*, *Gewährleistung beim Unternehmenskauf* 139; *Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, *Hd M&A* 494; *Wilhelm*, *RdW* 1985, 267.

⁴⁰² *Röper*, *ecolex* 2009, 935 f.

⁴⁰³ *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 630; *Ofner in Schwimann/Kodek*, *Praxiskommentar IV*⁴ § 928 Rz 4; *Wittmann*, *Vertragliche Gewährleistungsregelungen* 41. Zudem muss der offenkundige Mangel bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und nicht erst bei der Übergabe vorliegen, sodass § 928 ABGB keine dem § 377 UGB vergleichbare Rügeobliegenheit des Erwerbers statuiert. *Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*^{1.02} § 928 Rz 7 mit Verweis auf *Böhler*, *Grundwertungen zur Mängelrüge* 34 f.)

⁴⁰⁴ *Löber* in *FS Michalek* 287; *Strasser*, *SWK* 2003, 691.

⁴⁰⁵ *Fleischer/Körber*, *BB* 2001, 846; *Werner*, *ZIP* 2000, 989.

ten, der äußere Zustand der Besichtigung oder bestimmte Vertragsklauseln wie bspw. „Kauf wie besichtigt“ in Betracht.⁴⁰⁶

Vor dem Hintergrund des Unternehmenskaufes ist jedoch einer vorangehenden Due Dilligence Prüfung und deren Einfluss auf die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche zusätzliche Aufmerksamkeit zu schenken. Aufgrund eines Größenschlusses wird nämlich die Verkäuferhaftung auch dann ausgeschlossen, wenn der Mangel dem Erwerber nicht nur erkennbar, sondern beim Vertragsabschluss tatsächlich bekannt war. Problematisch ist dabei die Gegebenheit, dass der Größenschluss direkt an eine grundlegende Strategie des Verkäufers anknüpft, um Mithilfe einer umfangreichen Offenlegung gewährleistungseinschränkende Wirkung zu entfalten.⁴⁰⁷

Zutreffend wird dabei von der Lit unterschieden, ob der Mangel spezifisch offengelegt wurde oder lediglich unspezifische Unterlagen vorgelegt und Informationen erteilt wurden, aus denen der Erwerber im Zuge der Prüfung nur die Schlussfolgerung ziehen könnte, dass ein Mangel vorliegt. Aufgrund der Komplexität der häufig vorliegenden Sachverhalte und Rechtsfragen können derartige Schlussfolgerungen in der befristet kurzen Zeit einer Due Dilligence Prüfung, selbst unter Beihilfe fachkundiger Experten, nicht immer zu evidenten Ergebnissen führen. Folglich würde es widersinnig erscheinen, dem Verkäufer durch eine umfangreiche Offenlegung bedingungslos von der Qualität der vorgelegten Dokumente und Auskünfte die Möglichkeit zu geben, sich von der Mängelhaftung zu befreien. Eine derartig unspezifische Offenlegung der Informationen, aus denen sich Hinweise auf den Mangel nur an versteckter Stelle finden lassen oder nur durch aus der Zusammenschau der verschiedenen Unterlagen ergeben, führt somit keinesfalls zur Haftungsbefreiung für Gewährleistungsmängel.⁴⁰⁸

Ebenfalls umstritten ist die Frage, inwieweit dem Erwerber bei einer freiwillig durchgeführten Due Diligence Prüfung offenkundige Mängel unterstellt werden können, die ihm zwar nicht bekannt waren, er aber hätte erkennen können. Dabei kann auf eine Entscheidung des OLG Wien⁴⁰⁹ zurückgegriffen werden, die zum Verhältnis zwischen Due Diligence und augenfälligen Mängel Stellung genommen hat, in der hervorgeht, dass positive Kenntnis wie auch grobfahrlässige Unkenntnis zum Ausschluss der Gewährleistung führen. Bei näherer Betrachtung

⁴⁰⁶ *Fleischer/Körber*, BB 2001, 844 f; *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 42.

⁴⁰⁷ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 93; *Puck*, Unternehmenskauf 101.

⁴⁰⁸ *Oberlechner*, *ecolex* 2006, 628; *Röper*, *GesRZ* 2009, 137; *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 443; *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 45.

⁴⁰⁹ OLG Wien 18.2.2005, 16 R 281/04t.

auf die dort verwiesene Lit⁴¹⁰ kommt man zum Schluss, dass auf die grob fahrlässige Unkenntnis dieselben Wertungsmaßstäbe wie bei der positiven Mangelkenntnis anzulegen sind, sodass grob fahrlässige Unkenntnis bei unspezifischer Vorlage von Dokumenten idR zu verneinen sein wird. Jede andere Auffassung⁴¹¹ führt zu Wertungswidersprüchen gegenüber dem Käufer, der überhaupt keine Due Diligence Prüfung durchführt. Will man diese willkürliche Ungleichbehandlung vermeiden, wird man den Verlust der Gewährleistungsrechte nur dann annehmen dürfen, wenn der Käufer die übersehenen Mängel auch ohne nähere Durchleuchtung des Zielunternehmens hätte erkennen müssen.⁴¹²

Da es sich beim Gewährleistungsausschluss um ein anspruchsvernichtendes Sachverhaltsmerkmal handelt, trägt grundsätzlich der Verkäufer die Beweislast für die Kenntnis des Mangels. Hingegen muss sich der Erwerber bei Durchführung der Due Diligence Prüfung das Wissen seiner externen Berater zurechnen lassen, sofern die Beauftragung mit der eigenverantwortlichen Kenntnisnahme für den Veräußerer nach außen hin in Erscheinung getreten ist. Ein allfälliges grobes Verschulden, das zur Nichtaufdeckung eines offenkundigen Mangels führt, ist dem Geschäftsherrn bereits nach den allgemeinen Grundsätzen des § 1313a ABGB zuzurechnen.⁴¹³

Anzumerken ist allerdings auch, dass der Gewährleistungsausschluss trotz Offenkundigkeit des Mangels nicht zur Anwendung kommt, wenn die fehlende Eigenschaft ausdrücklich zugesichert oder arglistig verschwiegen wurde.⁴¹⁴ Strittig ist, ob Gewährleistungsansprüche auch dann bestehen bleiben sollen, wenn in Kenntnis des offenkundigen Mangels eine gegenteilige Zusage abgegeben wurde. Die Jud betont dazu einerseits, dass selbst in Kenntnis der gegenteiligen Zusage nicht allgemein davon ausgegangen werden kann, dass die mangelnde Fehlerfreiheit ohnedies schon preismindernd berücksichtigt wurde.⁴¹⁵ Andererseits billigt der OGH auch den Nachweis zu, die nach ihren Wortlaut zu weit formulierte Vertragsklausel gemessen

⁴¹⁰ Der OLG verweist dabei auf *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353, welche für ihren Begriff der positiven Kenntnis auf die deutsche Lit verweisen; einerseits *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁴ Rz 43, welche für einen Gewährleistungsausschluss die wirkliche Offenlegung des kritischen Umstandes fordern; und andererseits *Fleischer/Körber*, Due diligence und Gewährleistungen beim Unternehmenskauf; BB 2001, 847; die für die positive Kenntnis, die Erkennbarkeit der Wert bzw. Brauchbarkeitsminderung der Mangel begründeten Umstände voraussetzen.

⁴¹¹ Wie die Annahme der groben Sorgfaltswidrigkeit bei weit überlegener Sachkunde des Erwerbers (*Röper*, GesRZ 2009, 137; *Strasser*, SWK 2003, 691).

⁴¹² *Fleischer/Körber*, BB 2001, 848.

⁴¹³ *Fleischer/Körber*, BB 2001, 847; *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 360.

⁴¹⁴ *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, HdB Unternehmenskauf und Due Diligence II 96 f.

⁴¹⁵ OGH 1 Ob 274/68 JBl 1970, 142 = SZ 41/182; 1 Ob 657/76 JBl 1977, 490 = SZ 49/124; RIS-Justiz RS0014140, RS0018513.

am natürlichen Konsens beider Parteien von der Zusage der Mangelfreiheit auszunehmen.⁴¹⁶ Methodisch wird bei der gegenständlichen Frage in der Lit danach unterschieden, ob eine Wissens- oder Willenserklärung vorliegt.

Betrachtet man die Zusage als reine Wissensklärung an, so liegt keine Begründung der Gewährleistungspflicht vor, wenn dem Erwerber die Unrichtigkeit der Zusicherung bekannt war, sodass das Verhalten des Veräußerers keine falsche Vorstellung des Erwerbers erweckt hat.⁴¹⁷

Betrachtet man hingegen die vertragliche Zusage der Mangelfreiheit des Kaufobjekts als Willens- und nicht bloß als Wissensklärung,⁴¹⁸ bei welcher auch die Kenntnis des Käufers von der Unrichtigkeit der Zusicherung nicht schadet, so hat der Verkäufer für behebbare Mängel aufgrund der ausdrücklichen Zusage der Mangelfreiheit einzustehen. Ist der Mangel hingegen nicht behebbare, so ist nicht dafür zu haften, wenn der Erwerber diesen kennt, da in diesem Fall die Zusage der Fehlerfreiheit einen absurden Vertragsinhalt iSd § 878 ABGB darstellt und somit als ungültig einzustufen ist.⁴¹⁹

Für die zweite Auffassung der Willenserklärung sprechen die Funktion und das Wesen der Due Diligence Prüfung, in der regelmäßig zutage tretende Mängel und Risiken des Zielunternehmens aufgedeckt werden. Der Erwerber wird versucht sein die entsprechenden Risiken und Mängel im Wege einer Kaufpreisreduktion oder mittels entsprechender Zusagen oder Garantien zu begrenzen. Dies ist auch dem Vertragspartner bewusst, sodass Zusicherungen seinerseits als besonderes Versprechen bei Vertragsabschluss und somit als Willenserklärung anzusehen sind. Würde man derartigen Zusicherungen die Wirksamkeit absprechen, wären Gewährleistungsklauseln weitestgehend ihrer Sinnhaftigkeit beraubt, indem den Käufern die Möglichkeit genommen wird, sich bei Erkennbarkeit gewisser Risiken entsprechend vertraglich abzusichern.⁴²⁰ Diese Ansicht deckt sich auch mit der besonderen gesetzlichen Regelung des § 928 ABGB betreffend ersichtlicher Lasten aus öffentlichen Büchern. Gibt der Verkäufer mit dem Grundbuchsstand nicht im Einklang stehende Zusicherungen ab, so darf er die kor-

⁴¹⁶ OGH 2 Ob 570/94 NZ 1995, 129; OGH 07.03.1967, 8 Ob 36/67; RIS-Justiz RS0024005.

⁴¹⁷ *Gschnitzer* in Klang² IV/1 521 dem folgend *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 360.

⁴¹⁸ Nach vertrauenstheoretischem Ansatz ist zu hinterfragen, ob nicht auch dem Wissenden mehr Qualität wirksam versprochen wurde. (*Reischauer* in Rummel³ § 928 Rz 1).

⁴¹⁹ *Reischauer* in Rummel³ § 928 Rz 5; dem folgend *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 928 Rz 13.

⁴²⁰ *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 101; *Reischauer* in Rummel³ § 928 Rz 2; *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 45.

respondierenden Erklärungen des Erwerbers nicht mehr als auf dem Grundbuchstand beruhend ansehen.⁴²¹

Allerdings besteht auch hier durchaus die Möglichkeit, bei spezifischer Offenlegung des Mangels, welcher nicht an versteckter Stelle, sondern nur durch Zusammenschau der zahlreichen Dokumente des Datenraumes aufgespürt werden kann, eine Einschränkung der nach ihrem Wortlaut zu weit gefassten Zusage über die Mangelfreiheit kraft ausdrücklicher oder schlüssiger Willenserklärung iSd § 863 ABGB vorzunehmen. Hinzu kommt nämlich, dass den Erwerber Aufklärungspflichten treffen,⁴²² wenn für ihn evident ist, dass sich der Verkäufer bei Textierung der zu weit gefassten Gewährleistungszusage (hier der Bilanzgarantie) im Irrtum befindet oder die Sachlage falsch beurteilt. Ist für den Käufer vor Vertragsabschluss oder im Zuge der Due Diligence Prüfung die Anwendung unrichtiger Bilanzierungsmethoden oder Bewertungsgrundsätze ersichtlich, so wird er sich nicht aus der für ihn im Vorhinein ersichtlich unrichtigen Bilanzierung Ansprüche auf Grundlage der vereinbarten Bilanzgarantie erheben können.⁴²³

In diesem Zusammenhang sind auch die disclosure exhibits/schedules, die als Anlage in den Kaufvertrag aufgenommen werden, von zunehmender Bedeutung. Sie beinhalten Umstände, für die der Verkäufer keine vertragliche Gewährleistung übernehmen möchte. Der Erwerber hat dabei die offengelegten Sachverhalte mit den Ergebnissen der durchgeführten Due Diligence Prüfung abzugleichen, da er sonst einem Risiko zustimmt, für welches der Veräußerer nicht haftet.⁴²⁴ Aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit im Fall bekannter Mängel ist dem Käufer zur Wahrung seiner Interessen anzuraten, auf ein selbständiges abstraktes Garantieversprechen iSd § 880a zweiter Fall ABGB zurückzugreifen, da eine solche Freistellungserklärung jedenfalls ungeachtet der Kenntnis des Mangels wirksam bleibt.⁴²⁵

⁴²¹ *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 46. OGH 1 Ob 274/68 JBl 1970, 142 = SZ 41/182; *Reischauer* in Rummel³ § 928 Rz 7. Nach der Rsp haftet der Zusagende selbst dann, wenn der Erwerber erklärt hat, den Grundbuchsstand zu kennen. OGH 3 Ob 572/91, WoBl 1992, 160.

⁴²² Wenngleich der Bogen der Aufklärungspflichten bei entgeltlichen Geschäften, nicht überspannt werden darf, da jeder Vertragsteil selbst auf seinen Vorteil bedacht ist, wird die Aufklärungspflicht zumindest in abgemilderter Form insoweit anzuerkennen sein, als der Erwerber aus der Nichtaufklärung des dem Verkäufer unterlaufenen Fehlers keine für ihn vorteilhaften Rechtsfolgen beziehen darf.

⁴²³ *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 444 f.

⁴²⁴ *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 101.

⁴²⁵ *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 361; *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 46.

4.4 Schadenersatz

Während in Unternehmenskaufverträgen die Gewährleistungszusagen und Garantien, sog. representations and warranties, oft sehr ausführlich abgehandelt werden, werden allfällig zustehende Schadenersatzansprüche oft nur mit zu wenig Aufmerksamkeit bedacht. Betrachtet man die von der Jud⁴²⁶ etablierte und nunmehr im ABGB⁴²⁷ verankerte echte Konkurrenz zwischen Schadenersatz und Gewährleistung, ist dies insofern verwunderlich, da bei Vorliegen der erweiterten Voraussetzungen des Schadenersatzanspruches neben Mangelschäden auch zusätzlich Mangelfolgeschäden geltend gemacht werden können. Zudem gelten für Schadenersatzansprüche längere Verjährungsfristen, sodass eine Klage aus Schadenersatz auch dann noch möglich ist, wenn der korrespondierende Gewährleistungsanspruch bereits verjährt ist.⁴²⁸

Im Unterschied zum Gewährleistungsrecht muss den Verkäufer beim Schadenersatzanspruch ein Verschulden treffen; sprich die Schlechterfüllung muss auf ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des Verkäufers zurückzuführen sein. Die Rechtswidrigkeit resultiert aus der Verletzung des Unternehmenskaufvertrages sowie aus der Verletzung vorvertraglicher Pflichten, indem bspw. der Übergeber eine Sache liefert, welche die ausdrücklich vereinbarten Eigenschaften nicht aufweist, den Mangel vor Übergabe der Sache aktiv herbeiführt bzw. nicht beseitigen lässt oder über einen anfänglich unbehebaren Mangel nicht aufklärt.⁴²⁹ Entsprechend § 1298 ABGB wird allerdings bei Nachweis der Vertragsverletzung und der Kausalität für den Schaden, welche ja idR mit der Übergabe einer mangelhaften Sache ursächlich ist⁴³⁰, das Verschulden des Verkäufers an der Mangelhaftigkeit vermutet.⁴³¹

Im Zusammenhang mit der Beweislast des Verschuldens stellt sich beim Unternehmens- bzw. Anteilskauf die Frage, inwieweit der Verkäufer sich ein Verschulden der im Unternehmen

⁴²⁶ Für den Werkvertrag ist dies oberstgerichtlich anerkannt: 1 Ob 536/90 SZ 63/3 = ecolex 1990, 279 = RdW 1990, 153 und in der Folgeentscheidung auch für den Kaufvertrag anerkannt: 8 Ob 600/90 ecolex 1990, 474 = JBl 1990, 792.

⁴²⁷ § 933 ABGB; vgl. dazu auch die Literaturmeinung schon vor dem GewRÄG: *Ehrenzweig/Mayrhofer*, Schuldrecht Allgemeiner Teil³ 1986, 441 f; *Honsell*, Aktuelle Probleme der Sachmängelhaftung, JBl 1989, 205 (209); *Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag 140 ff; *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung 54.

⁴²⁸ *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 358.

⁴²⁹ ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 20; *Bydlinski* in KBB⁴ § 933a Rz 2 f; *Welser/B. Jud*, Die neue Gewährleistung § 933a Rz 6; *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung 33, 72 f; *Rummel* in *Rummel*³ § 1298 Rz 18.

⁴³⁰ *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung 54.

⁴³¹ Dies gilt grundsätzlich nur im Falle leichter Fahrlässigkeit. Allerdings greift nach Ablauf von zehn Jahren ab Übergabe der Sache die Sondernorm des § 933a Abs 3 ABGB, wonach der Beweis des Schadens dem Übernehmer obliegt. Liegt allerdings ein vertraglicher Haftungsausschluss für leichtes Verschulden vor, so muss sich der Schädiger wiederum vom Vorwurf grober Fahrlässigkeit freibeweisen (*Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 933a Rz 45 mwN).

tätigen Mitarbeiter zurechnen lassen muss. Beim asset deal hat der Verkäufer als Unternehmensträger sich die Fehler seiner Mitarbeiter zurechnen zu lassen. Da diese im Geschäftsbetrieb unter seinem Willen tätig sind, haftet der Verkäufer nach § 1313a ABGB für die schuldhaftige Pflichtverletzung seiner Erfüllungsgehilfen. Beim Share Deal wird der Entlastungsbeweis des Anteilsverkäufers einfacher zu erlangen sein, da er als rein kapitalistischer Gesellschafter weder das Fehlverhalten der Mitarbeiter noch der Geschäftsführung des Zielunternehmens sich zurechnen lassen muss, sofern er nicht selbst an der Geschäftsführung mitwirkt.⁴³²

Bezüglich des Schadens bzw. der Schadenshöhe ist beim Unternehmenskauf zwischen Mangelschaden, Mangelfolgeschäden und Vertrauensschaden zu unterscheiden. Schadenersatzrechtlich haftet der Verkäufer grundsätzlich für das Erfüllungsinteresse (das positive Vertragsinteresse), dh der Käufer ist vermögensmäßig so zu stellen, wie er stünde, wenn der vertragsmäßige Zustand gegeben bzw. die vertraglichen Zusicherungen erfüllt wären.⁴³³ Der Käufer kann dabei nicht nur den sog. Mangelschaden, denjenigen Schaden, der allein aus der Mangelhaftigkeit der Sache selbst resultiert, geltend machen, sondern im Unterschied zur Gewährleistung auch den Ersatz von Mangelfolgeschäden begehren. Darunter versteht man solche Schäden, die dem Erwerber als Folge aus der Mangelhaftigkeit der Sache an sonstigen Rechtsgütern entstanden sind.⁴³⁴ Als Mangelfolgeschäden beim Unternehmenskauf kommen Kosten eines Prozesses, oder Kosten der Rückstellung bei Wandlung in Betracht.⁴³⁵ Abweichend vom allgemeinen Zivilrecht, umfasst das zu ersetzende Erfüllungsinteresse bei grober Fahrlässigkeit sowie bei unternehmensbezogenen Geschäften gem § 349 UGB stets auch den Ersatz des entgangenen Gewinns. Ein solcher kann beim Unternehmenserwerb aus einem entgangenen Weiterveräußerungserlös, nicht erhaltenen Aufträgen, Umsatzeinbußen aufgrund nicht funktionsfähiger Produktionsgüter bestehen.⁴³⁶

Liegt hingegen bereits beim Vertragsabschluss ein unbehebbarer Mangel vor, so gebührt dem Käufer mangels Kausalität, da niemand zur Herstellung eines unmöglichen Erfolges verpflichtet werden kann, lediglich der Ersatz des Vertrauensschadens. Das schuldhafte Verhalten des Verkäufers liegt hierbei in der Verletzung der Aufklärungspflicht begründet. Da der Vertragspartner auch bei pflichtgemäßer Aufklärung keine mangelfreie Sache bekommen hätte,

⁴³² Puck, Unternehmenskauf 113 f; Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Hb M&A 496.

⁴³³ Reischauer, JBI 2002, 160.

⁴³⁴ Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung 39; Kurschel, Die Gewährleistung beim Werkvertrag 140.

⁴³⁵ Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 148.

⁴³⁶ Jud, Schadenersatz 222 ff; Puck, Unternehmenskauf 117 f; Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Hb M&A 497.

ist nur jener Schaden zu ersetzen, welcher auf die Einstellung der Leistung einer mangelfreien Sache beruht. In der Folge ist der Erwerber so zu stellen, wie er ohne Vertrauen auf das Zustandekommen stünde (negatives Vertragsinteresse).⁴³⁷ Als typische Vertrauensschäden können insbesondere frustrierte Aufwendungen zur Vertragserrichtung sowie die Versäumnis anderer Abschlussgelegenheiten genannt werden.⁴³⁸ In diesem Sinn wird ein anfänglich unbehebbarer Mangel bei fehlender zugesicherter Ertragsfähigkeit des gekauften Unternehmens oftmals anzunehmen sein.⁴³⁹

Für Mangelschäden kann der Übernehmer nach § 933a Abs 2 S 1 ABGB auch als Schadenersatz zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch vor Geldersatz verlangen. Diese Klarstellung entspricht auch dem Grundsatz der Naturalrestitution gem § 1323 ABGB.⁴⁴⁰ Hinsichtlich des Mangelschadens führt somit die verschuldensunabhängige Gewährleistung, als auch der verschuldensabhängige Schadenersatz, zu denselben Rechtsfolgen. Anders als bei der Gewährleistung besteht beim Schadenersatz ein Vorteilsausgleich. Wird die mangelhafte Sache bei der Verbesserung oder Austausch in einen besseren Zustand versetzt als vor der Schädigung, so ist dieser in Geld bewertbare Vorteil nach dem Grundsatz „Neu für Alt“ abzugelten.⁴⁴¹

Die Geltendmachung von Geldersatz gem § 933a Abs 2 S 2 ABGB ist nach denselben Kriterien zu bemessen, unter den die gewährleistungsrechtliche Preisminderung oder Wandlung verlangt werden kann.⁴⁴² Steht dem Übernehmer Geldersatz zu, so führt dies, im Vergleich zum sekundären Gewährleistungsbehelf der Preisminderung, zu abweichenden Ergebnissen, da die Berechnung des Schadenersatzanspruches nicht der relativen Berechnungsmethode folgt, sondern sich als Differenzbetrag zwischen dem Wert der mangelfreien und dem Wert

⁴³⁷ *Bydlinski* in *KBB*⁴ § 933a Rz 8; *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 933a Rz 7; *Wahl* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 497; *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung 33; aA und generell für eine gesetzliche Garantie *Faber*, Gewährleistungsrecht 183 f, der § 933a offenbar ohne weiteres für einschlägig hält; für eine abgeschwächte Garantiehaftung auf das Erfüllungsinteresse mit Entlastungsmöglichkeit bei fehlendem Verschulden; *Reischauer* in *Rummel*³ § 932 Rz 20c und 20j; *Jud*, Schadenersatz 117.

⁴³⁸ *Puck*, Unternehmenskauf 128. Aus prozessualrechtlicher Sicht ist zu beachten, dass vor allem der Nachweis der adäquaten Verursachung im Fall von Mangelfolgeschäden, sowie der betragsmäßig entgangene Gewinn nur schwer bezifferbar sind. (*Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 148).

⁴³⁹ *Puck*, *ecolex* 1995, 251.

⁴⁴⁰ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 933a Rz 4; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 933a Rz 8. Der Vorrang der Verbesserung und Austausch beschränkt sich dabei nur auf den Mangelschaden, während für Folgeschäden Anspruch auf Naturalersatz iSd 1323 ABGB besteht. (*Jud*, Schadenersatz 229).

⁴⁴¹ *Danzl* in *KBB*⁴ § 1323 Rz 19 mwN.

⁴⁴² *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 103 f.

der mangelhaften Sache ergibt.⁴⁴³ Je nach Fallkonstellation kann der Übernehmer das Erfüllungsinteresse in Geld entweder in Form des Ersatzes der Mangelbehebungskosten oder als Wertdifferenz, zwischen dem Wert der Leistung mit Mangel und ohne Mangel, oder auch durch Rückerstattung des Kaufpreises, erlangen.

Voraussetzung für den Ersatz der Mangelbehebungskosten ist, dass der Übergeber mit der Verbesserung in Verzug ist oder den Austausch verweigert und der Übernehmer die Verbesserung auch tatsächlich durchführen lässt.⁴⁴⁴ Bei Nichtvornahme der Reparatur sind fiktive Verbesserungskosten nach Auffassung des OGH zwar zulässig, allerdings bis zur Höhe der Minderung des gemeinen Werts der beschädigten Sache begrenzt, da andernfalls dem Gewährleistungsberechtigten zu einer ungerechtfertigten Bereicherung auf Kosten des Schädigers verholfen würde.⁴⁴⁵ Selbiges gilt für den Fall, in dem die Verbesserung oder der Austausch aus triftigen in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar ist.⁴⁴⁶

Scheidet eine Naturalrestitution aus einem der in § 933a Abs 2 ABGB genannten Gründen aus, kann der Übernehmer jedenfalls die Wertdifferenz zwischen dem Wert der mangelfreien und den Wert der mangelhaften Leistung aus dem Titel des Schadenersatzes fordern. Der Umfang des Ersatzes richtet sich nach §§ 1323, 1324 ABGB. Der Übernehmer kann diesfalls auf einen objektiv-abstrakten Marktwert oder auf eine subjektiv konkrete Berechnungsmethode abstellen. Letztere beruht auf einem Vergleich des Gesamtvermögens des Übernehmers, wie es mit dem Mangel ist und wie es bei mangelfreier Leistung wäre. Darin kann auch ein entgangener Gewinn enthalten sein, den der Ersatzberechtigte aus einer Weiterveräußerung oder sonstigen Verwertung der Leistung hätte erzielen können.⁴⁴⁷

⁴⁴³ ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 20 f; *Bydlinski* in *KBB*⁴ § 933a Rz 8; *Reischauer*, JBl 2002, 160; *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 933a Rz 11.

⁴⁴⁴ Dies entspricht der in den §§ 918, 921 ABGB vertretenen Rechtsansicht, wonach der Gläubiger den Nichterfüllungsschaden durch Abschluss eines Deckungskaufes auch bei leichter Fahrlässigkeit des Schuldners im Wege einer subjektiv-konkreten Schadensberechnung geltend gemacht werden kann. (*Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 933a Rz 14).

⁴⁴⁵ Vor dem Inkrafttreten des GewRÄG wurden bei vertraglichem Schadenersatz abstrakte Mangelbehebungskosten von der Rsp auch ohne Vornahme der Verbesserung zugebilligt (RIS-Justiz RS0030285), während bei deliktischen Schadenersatzansprüchen, bei Nichtvornahme der Reparatur lediglich die Wertminderung der beschädigten Sache zu ersetzen war. (RIS-Justiz RS0030534) Diese unterschiedliche Entscheidungspraxis wurde in der Lit mehrheitlich abgelehnt (*Jud*, Schadenersatz 259 ff; *Reischauer*, JBl 2002, 163, *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung 30 f). Nach Inkrafttreten des GewRÄG hat sich die Rsp der hL angeschlossen. (RIS-Justiz RS0022844). Siehe dazu auch *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 106 mwN.

⁴⁴⁶ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 933a Rz 14; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 933a Rz 22.

⁴⁴⁷ *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung 35; *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 933a Rz 19.

Schließlich kann der Übernehmer als Geldersatz auch die Rückerstattung des Kaufpreises begehren und damit eine Art schadenersatzrechtliche Wandlung erreichen. Mangels Kausalität, da der Schaden (Bezahlung des Kaufpreises) nicht durch die Pflichtverletzung des Verkäufers (Lieferung eines unbrauchbaren Unternehmens) verursacht worden ist, und der Kaufpreis auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung zu zahlen gewesen wäre, wird der Ersatzanspruch mit der Lehre vom frustrierten Aufwand gerechtfertigt. Demnach habe der Schuldner durch seine mangelhafte Leistung verursacht, dass der Kaufpreis zu einem Vermögensnachteil, also zu einem Schaden wird.⁴⁴⁸

Mangels Sondervorschrift richtet sich die Verjährungsfrist auch für Unternehmensgeschäfte nach dem allgemeinen Zivilrecht (§ 1489 ABGB). Der Schadenersatzanspruch muss innerhalb von drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger, jedoch spätestens nach dreißig Jahren geltend gemacht werden.⁴⁴⁹ Hinsichtlich des Mangelschadens besteht hier der große Vorteil der Geltendmachung von „Schadenersatz statt Gewährleistung“, deren Frist bereits ab Übergabe zu laufen beginnt. Die im Vergleich zur Gewährleistung lange Verjährungsfrist beim Schadenersatz wird durch die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB noch zusätzlich verschärft. Somit ist der Übergeber in der unangenehmen Position, seine Schuldlosigkeit an der Herbeiführung des Schadens nach langer Zeit beweisen zu müssen.⁴⁵⁰ Entschärft wird die Beweislastumkehr durch die Bestimmung des § 933a Abs 3 ABGB, nach dem es dem Übernehmer nach Ablauf von 10 Jahren ab Übergabe der Sache obliegt, das Verschulden des Übergebers nachzuweisen. Die zeitliche Befristung der Beweislastumkehr erstreckt sich dabei sowohl auf den Mangelschaden als auch auf Mangelfolgeschäden.⁴⁵¹

In der Vertragspraxis sind fallweise Standardklauseln anzutreffen, nach denen der Käufer vermögensmäßig so zu stellen ist, wie er stünde, wenn der vertragmäßige Zustand gegeben bzw die vertraglichen Zusicherungen erfüllt wären. Solche Regelungen garantieren somit nicht nur gewährleistungsrechtliche Ansprüche, sondern umfassen auch das schadenersatzrechtliche Erfüllungsinteresse. Inwieweit ein solch umfassender Ersatz im Einzelfall als sach-

⁴⁴⁸ Bydlinski P., JBl 2005, 692; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 105 f; *Puck*, Unternehmenskauf 120 f; *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 933a Rz 20.

⁴⁴⁹ *Wahl* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, M&A 497. Im Gegensatz zur Gewährleistungsfrist können die Parteien die Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche gem § 1502 ABGB nicht verlängern, aber innerhalb der Grenze der Sittenwidrigkeit (§ 879 ABGB) verkürzen. Wird allerdings die Mängelfreiheit wider besseres Wissen attestiert, so widerspricht die Berufung auf eine vertraglich vereinbarte Frist Treu und Glauben. (*Mader/Janisch* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI³ § 1502 Rz 6; *Puck*, Unternehmenskauf 135; OGH 2 Ob 2140/96 ecolex 1996, 910). Im Ergebnis kann eine Fristverlängerung durch die Abgabe eines Verjährungsverzichts erreicht werden. Diese setzt allerdings eine gewisse Konkretisierung der Schäden voraus. (*Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 148)

⁴⁵⁰ *Ofner* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 933a Rz 19.

⁴⁵¹ *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 933a Rz 50 f.

gerecht einzustufen ist, ergibt sich aus der Vertragsvereinbarung der Parteien bzw. ist bei un-
deutlichen Vertragsklauseln aus der Vertragsauslegung zu bestimmen. Im Zweifel ist ein
solch allseitiger Wille nicht anzunehmen, da ein aufgeklärter Verkäufer die Abgabe einer ech-
ten Garantie nach § 880a ABGB mitsamt den verbundenen Rechtsfolgen (Ersatz von Mangel-
folgeschäden und entgangener Gewinn) idR ablehnen würde.⁴⁵² Mitunter empfiehlt sich des-
halb eine Differenzierung nach Gewährleistungszusagen, welche die Rechtsfolgen der einzel-
nen Vertragsverletzung exakt regeln. Des Weiteren sollten ersatzpflichtige Schäden genauer
konkretisiert werden, indem ausdrücklich klargelegt wird, ob ein Verschulden Anspruchs-
voraussetzung ist, wie dies beim Schadenersatz grundsätzlich notwendig ist.⁴⁵³

Vertragstechnisch ist noch zu erwähnen, dass zustehende Ansprüche auf Ersatz des Mangel-
schadens beim Schadenersatz genauso wie die Gewährleistungsrechte grundsätzlich abding-
bar sind.⁴⁵⁴ Allerdings ist ein Haftungsausschluss bei Vorsatz generell unzulässig. Auch der
Ausschluss grober Fahrlässigkeit kann in Einzelfällen nach § 879 Abs 1 ABGB sittenwidrig
und damit nichtig sein.⁴⁵⁵ Der Ausschluss leichter Fahrlässigkeit ist im Anwendungsbereich
des ABGB, mit Ausnahme der Freizeichnung für Personenschäden und Sonderbestimmungen
bei Verbrauchsgeschäften, grundsätzlich möglich.⁴⁵⁶

⁴⁵² *Karollus-Bruner*, *ecolex* 2007, 827; *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 435. Löst eine Garantie Schadenersatzansprüche aus, so steht dem Erwerber der Ersatz des Erfüllungsinteresses zu, nämlich so gestellt zu werden wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung stünde. Ein solcher Verbesserungsaufwand ist nicht auf die Höhe der objektiven Wertminderung beschränkt (*Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 144 mwN) und kann auch über die Höhe des Kaufpreises bzw. den Wert des Kaufgegenstandes hinausgehen, sodass es zweckmäßig ist, Regelungen zur Ermittlung der Schadenshöhe. bzw. betragsmäßige Beschränkungen, wie den Ausschluss des Ersatzes von entgangenem Gewinn vorzusehen. (*Flener* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 612 f).

⁴⁵³ *Flener* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 612 f.

⁴⁵⁴ *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 933a Rz 43 f.

⁴⁵⁵ *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung 81 ff.

⁴⁵⁶ *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 933a Rz 56 f.

4.5 Irrtum und List

Wenn dem Unternehmen bzw. Gesellschaftsanteil ein Mangel anhaftet, der bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhanden war, steht es dem Erwerber offen, in Konkurrenz zum Gewährleistungsrecht nach den Bestimmungen der §§ 870 ff ABGB auch irrtumsrechtliche Behelfe geltend zu machen.⁴⁵⁷ Da im Vergleich zum Gewährleistungsrecht ein größerer Anwendungsbereich besteht⁴⁵⁸ und für Irrtum länger geltende Verjährungsfristen gelten, ist die Relevanz der Irrtumsanfechtung in der Praxis des Unternehmenskaufes nicht unbedeutend. Darüber hinaus steht die Irrtumsanfechtung sowohl dem Käufer als auch dem Verkäufer zur Verfügung.⁴⁵⁹

Nach Grundlage der auf entgeltliche Rechtsgeschäfte abzuleitenden Vertrauenstheorie ist eine Erklärung, auch wenn diese auf einer falschen oder fehlenden Vorstellung von der Wirklichkeit beruht, grundsätzlich so gelten zu lassen, wie sie ein redlicher Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Umstände verstehen durfte. Nach dem Vertrauensgrundsatz ist darauf abzustellen, ob das Interesse des Irrenden an der Vertragsanpassung bzw. -auflösung schutzwürdiger ist als das Vertrauen des Vertragspartners auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes. Der Vertragspartner des Irrenden ist dann nicht schutzwürdig, wenn dieser den Irrtum veranlasst hat, ihm der Irrtum offenbar hätte auffallen müssen oder der Irrtum rechtzeitig aufgeklärt wurde.⁴⁶⁰

Unter Veranlassung ist die adäquate Verursachung des Irrtums zu verstehen. Für die Veranlassung des Irrtums genügt jedes für das Entstehen des Irrtums ursächliche Verhalten, ohne dass Vorsatz oder selbst nur Fahrlässigkeit vorliegen muss. Ebenfalls ist unerheblich, ob der Irrende selbst seinen Irrtum hätte vermeiden können oder er ihm hätte auffallen müssen. Vielmehr ist entscheidend, ob der Anfechtungsgegner soviel zur Entstehung des Irrtums beigetragen hat, dass sein Vertrauen in die Gültigkeit der Erklärung nicht mehr schutzwürdig ist.

⁴⁵⁷ Dorda/Wolf in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 73; Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Hb M&A 497.

⁴⁵⁸ Neben Irrtümer über Eigenschaften des Vertragesgegenstandes, können weitere Fehlvorstellungen über die Natur des Geschäfts, über Eigenschaften der Person des Vertragspartners oder über den Inhalt der Erklärung geltend gemacht werden. (Puck, Unternehmenskauf 146).

⁴⁵⁹ Dorda/Wolf in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 73.

⁴⁶⁰ Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 871 Rz 1; Riedler in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar IV⁴ § 871 Rz 1; Wittmann, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 72.

Die Pflichtverletzung des Verkäufers kann in einem positiven Tun als auch in einem Unterlassen bestehen.⁴⁶¹

Die Lehre und Jud tendieren dazu, adäquate Verursachung erst bei objektiv sorglosem bzw. verkehrswidrigem Verhalten des Anfechtungsgegner anzunehmen, welches dann angenommen wird, wenn unrichtige Informationen gegeben oder die Aufklärung, die der Irrende nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs erwarten durfte, unterlassen wurde. Allerdings mangelt es an der adäquaten Kausalität in jenen Fällen, in denen die unrichtigen Angaben oder die unterlassene Aufklärung für den Irrenden anhand der übermittelten Geschäftsunterlagen leicht erkennbar waren.⁴⁶² Überdies besteht keine allgemeine Rechtspflicht des Verkäufers, den Geschäftspartner über alle Umstände aufzuklären, die auf seinen Kaufentschluss Einfluss haben könnten, da bei entgeltlichen Rechtsgeschäften grundsätzlich jeder Teil seine eigenen Interessen selbst wahrzunehmen hat.⁴⁶³ Der Verkäufer erfüllt im Allgemeinen seine Offenlegungspflicht schon dann ausreichend, wenn er dem Kaufinteressenten jene Unterlagen überlässt, aus denen sich die für die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens wesentlichen Umstände ergeben.⁴⁶⁴

Sofern keine listige Irreführung vorliegt, sind bei entgeltlichen Rechtsgeschäften grundsätzlich nur Erklärungs- und Geschäftsirrtümer beachtlich.⁴⁶⁵ Ein Erklärungsirrtum liegt nach hL vor, wenn der Erklärende etwas anderes erklärt, als er erklären wollte, also eine Abweichung der objektiven Erklärungsbedeutung vom tatsächlichen subjektiven Willen besteht oder ihm seine Erklärung mangels Erklärungsbewusstsein als solche erst gar nicht bewusst ist.⁴⁶⁶ Beim Unternehmenskauf können sich Erklärungsirrtümer ua auf Schreibfehler in der Vertragsurkunde, wie etwa der Aufzählung der zum Unternehmen gehörenden Assets, sowie auf deren Zuordnung zum Gesamtpreis beziehen oder auf Fehlvorstellungen bei der Unterfertigung des Vertrages beruhen, ohne die sämtlichen Anlagen gelesen zu haben.⁴⁶⁷ Vom Erklärungsirr-

⁴⁶¹ *Bollenberger* in *KBB*⁴ § 871 Rz 14; *Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 164 und 174; *Puck*, Unternehmenskauf 151 f; *Rummel* in *Rummel*³ § 871 Rz 20; *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 72.

⁴⁶² *Puck*, Unternehmenskauf 151, *Rummel*, JBl 1981, 2; *Wilhelm*, *ecolx* 1991, 318 (Anmerkung zu OGH 16.1.1991, 2 Ob 642/90); OGH 7 Ob 553/88 wbl 1988, 341.

⁴⁶³ *Brugger*, Unternehmenserwerb 116; *Bydlinski F.*, JBl 1980, 395; *Dorda/Wolf* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 70; RIS-Justiz RS0016390.

⁴⁶⁴ *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 59 mit Verweis auf die Rsp: OGH 7 Ob 553/88 = wbl 1988, 341; 1 Ob 533/90 = JBl 1991, 43; 2 Ob 509/96 RdW 1998, 539.

⁴⁶⁵ *Puck*, Unternehmenskauf 146 f; *Rummel* in *Rummel*³ § 871 Rz 3.

⁴⁶⁶ *Bollenberger* in *KBB*⁴ § 871 Rz 5; *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 871 Rz 8; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 871 Rz 7; *Bydlinski F.* in FS Stoll 118; OGH 1 Ob 606/88 JBl 1988, 783.

⁴⁶⁷ *Puck*, Unternehmenskauf 147. Bei der Unterzeichnung einer ungelesenen Urkunde, gilt dies nur insoweit der Unterzeichnende eine konkrete, abweichende Vorstellung, anders als das mündlich vereinbarte vom Inhalt des Vertrages annahm; hat der Erklärungsempfänger hingegen einen fremdbestimmten Inhalt bewusst in Kauf ge-

tum sind die Fälle der „falsa demonstratio“ zu unterscheiden, bei welcher lediglich eine Fehlbezeichnung der rechtsgeschäftlichen Erklärung vorliegt, ohne dass eine Fehlvorstellung der Sache anhaftet, sodass der Vertrag nicht mit dem erklärten Inhalt, sondern mit dem tatsächlich gewollten Willen beider Parteien zustande kommt.⁴⁶⁸

Weitaus gewichtiger in der Praxis ist der Irrtum über die Eigenschaften des Unternehmens. Ein solcher Geschäftsirrtum bezieht sich auf die unrichtige Vorstellung des Irrenden über die Natur des Geschäftes, den Leistungsgegenstand oder dessen Beschaffenheit, sowie Eigenschaften des Vertragspartners, soweit diese zum Inhalt des Vertrages gehören.⁴⁶⁹ Die Jud nimmt stets dann einen Geschäftsirrtum an, wenn dieser sich auf Eigenschaften bezieht, die für die Bestimmung der Gegenleistung idR des Kaufpreises maßgebend sind.⁴⁷⁰ Dementsprechend liegt ein Geschäftsirrtum vor, wenn der Verpächter Angaben über künftig erzielbare Reinerträge unter Bezugnahme vergangener Erträge macht, welche später vom Pächter nicht mehr erzielt werden konnten.⁴⁷¹ Auch die Angabe von Umsatzzahlen in einem letter of intent sowie angeführte Abschlusswahrscheinlichkeiten mit dem Kundenstock des Unternehmensveräußerers für das kommende Geschäftsjahr, die zur Kaufpreisbildung des Unternehmens herangezogen wurden, wurde als Geschäftsirrtum stattgegeben, selbst wenn die unrealistischen Zielvorgaben den Parteien bewusst waren.⁴⁷² Bei Prognosen, die nur auf einer bloßen Schätzung und nicht auf Erfahrungswerten beruhen, liegt hingegen ein unbeachtlicher Motivirrtum vor.⁴⁷³

Beim Motivirrtum handelt es sich um Fehlvorstellungen über Motive, die außerhalb des Geschäftes liegen und somit alleine zum persönlichen Risikobereich des Irrenden gehören. Er ist nur in Ausnahmefällen, bei List gem § 870 ABGB, oder sofern die Motive zum Vertragsinhalt erklärt wurden, beachtlich.⁴⁷⁴ Dabei muss das Motiv ausdrücklich in Form einer hinreichend deutlichen Willenserklärung von beiden Parteien als Geschäftsinhalt anerkannt worden

nommen, bleibt ihm eine Irrtumsanfechtung grundsätzlich verwehrt. (Pletzer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 871 Rz 10).

⁴⁶⁸ *Dorda/Wolf* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 70; *Zemen*, JBl 1986, 756 f.

⁴⁶⁹ *Puck*, Unternehmenskauf 147; *Rummel* in *Rummel*³ § 871 Rz 9.

⁴⁷⁰ *Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 164 mwN.

⁴⁷¹ OGH 5 Ob 768/80 SZ 54/88.

⁴⁷² OGH 1 Ob 157/02 y RdW 2003, 253. Des Weiteren wurde bei Fehlen von Lizenzen und Alleinvertriebsrechten (OGH 2 Ob 107/98v RdW 1998, 664), Abweichungen des tatsächlichen im Vergleich zur Bilanz zugesicherten Warenlagers (OGH 1 Ob 116/55 SZ 28/69), sowie bei Nichtvorliegen einer Betriebsgenehmigung ein Geschäftsirrtum angenommen (OGH 3 Ob 510/84 MietSlg 36.077).

⁴⁷³ *Dorda/Wolf* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 75; *Puck*, Unternehmenskauf 148.

⁴⁷⁴ *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 871 Rz 17; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 871 Rz 13.

sein.⁴⁷⁵ Entsprechend der allgemeinen Risikoverteilung steht die Bewertung des Vertragsgegenstandes jeder Vertragspartei frei, sodass ein Irrtum über den Wert von Vermögensgegenständen, der sich aus der Bilanz ergibt, oder aus einem durchgeführten Bewertungsgutachten der Wert des Unternehmens selbst grundsätzlich einen unbeachtlichen Kalkulationsirrtum darstellt. Solche Kalkulations- und Wertirrtümer berechtigen nur dann zur Anfechtung, wenn die Kalkulationsgrundlagen zum Vertragsinhalt erhoben wurden. Dies setzt voraus, dass die Kalkulation offengelegt werden muss und Einvernehmen darüber besteht, dass das Geschäft auf dieser Basis erfolgen soll.⁴⁷⁶

Nach § 871 Abs 2 ABGB wird stets dann ein Geschäftsirrtum angenommen, der aus einer Verletzung der Aufklärungspflicht resultiert, wenn der Verkäufer nach den geltenden Rechtsvorschriften es verabsäumt, seinen Vertragspartner über bestimmte Umstände zu informieren. Umstritten ist, ob unter die Bestimmung nur die gesetzlich normierten Aufklärungspflichten⁴⁷⁷ oder auch die aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis resultierenden Aufklärungspflichten zu subsumieren sind⁴⁷⁸. Die wohl hA umfasst auch die vorvertraglichen Aufklärungspflichten, sofern der Umstand, über den mangels Aufklärung geirrt wurde, einen sachlichen Zusammenhang mit dem anzufechtenden Vertrag aufweist.⁴⁷⁹ Zu beachten ist, dass die Rsp jeden Irrtum infolge der Verletzung einer Aufklärungspflicht ungeachtet ihres Ursprungs, als Geschäftsirrtum deklariert. Dies ist insofern auf Verkäuferseite problematisch, als die vom OGH judizierten Fälle bei Unterlassung einer gebotenen Aufklärung als listige Irreführung qualifiziert werden, was dazu führt, dass einerseits die Kausalität bereits vermutet wird, andererseits auch ein vertraglicher Gewährleistungsverzicht hinsichtlich der verschwiegenen Mängel ausgeschlossen wird.⁴⁸⁰

⁴⁷⁵ *Bollenberger* in KBB⁴ § 901 Rz 2; *Rummel* in *Rummel*³ § 901 Rz 2. Angesichts der Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Geschäftsirrtum und Motivirrtum wird dazu tendiert, die Qualifikation der beiden Irrtumskategorien aus dem positiven Recht ableiten zu lassen. (*Kramer*, ÖJZ 1974, 456 f; *Mayer-Maly*, FS Ostheim 206). Demgegenüber ist ablehnend entgegenzuhalten, dass einerseits die Alternativen des § 871 ABGB die Einstufung des Irrtums als Geschäftsirrtum gerade voraussetzen und andererseits die Motivirrtümer gem § 901 ABGB grundsätzlich unbeachtlich sind; zumal beide Normen auch verschiedene Rechtsfolgen vorsehen, sodass letztlich die Entscheidung normativ zu treffen ist. (*Bydlinski F.*, FS Stoll 140; *Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 172).

⁴⁷⁶ *Puck*, Unternehmenskauf 149 ff; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 871 Rz 16; *Rummel* in *Rummel*³ § 871 Rz 11.

⁴⁷⁷ IdS *Bydlinski P.*, ÖBA 2010, 647.

⁴⁷⁸ IdS *Vonkilch*, ÖJZ 2010, 581 ff.

⁴⁷⁹ *Bollenberger*, FS Griss 75 f; *Koziol/Welser* I¹³ 151 f; *Leupold/Ramharter*, ÖJZ 2010, 808; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 871 Rz 22; *Rummel* in *Rummel*³ § 871 Rz 14.

⁴⁸⁰ *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 871 Rz 18 mwN zur Rsp. Jüngst: OGH 3 Ob 111/09h JBl 2010, 180. *Dorda/Wolf* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 78 f; *Schopper* in FS Jud W. 612.

Neben der Veranlassung durch positives Tun oder Unterlassen, ist eine Anfechtung weiters möglich, wenn dem Vertragspartner bei verkehrüblicher Sorgfalt der Irrtum hätte offenbar auffallen müssen bzw. ihn fahrlässig nicht erkannt hat. Hat der Käufer über gewisse Eigenschaften eine unrichtige Vorstellung über das Zielunternehmen, wird das „auffallen müssen“ naturgemäß dem Verkäufer zuzurechnen sein, da dieser aufgrund seines Nahverhältnisses zum Unternehmen sich in der besseren Position befindet, Kenntnis von den wahren Begebenheiten zu verschaffen.⁴⁸¹

Des Weiteren kann der Irrende bei rechtzeitiger Aufklärung des Irrtums vom Vertrag zurücktreten, solange der Vertragspartner noch keine rechtlichen oder wirtschaftlichen Dispositionen im Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung getroffen hat. Da Irrtümer vom Käufer häufig erst nach dem closing entdeckt werden, wird die rechtzeitige Aufklärung beim Unternehmenskauf nur in den seltensten Fällen vorliegen.⁴⁸²

Unabhängig von den genannten Anfechtungsvoraussetzungen des § 871 ABGB kann nach älterer Lehre und Rsp der Käufer unter Berufung auf einen gemeinsamen Irrtum die Rückabwicklung des Vertrages erreichen.⁴⁸³ Allerdings wird von der überwiegend neueren Lehre der gemeinsame Geschäftsirrtum abgelehnt, da dieser das System der Risikoabwägung des § 871 ABGB konterkariert, weil selbst die eigene Fehlvorstellung des Anfechtungsgegners nicht dessen Schutzunwürdigkeit begründet.⁴⁸⁴ Um unliebsamen Überraschungen vorzubeugen und sich bei Vertragsverhandlungen in eine bessere Position zu begeben, wird bei komplexen Unternehmenstransaktionen auf Verkäuferseite die Durchführung einer Due-Diligence Prüfung geboten sein.⁴⁸⁵

Bei Erfüllung der Anfechtungsvoraussetzungen, kann der Irrende bei einem wesentlichen Irrtum den Vertrag anfechten; liegt hingegen ein unwesentlicher Irrtum vor, ist der Irrende nur zur Vertragsanpassung berechtigt. Entsprechend § 873 ABGB ist ein Irrtum wesentlich, wenn der Irrende in Kenntnis des Irrtums den Vertrag nicht abgeschlossen hätte. Wenn beide Parteien den Vertrag zu anderen Bedingungen abgeschlossen hätten, liegt ein unwesentlicher

⁴⁸¹ *Dorda/Wolf* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 80; *Puck*, Unternehmenskauf 155.

⁴⁸² *Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 175; *Puck*, Unternehmenskauf 156.

⁴⁸³ *Gschnitzer* in *Klang IV/1*² 133 f; *Mayer-Maly* in *Klang IV/2*² 218; *Kramer*, ÖJZ 1974, 457 f; mwN zur Rsp; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 871 Rz 56; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 871 Rz 32.

⁴⁸⁴ *Bollenberger* in *KBB*⁴ § 871 Rz 17; *Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 176; *Puck*, Unternehmenskauf 156 f.

⁴⁸⁵ *Dorda/Wolf* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 78; *Reich-Rohrwig/Hanslik*, *ecolx* 2006, 632.

Irrtum vor.⁴⁸⁶ Ob die Parteien den Vertrag auch ohne Irrtum, aber zu anderen Konditionen abgeschlossen hätten, ist Mithilfe der Auslegung des hypothetischen Parteiwillens zu ermitteln, ist dieser nicht festzustellen, ist subsidiär die Handlungsweise redlicher Parteien heranzuziehen.⁴⁸⁷ Überdies ist dem Irrenden auch dann Vertragsanpassung zu gestatten, wenn der Irrtum nur auf seiner Seite wesentlich, für den Vertragspartner aber unwesentlich war.⁴⁸⁸ Mit der Anpassung an die wahren Gegebenheiten soll die gestörte subjektive Äquivalenz wiederhergestellt werden, sodass bei der angemessenen Vergütung wie bei der Preisminderung nach Gewährleistungsrecht die relative Berechnungsmethode heranzuziehen ist.⁴⁸⁹

Die Irrtumsanfechtung stellt ein Gestaltungsrecht dar, welches mittels Klage oder Einrede gerichtlich geltend zu machen ist. Soweit keine Verkehrsschutzüberlegungen greifen⁴⁹⁰, führt die Anfechtung zur rückwirkenden Aufhebung des Vertrages, welche sachrechtlich ex tunc wirkt, sodass aus ex post Betrachtung nach Anfechtung kein Eigentum übergegangen ist. Die Leistungspflichten erlöschen, bereits erbrachte Leistungen sind gem § 877 ABGB zurückzustellen.⁴⁹¹ Das Gestaltungsrecht zur Anfechtung bzw. zur Anpassung verjährt gem § 1487 ABGB innerhalb von drei Jahren ab Vertragsabschluss. Dem Irrenden obliegt es, sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen, was in der Praxis insofern schwierig gelingen wird, da subjektive Fehlvorstellungen nachgewiesen werden müssen. Zudem kann die Anfechtung ausgeschlossen werden, indem der Anfechtungsgegner den Vertrag entsprechend der Vorstellung des Irrenden gelten lässt, ihn sozusagen klaglos stellt.⁴⁹²

Außerdem kann in Konkurrenz zur Irrtumsanfechtung ein auf Irrtum beruhender Vertrag bei schuldhafter Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflichten im Wege der Naturalrestitution schadenersatzrechtlich aufgehoben werden. Trotz der nachteiligen Verschuldenskomponente ist ein auf vorvertraglicher Aufklärungspflicht gerichteter Schadenersatzanspruch mit dem Vorteil verknüpft, dass der Beginn der Verjährungsfrist erst ab Kenntnis des Schadens zu laufen beginnt und sie dem Geschädigten innerhalb der absoluten Verjährungsfrist von

⁴⁸⁶ Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ 171 f mwN.

⁴⁸⁷ Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 871 Rz 58; Riedler in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar IV⁴ § 871 Rz 34 f.

⁴⁸⁸ Da in diesem Fall der Vertragspartner ohnehin zu anderen Bedingungen kontrahiert hätte, kommt es zu keiner Beeinträchtigung seiner Interessen. (Puck, Unternehmenskauf 162).

⁴⁸⁹ Puck, Unternehmenskauf 162; OGH 1 Ob 207/75 JBl 1976, 646.

⁴⁹⁰ zB bei in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen, wie Arbeitsverträge und Gesellschaftsverträge. (Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 871 Rz 61).

⁴⁹¹ Dorda/Wolf in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 80 f; Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ 176; Rummel in Rummel³ § 871 Rz 19.

⁴⁹² Puck, Unternehmenskauf 162.

30 Jahren die Möglichkeit bietet, die Aufhebung des Vertrages auch nach geraumer Zeit nach dem Vertragsabschluss zu erwirken.⁴⁹³

Nach § 870 ABGB ist eine Anfechtung des Vertrages auch möglich, wenn der Irrtum durch List herbeigeführt wurde. List ist vorsätzliche, rechtswidrige Täuschung, bei welchem der Vertragspartner durch Vorspielung falscher Tatsachen in Irrtum geführt oder durch Unterdrückung wahrer Tatsachen in seinem Irrtum belassen oder bestärkt wird; um zu einer Willenserklärung bewegt zu werden.⁴⁹⁴ Nach der Rsp muss der Überlistende den Irrtum und dessen Einfluss auf den Willensentschluss des Getäuschten kennen. Dabei wird stets betont, dass auf Verschuldensebene im Rahmen des § 870 ABGB grobe Fahrlässigkeit nicht ausreicht, sondern zumindest bedingter Vorsatz vorliegen muss, sprich der Täuschende den Irrtum des anderen in Kauf genommen hat und sich damit abfindet.⁴⁹⁵ Zusammenfassend kann abgeleitet werden, dass listige Täuschung dann vorliegt, wenn die Fehlvorstellung des Vertragspartners auf falschen oder offensichtlich unzureichenden Angaben beruht und der Überlistende dies weiß oder ernstlich für möglich hält und dennoch schweigt, um eine Willenserklärung beim Vertragspartner hervorzurufen.⁴⁹⁶ Dementsprechend mangelt es an der vorsätzlichen Täuschung, wenn der Erklärende seine subjektive Meinung äußert, die zwar objektiv unrichtig ist, außer der Erklärende glaubt selbst nicht an die Richtigkeit seiner Meinung.⁴⁹⁷

Das arglistige Verhalten kann auch in einem Unterlassen liegen, wenn durch das bewusste Verschweigen von Tatsachen eine Verletzung der Aufklärungspflicht des Verkäufers vorliegt.⁴⁹⁸ Nach Auffassung des OGH in 1 Ob 183/00v kann Arglist nur dann unterstellt werden, wenn dem Verkäufer sowohl das Bestehen als auch der Umfang der Aufklärungspflicht bewusst waren, welche im Anlassfall aufgrund der bloß fahrlässigen Verkennung des Umfangs der gebotenen Aufklärung nicht angenommen werden konnte.⁴⁹⁹ Da anhand der hypothetischen Kausalität bereits angenommen wird, dass der Getäuschte bei erfolgter Auskunftsertei-

⁴⁹³ *Dorda/Wolf* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 82; *Puck*, Unternehmenskauf 162.

⁴⁹⁴ *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 870 Rz 2; *Rummel* in *Rummel*³ § 870 Rz 2.

⁴⁹⁵ Zutreffend führt dazu *Schopper* in FS Jud W. 626 aus, dass aber gerade *dolus eventualis* nicht die positive Kenntnis des Täuschenden voraussetzt und es fraglich ist, ob der erachtete Eventualvorsatz des Täuschenden sich bloß auf die Irreführung, den Irrtum, dessen Einfluss auf die Willensbildung oder gar auf alle Tatbestandselemente bezieht. Nach der Ansicht von *Rummel* in *Rummel*³ § 870 Rz 2, genügt die Kenntnis der möglichen Unrichtigkeit der eigenen Angaben, wenn Eventualvorsatz in Bezug auf die Irreführung beim Partner vorliegt. Dagegen weitaus restriktiver *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 870 Rz 7, wonach der Täuschende vom Irrtum seines Gegenübers sowie davon Kenntnis haben muss, dass dadurch dessen Willensbildung beeinflusst wurde.

⁴⁹⁶ *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 870 Rz 2; *Schopper* in FS Jud W. 627.

⁴⁹⁷ OGH 7 Ob 8/75 JBl 1976, 145; 7 Ob 16/78 SZ 51/52.

⁴⁹⁸ *Bydlinski F.*, JBl 1980, 393 ff; *Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 185.

⁴⁹⁹ *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 83; OGH 1 Ob 183/00v SZ 73/60 = *ecolx* 2001, 372.

lung der unterlassenen Aufklärung das Geschäft überhaupt nicht oder nur in anderer Weise abgeschlossen hätte, ist im Falle der Täuschung durch Verschweigen der Anfechtungsgegner mit einem Negativbeweis konfrontiert.⁵⁰⁰ Darüber hinaus bezieht sich nach Ansicht des OGH sowohl ein allgemeiner als auch ein konkret formulierter Gewährleistungsausschluss nicht auf arglistig verschwiegene Mängel und macht einen korrespondierenden Gewährleistungsverzicht unwirksam.⁵⁰¹

Eine Aufklärungspflicht besteht dann, wenn der andere Teil nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs eine Aufklärung erwarten durfte. Maßgebend sind vor allem jene Umstände, über welche sich die betreffende Partei nicht auf selbständigem Wege hätte informieren können, mit denen sie nicht rechnen musste und deren Verschweigung erkennbar den Vertragszweck gefährdet.⁵⁰² Insbesondere bei gegenseitigen Verträgen mit unterschiedlichem Interessensgrundsatz hat grundsätzlich jeder Vertragsteil selbst zu überprüfen, ob das Geschäft für ihn vorteilhaft ist oder nicht.⁵⁰³ Die Aufklärungspflicht endet jedenfalls an der Grenze objektiver Vorhersehbarkeit einer Gefährdung der Interessen des Partners.⁵⁰⁴ Der Verkäufer hat auch nicht ungefragt auf Umstände hinzuweisen, von denen er annehmen darf, dass der Käufer nach ihnen fragen werde, falls er auf sie Wert legt. Je größer die Erfahrung und Fachkenntnis des Erwerbers im Bezug auf den beabsichtigten Geschäftsabschluss sind, desto geringere Anforderungen an die Aufklärungspflicht werden gestellt, da dem Sachkundigen eher zugemutet werden kann, eigene Informationsdefizite zu erkennen und nach den für ihn wesentlichen Umständen aktiv zu fragen.⁵⁰⁵

Dementsprechend wurde in einigen Fällen – bei fehlendem Generalvertriebsrechtes, welches in Wirklichkeit einem Dritten zustand und dessen tatsächliches Eigentumsverhältnis nicht aus den Geschäftsunterlagen ersichtlich war;⁵⁰⁶ beim Verkauf von Aktien zum Vielfachen der Nominale, unter der Zusage einer hohen Rendite, obwohl der Verkäufer über die schlechte Ertragslage des Unternehmens informiert war;⁵⁰⁷ bewusstes Verschweigen über die künftige Kon-

⁵⁰⁰ Riedler in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 870 Rz 6 mwN.

⁵⁰¹ OGH 15.11.2007, 2 Ob 209/07k; *Schopper* in FS Jud W. 623 ff; kritisch dazu *Brugger*, Ende des Gewährleistungsausschlusses? *ecolex* 2008, 803.

⁵⁰² *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 870 Rz 11.

⁵⁰³ OGH 7 Ob 553/88 wbl 1988, 341; *Bydlinski F.*, JBl 1980, 393 ff.

⁵⁰⁴ *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 870 Rz 5; *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen 58.

⁵⁰⁵ *Schopper* in FS Jud W. 615 ff; *Brugger*, Unternehmenserwerb 120. Zur Fragen nach Inhalt und Grenzen der geschuldeten Aufklärung vgl dazu ausführlich *Reich-Rohrwig A.*, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss (2015).

⁵⁰⁶ OGH 7 Ob 630/89 JBl 1990, 175.

⁵⁰⁷ OGH Ob 722/86 wbl 1987, 345.

kurrenzsituation, dass der bisherige Hauptlieferant des Unternehmens in unmittelbarer Nähe einen Outletstore eröffnet hat;⁵⁰⁸ sowie bei bewusst falschen Angaben des Verkäufers über die in der Vergangenheit erzielten Umsätze⁵⁰⁹ – listiges Verhalten von der Jud angenommen.

Der Getäuschte braucht keinen Schaden zu erleiden, um anfechten zu können. Kausal ist die rechtswidrige Einwirkung auf den Willen des Irreführenden zum Vertragsabschluss. Da der Überlistende nach § 870 ABGB jedes Schutzes unwürdig ist, können nicht nur unbeachtliche Geschäftsirrtümer, sondern auch listig herbeigeführte Motivirrtümer geltend gemacht werden.⁵¹⁰ Beim durchschauten Erklärungsirrtum, ist der Täuschende verpflichtet, die Erklärung gemäß dem wahren Willen des Erklärenden gelten zu lassen, sodass sich eine Anfechtung erübrigt.⁵¹¹ In Analogie zu § 872 ABGB kann der Getäuschte auch Vertragsanpassung verlangen, wenn beide Kontrahenten ohne Arglist den Vertrag zumindest zu anderen Konditionen geschlossen hätten. Der listig Irreführende darf der Vertragsanpassung nur dann widersprechen, wenn diese für einen redlichen Partner zum Schutz seiner gerechtfertigten wesentlichen Interessen unzumutbar wäre. Auf die Rechtsbehelfe wegen List kann im Voraus nicht verzichtet werden; sie verjähren innerhalb von 30 Jahren ab Vertragsabschluss.⁵¹²

In Hinblick auf die zunehmende Verschärfung der Aufklärungspflichten in der Jud, der potenziellen Anfechtbarkeit der Bestandkraft des Unternehmenskaufvertrages samt der damit verbundenen Unsicherheiten der Beweisführung im Zuge der langen Verjährungsfrist, stellt das Instrument der Arglist auch eine erhebliche Belastung der Interessen des geschäftlichen Rechtsverkehrs dar. Innerhalb der engen Grenzen der Inhalts- und Sittenwidrigkeitskontrolle wird in der Praxis der Vertragsgestaltung als zulässig erachtet, eine kurze Verfallsfrist ab dem Zeitpunkt der Kenntnis der Arglist durch den Getäuschten für die Geltendmachung der Arglist zu vereinbaren.⁵¹³

⁵⁰⁸ OGH 3 Ob 111/09 h JBl 2010, 180 = ecolex 2010, 243.

⁵⁰⁹ OGH 2 Ob 176/54 SZ 27/63.

⁵¹⁰ *Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 187 f., Vertragliche Gewährleistungsregelungen 81 f. Einschränkung *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 870 Rz 24 mit Verweis auf *Iro*, Versuch eines harmonischen Verständnisses der Bestimmungen über Willensmängel bei Verkehrsgeschäften, JBl 1974, 225 (235 f), die beim unwesentlichen Irrtum nur dann Vertragsaufhebung geboten sehen, wenn die Aufrechterhaltung des Vertrages wegen des Ausmaßes der Vertrauenserschüttung für unzumutbar gehalten wird.

⁵¹¹ *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 870 Rz 8; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 870 Rz 4.

⁵¹² *Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ 187 f.

⁵¹³ *Brugger*, Unternehmenserwerb 121. *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, HdB Unternehmenskauf und Due Diligence² 436; *Schopper* in FS Jud W. 610.

5. Aspekte zur Vertragsgestaltung von Rechtsfolgen

Trotz der gewährleistungsrechtlichen Gleichstellung zwischen Asset- und Sharedeal, sind die gesetzlichen Rechtsbehelfe der Gewährleistung nur von bedingten Nutzen. Damit ein Mangel aus Sicht des Gewährleistungsrechts vorliegt, muss dieser sich auf den Wert des Unternehmens auswirken und somit beim Anteilskauf auch auf den Wert des Anteils im Ganzen durchschlagen.⁵¹⁴ Zudem besteht für einen so komplexen und einem ständigen Wandel unterliegenden Vertragsgegenstand, wie ein Unternehmen ihn darstellt, kein einheitlicher Standard für welche gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften des Unternehmens der Verkäufer gem § 922 ABGB haften soll.⁵¹⁵

Um den Bedürfnissen der Vertragsparteien beim Unternehmenskauf nach einem wirtschaftlich sachgerechten Ausgleich im Fall von Leistungsstörungen gerecht zu werden, ist es in der Vertragspraxis üblich, die gesetzlichen Gewährleistungsregeln auszuschließen und stattdessen ein eigenes Haftungsregime aus Garantietatbeständen, deren Umfang und Rechtsfolgen sowie Freistellungen, aber auch Haftungsgrenzen und -ausschlüsse im Vertragswerk festzulegen.⁵¹⁶ Durch einen umfassenden Gewährleistungsverzicht lassen sich nach gesicherter Rsp neben geheimen auch solche Mängel ausschließen, die normalerweise gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften betreffen.⁵¹⁷ Da aber Haftungsbeschränkungen im Zweifel restriktiv auszulegen sind, ist es bei der entsprechenden Formulierung des Unternehmenskaufvertrages von Bedeutung, hervorzuheben, dass es sich um einen abschließenden, ausformulierten Garantiekatalog handelt, der nur für die ausdrücklich oder schlüssig zugesicherten Eigenschaften gelte:⁵¹⁸

„Der KAUFENDEN PARTEI stehen wegen der Vertragsverletzung ausschließlich die in diesem Vertrag geregelten Ansprüche zu (Haftungsregime sui generis). Eine darüber hinausgehende Haftung, aus welchem Rechtsgrund auch immer, geltend zu machen, insbesondere (zur Klarstellung) Rechte und Ansprüche, welcher Art auch immer (einschließlich des Wandlungsrechts sowie der einredeweisen Geltendmachung von derartigen Rechten) aufgrund der ge-

⁵¹⁴ Reich-Rohrwig/Thiery, *ecolex* 1991, 91; Puck in Nemeč/Reicheneder, Unternehmenskauf und Abwicklung in der Praxis 264; Kepplinger/Duursma, *ZfRV* 2001, 89 f.

⁵¹⁵ Hanslik/Grossmayer, *Big Deal?* 74; Oberlechner, *ecolex* 2006, 630; Wilhelm, *ecolex* 2005, 741.

⁵¹⁶ Hilgard, *ZIP* 2005, 1814; Parschalk/Wahl, *wbl* 2003, 353 f; Mailänder/Alte in Klamar/Sommer/Weber, *Der effiziente M&A Prozess* 188; Schmidt in Schalast/Raettig, *Grundlagen des M&A-Geschäftes* 164 f.

⁵¹⁷ Allgemeine Gewährleistungsverzichte erstrecken sich weder auf das Fehlen ausdrücklich oder schlüssig zugesicherten Eigenschaften noch auf arglistig, verschwiegene Mängel. (OGH 8 Ob 7/10b *ecolex* 2012, 126; OGH 9 Ob 50/10h *ecolex* 2011, 31; unter Hinweis auf RIS-Justiz RS0018523 sowie RS0018555).

⁵¹⁸ Mittendorfer in Mittendorfer, *Unternehmenskauf in der Praxis* 224 f; Schmidt in Schalast/Raettig, *Grundlagen des M&A-Geschäftes* 165.

gesetzlichen Bestimmungen des Gewährleistungsrechts, des Schadenersatzrechts, des Bereicherungsrechts, wegen Irrtums, *laesio enormis* oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage und der gesetzlichen Gewährleistung. Nicht ausgeschlossen ist die Geltendmachung von gesetzlichen Ansprüchen wegen Arglist oder vorsätzlichen (einschließlich *krass grob fahrlässigen*) Verhaltens einer Partei.⁵¹⁹

Da das Unternehmen eine unvertretbare Sache ist, scheidet der Austausch des Kaufgegenstandes beim Unternehmenskauf als Rechtsfolgeregelung aus.⁵²⁰ Grundsätzlich kommt die Rechtsfolge der Verbesserung dann in Betracht, wenn es sich um Sachmängel von Einzelsachen des Unternehmens handelt. Stellt sich bspw. heraus, dass einzelne Gegenstände des Anlagevermögens entgegen der Zusicherung des Verkäufers defekt sind, so lassen sich diese durch funktionsfähige Gegenstände ersetzen, genauso wenn von einem Inventar- oder Lagerbestand ausgegangen wurde und die fehlenden Lagerbestände nachgetragen werden.⁵²¹ Bedeutsam ist die Verbesserung auch bei Rechtsmängeln, deren Behebung nur unter Mithilfe und Spezialwissen des Verkäufers möglich ist, wie die Beschaffung fehlender Bau- oder Betriebsanlagegenehmigungen sowie die Veranlassung der Übertragung originärer Markenrechte an das Zielunternehmen.⁵²²

Gerade bei inhärenten Rechtsrisiken des Unternehmens, deren Auswirkungen sich nicht vollständig auf die Richtigkeit des Jahresabschlusses niederschlagen, wird der Käufer interessiert sein, das daraus resultierende Risiko durch spezifische Zusicherungen dem Verkäufer zuzuordnen. Zu denken ist dabei an:⁵²³

- die Verletzung von Patent- und Schutzrechten Dritter durch das Unternehmen, oder
- wenn wichtige Vertriebsverträge mit Kunden oder Lieferanten bereits nach der Erstellung des Jahresabschlusses gekündigt werden bzw. ein außerordentliches Kündigungsrecht für den Fall des Kontrollwechsels besteht, oder
- wenn im Rahmen einer Steuerprüfung eine zusätzliche Steuernachzahlung droht, die vor dem Zeitpunkt des closing zuzurechnen ist, oder
- unerwartete Kosten bei der Altlastenbeseitigung entstehen, oder
- die Nichteinhaltung der gesetzlichen Vorschriften, oder

⁵¹⁹ *Mittendorfer in Mittendorfer*, Unternehmenskauf in der Praxis 234 f.

⁵²⁰ *Hanslik/Grossmayer*, Big Deal? 92; *Puck*, Unternehmenskauf 80.

⁵²¹ *Puck*, Unternehmenskauf 82.

⁵²² *Mittendorfer in Mittendorfer*, Unternehmenskauf in der Praxis 343; *Welser/Siegwart in Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence² 128.

⁵²³ *Hanslik/Grossmayer*, Big Deal? 91, 105; *Mittendorfer in Mittendorfer*, Unternehmenskauf in der Praxis 343, *Reich-Rohrwig/Thiery*, *ecolex* 1991, 92.

- keine Lastenfreiheit am Eigentum der Anteile vorliegt, da sie gegenüber Dritten verpfändet sind.

Für die oben dargestellten Sachverhalte ist es in Unternehmenskaufverträgen üblich, dass die Parteien Haftungsfreistellungen bzw. Schadloshaltungen vereinbaren. Während Garantien sich auf Zusicherungen beziehen, dass bis zu einem bestimmten Zeitpunkt keine Risiken vorliegen, regeln Freistellungen die potenzielle Risikoübernahme eines bekannten Sachverhaltes durch den Vertragspartner über einen bestimmten Zeitraum hinaus.⁵²⁴ Im Unterschied zu Garantien führen Freistellungsvereinbarungen nicht zu einem Erfüllungsanspruch und sind für den Erwerber von Vorzug, da bei ihnen eine Schadensminderungspflicht grundsätzlich nicht uneingeschränkt greift, sondern lediglich bei Härtefällen aus der Verpflichtung von Treu und Glauben besteht. Aufgrund der verbundenen Probleme mit der Beweislast, ist es in der Vertragspraxis üblich, durch speziell definierte Schadensminderungspflichten und Selbstbehalte die Verantwortlichkeit der Vertragsparteien abzugrenzen, indem bspw. der Verkäufer bei Umweltproblemen im ersten Jahr nach dem closing 100 % der Kosten übernimmt und die Kostentragungspflicht in den nachfolgenden Jahren prozentuell abnimmt.⁵²⁵

In der Praxis wird es also üblich sein, dem Verkäufer zunächst ein Nachbesserungsrecht einzuräumen. Der Käufer hat dabei das Recht, den etwaigen Mangel innerhalb einer gewissen Frist zu beheben. Ist die Verbesserung nicht möglich, so ist der Käufer berechtigt eine Kaufpreisminderung bzw. Schadenersatz in Geld zu fordern. Typischerweise erfolgt die Zahlung nach Wunsch des Käufers an ihn oder an die Gesellschaft:⁵²⁶

„Im Fall einer Vertragsverletzung durch die VERKAUFENDE PARTEI hat die KAUFENDE PARTEI das Recht, von der VERKAUFENDEN PARTEI zu verlangen, nach Wahl der KAUFENDEN PARTEI entweder diese oder die ZIELGESELLSCHAFT innerhalb einer angemessenen Frist, die mindestens einen Monat beträgt, so zu stellen, als wäre die Vertragsverletzung nicht passiert (Vorrang der Naturalrestitution). DIE KAUFENDE PARTEI ist berechtigt, von der VERKAUFENDEN PARTEI Schadenersatz in Geld auf Basis der Bestimmungen dieses Vertrages zu verlangen, wenn die Naturalrestitution (i) wegen der Art der Vertragsverletzung nicht zulässig ist, (ii) nicht innerhalb angemessener Frist erfolgt oder (iii)

⁵²⁴ Hanslik/Grossmayer, Big Deal? 87 ff; Mittendorfer in Mittendorfer, Unternehmenskauf in der Praxis 230; Thun in Lucks, M&A Projekte erfolgreich führen 265.

⁵²⁵ Schmidt in Schalast/Raettig, Grundlagen des M&A-Geschäftes 172 f.

⁵²⁶ Hanslik/Grossmayer, Big Deal? 94; Schmidt in Schalast/Raettig, Grundlagen des M&A-Geschäftes 170.

nach Beurteilung der VERKAUFENDEN PARTEI mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand nicht machbar ist.“⁵²⁷

Dabei liegt es nahe, den Ersatzanspruch nach der Höhe des Aufwandes zu bemessen, der notwendig ist, um den geschuldeten Zustand beim Zielunternehmen wiederherzustellen. Dabei stellt sich die Frage, wie dieser Ersatzanspruch zu ermitteln ist, wenn die Naturalrestitution praktisch ausgeschlossen ist bzw. nicht mehr rückwirkend hergestellt werden kann. Wenn bspw. ein Vertrag mit einem Hauptkunden gekündigt wurde und kein Ersatz in Sicht ist, die angegeben Marken- und Patentrechte im Ausland nicht geschützt sind oder wenn es in den letzten Monaten vermehrt zu Arbeitsniederlassungen gekommen ist und der Personalaufwand höher ist, als im letzten Jahresabschluss angegeben ist oder bei Verstößen gegen gesetzliche Bestimmungen, welche nicht nur Bußgelder sondern auch Imageschäden nach sich ziehen.⁵²⁸

Als zweiter Ansatz bietet sich an, die Höhe des Schadens anhand der konkreten Auswirkungen des Garantiefalls auf den Wert des erworbenen Unternehmens zu ermitteln. Allerdings ergibt sich hier nicht nur das Problem, dass der Wert des Unternehmens nur schwer ermittelbar ist, wenn bspw. Käufer und Verkäufer unterschiedliche Bewertungsmethoden angewandt und den vereinbarten Kaufpreis nur annähernd reflektiert haben, sondern dass auch die Ermittlung des Unternehmenswertes in einem Unternehmenskaufvertrag nur selten nachvollziehbar dargestellt wird.⁵²⁹

Da der eigentliche Inhalt und Zweck der Bilanzgarantie sich darauf bezieht, dass das vermittelte Bild des Jahresabschlusses der Wirklichkeit entspricht, was einerseits bedeutet, dass die Substanz des Unternehmens im Wesentlichen mit dem übereinstimmt, was in der garantierten Bilanz zugesagt wurde und andererseits, dass die im vorliegenden Geschäftsjahr dargestellte Leistung erbracht wurde, und dieses Ergebnis mangels wesentlicher Veränderungen des Unternehmens und seines Marktumfeldes auch weiterhin erwirtschaftet werden kann, hat die Ermittlung des Schadens bzw. Ersatzanspruchs, ohne nähere Konkretisierung im Vertrag entweder unter dem Gesichtspunkt des Substanzwertes oder Ertragswertes zu erfolgen.⁵³⁰

⁵²⁷ *Mittendorfer in Mittendorfer*, Unternehmenskauf in der Praxis 235 f.

⁵²⁸ *Hanslik/Grossmayer*, Big Deal? 94; *Hilgard*, BB 2013, 939.

⁵²⁹ *Hilgard*, ZIP 2005, 1815.

⁵³⁰ *Hilgard*, BB 2013, 940; *Maier-Reimer/Schilling*, KSzW 2016, 5 ff. Abweichend davon wird aufgrund des normativ-subjektiven Fehlerbegriffs, die Meinung vertreten, dass die Garantie nur ein normgerechtes Verhalten der Bilanzerstellung versichere, bei deren Verletzung der Käufer so zu stellen ist, wie er ohne schulhaftes Verhalten gestanden hätte, sprich welchen niedrigeren Kaufpreis die am Vertrag festhaltenden Parteien vereinbart hätten, wenn bei Kenntnis der wahren Sachlage ein zutreffender Jahresabschluss vorgelegen wäre. (*Hennrichs*, NZG 2014, 1002; *Wächter*, M&A Litigation², Rz 401 ff).

Anders ausgedrückt stellt sich bei den zahlreichen denkbaren Mängeln die Frage, ob ein Ausgleich durch einen bloß einmaligen Wertausgleich der relevanten Position erfolgen kann oder ob darüber hinaus durch die Auswirkung des Mangels auf die Gewinn- und Verlustrechnung die vom Käufer angenommene Ertragskraft zu berücksichtigen ist.⁵³¹

Die Rechtsfolge einer Garantieverletzung ist unmittelbar aus der Garantie zu entnehmen. Welcher Schaden aufgrund der Bilanzgarantie zu ersetzen ist, hängt davon ab, inwieweit die Garantie auf die bilanzierten Buchwerte anknüpft oder ob sie darüber hinaus auch die Schadenshöhe zugrundeliegender Sachverhalte miteinbezieht.⁵³²

- Wird eine Eigenkapitalgarantie schlagend, weil die Buchwerte betriebsnotwendiger Gegenstände des Anlagevermögens niedriger sind als die garantierten am Markt erzielbaren Verkehrswerte, spielt dies aus Sicht der Substanzwertermittlung in erster Linie keine Rolle. Da die operativ benötigten Wirtschaftsgüter nicht verkauft werden können, kann das in ihnen steckende Erlöspotenzial nicht erzielt werden.⁵³³
- Relativ einfach sind jene Fälle, wo Maschinen wegen erheblicher Mängel abgeschrieben werden müssen oder eine bestehende Verbindlichkeit nicht ausgewiesen ist. In diesen Fällen erspart sich der Käufer die Darstellung der Auswirkung von Mängeln auf den Wert der Anteile bzw. auf den Marktwert der Zielgesellschaft selbst, indem er auf den Nachteil auf Seiten des Unternehmens verweist und den Aufwand der Wiederherstellung (Ersatzbeschaffung oder Reparatur bzw. Erfüllung der Verbindlichkeit) nachweist. Einem solchen Ansatz wird der Verkäufer auch wenig entgegenhalten können.⁵³⁴
- Anders gestrickt sind jene Fälle, wo Maschinen und Anlagen ausgewiesen sind, die der Zielgesellschaft nicht gehören. Hier stellt sich die Frage, ob der für diese Maschinen angesetzte Buchwert zu ersetzen ist, oder jener Geldbetrag, der für den Erwerb einer gleichwertigen Maschine erforderlich ist. Bedenkt man dabei, dass der Käufer bei der Kaufpreisberechnung stille Reserven bei nicht-abnutzbaren Anlagen unterstellt

⁵³¹ *Hanslik/Grossmayer*, Big Deal? 95.

⁵³² *Maier-Reimer/Schilling*, KSzW 2016, 10.

⁵³³ *Hilgard*, BB 2013, 940.

⁵³⁴ *Maier-Reimer/Schilling*, KSzW 2016, 10.

hat, wäre er durch die Zahlung des Betrages in Höhe des Bilanzausweises nicht ausreichend entschädigt.⁵³⁵

In vielen Fällen wird die Garantieverletzung auch eine Auswirkung auf den Ertrag der Gesellschaft haben, wenn nach dem signing dauerhaft Marktanteile verloren gegangen sind, oder etwa ein wiederkehrender Aufwand nicht berücksichtigt wurde, zu niedrig dargestellte Fixkosten oder ein Umsatz im vorherigen Geschäftsjahr erfasst wurde, der bei ordnungsgemäßer Bilanzerstellung erst im Folgejahr auszuweisen ist, ergibt sich in berechtigter Erwartung des Käufers der Ausweis eines höheren als des tatsächlich erwirtschafteten Ertrags. Dementsprechend wird der Schadenersatz nicht auf den bloßen Ausgleich der Bilanzposition beschränkt sein, sondern sich auf die Minderung des Ertragswertes beziehen.⁵³⁶

Da ertragswertorientierte Garantien im Gegensatz zu substanzwertorientierten Garantien eine viel größere Auswirkung auf den Kaufpreis haben, muss diese Auswirkung der Verletzung auch entsprechend auf die Bewertung des eingetretenen Schadens Berücksichtigung finden. Damit die gleichen wirtschaftlichen Erwägungen auch bei der Schadenersatzleistung gelten, hat der Käufer jene Kriterien und Faktoren, die zur Bestimmung des Kaufpreises bzw. Unternehmenswertes wertbildend waren, im Vertragswerk nachvollziehbar zu machen⁵³⁷:

- „Der Kaufpreis von €___ versteht sich als das EBITDA des Unternehmens, multipliziert mit dem Faktor ___“ oder „
- „Der Kaufpreis entspricht der Höhe des sich aus der Abrechnungsbilanz ergebenden Eigenkapitals [folgt Definition des Eigenkapitals] zuzüglich einer Abgeltung für den good-will des Unternehmens in Höhe von ___% dieses Betrages“.⁵³⁸

Oft gehen beide Parteien dieser schwierigen Diskussion aus dem Weg oder werden nicht bereit sein, die zur Zahlung des Kaufpreises bewogenen Kriterien im Vertrag offen zu legen. Problematisch ist dies insofern, wenn im Rahmen einer (schieds-)gerichtlichen Beurteilung der Kaufpreisreduktion, die gleichen Argumente (Ausgleich mittels Substanzwert- oder Ertragswertverfahren) aufeinandertreffen und auf Tatsachenbasis die angestellten Überlegungen

⁵³⁵ *Maier-Reimer/Schilling*, KSzW 2016, 10.

⁵³⁶ *Hanslik/Grossmayer*, Big Deal? 95 f; *Hilgard*, BB 2013, 940; *Maier-Reimer/Schilling*, KSzW 2016, 10; *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence² 441.

⁵³⁷ *Hanslik/Grossmayer*, Big Deal? 95 f; *Hilgard*, ZIP 2005, 1816 f.

⁵³⁸ *Hilgard*, ZIP 2005, 1818.

zur Bewertungsgrundlage des Kaufpreises und der Nachweis zur Bezifferung der Schadenshöhe zu erbringen ist. Ist aber der Nachweis zur Schadensbemessung nicht nachvollziehbar zu ermitteln, so besteht für das Gericht die Möglichkeit, die Höhe des Anspruchs gem § 273 Abs 1 ZPO auf Antrag oder von Amts wegen nach seiner freien Überzeugung festzusetzen.⁵³⁹

Typischerweise wird der Verkäufer nur unter Zustimmung eines bestimmten Wissenstandes⁵⁴⁰ oder bei betragsmäßigen Einschränkungen bereit sein eine Zusicherung abzugeben. Verbreitet sind dabei Haftungsbegrenzungen in Form von sog. Bagatell- und Capklauseln. Bei einer Bagatellklausel ist die Durchsetzung von Ansprüchen an das Erreichen eines Mindestbetrages (de minimis amount) geknüpft. Dadurch soll verhindert werden, dass der Käufer nach dem closing proaktiv mit nur kleinsten Garantieansprüchen versucht, den Kaufpreis nachträglich zu reduzieren und schließlich wird aus wirtschaftlichen Überlegungen (externe Kosten Anspruchsbewertung, Befassung von Rechtsvertretern, etc ...) argumentiert, dass nur sehr geringfügige Ansprüche für die Gesamttransaktion ohne Bedeutung sind.⁵⁴¹

Der Mindestbetrag der Bagatellklausel kann sowohl in Form eines Freibetrages oder als Freigrenze ausgestaltet werden. Während beim Freibetrag die Ansprüche des Käufers nur insoweit ersetzt werden, als die vereinbarte Freibetragsgrenze (deductible) überschritten wird, wird bei Überschreiten der Freigrenze (basket) der Garantieanspruch in voller Höhe geltend gemacht. Auf Erwerberseite ist bei der Ausgestaltung zu achten, dass beim Serienschaden nicht der jeweilige Einzelfall wegen Unterschreitens der Freibetragsgrenze von der Erstattung ausgenommen wird sondern die Summe der Einzelfälle einzubeziehen ist. Um nicht mit Schadenersatzforderungen konfrontiert zu werden, die zu einem negativen Kaufpreis führen, kann auf Seiten des Verkäufers die Haftung durch Höchstgrenzen (caps) begrenzt werden.⁵⁴²

Inhaber des Schadenersatzanspruches ist regelmäßig der Käufer, dies wird damit begründet, dass aus Perspektive des verkauften Unternehmens oftmals kein Schaden vorliegt. Zu denken ist dabei an Rechtsmängel der verkauften Beteiligung, die entgegen der Zusage nicht im unbelasteten Eigentum des Verkäufers ist oder an eine nicht eingebuchte Verbindlichkeit, die

⁵³⁹ *Hanslik/Grossmayer*, Big Deal? 95; *Hilgard*, ZIP 2005, 1818 ff; *Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence², 130 f.

⁵⁴⁰ Zur Frage der Wissenszurechnung siehe bereits Abschnitt 2.2, sowie zur Kenntnisnahme offengelegter Umstände Abschnitt 4.3.

⁵⁴¹ *Mittendorfer* in *Mittendorfer*, Unternehmenskauf in der Praxis 233 f; *Thun* in *Lucks*, M&A Projekte erfolgreich führen 266 f.

⁵⁴² *Schmidt* in *Schalast/Raettig*, Grundlagen des M&A-Geschäftes 173; *Thun* in *Lucks*, M&A Projekte erfolgreich führen 266 f.

grundsätzlich nichts an der tatsächlichen Finanz- und Ertragslage des Unternehmens ändert. In solchen Sachverhalten mangelt es an einem Haftungstatbestand bei welchem im Sinne der Differenzhypothese des Schadenersatzrechtes die tatsächliche Lage mit einer hypothetischen Lage verglichen werden kann. Vielmehr handelt es sich bei der Garantie um einen Haftungstatbestand des Käufers, nämlich dass das von ihm erworbene Unternehmen nicht dem garantierten Bild entspricht. In der Regel ist eine solche Lösung vom Verkäufer auch erwünscht, da andernfalls die Zahlung des früheren Gesellschafters an das Unternehmen steuerpflichtiges Einkommen darstellen könnte.⁵⁴³

Regelungsbedürftig dürfte beim Beteiligungskauf sein, dass der Verkäufer nur jenen prozentuellen Schaden erstattet, der dem Beteiligungsanteil des Käufers entspricht.⁵⁴⁴ Ebenfalls ist bei der Vertragsgestaltung zu beachten, dass ein und derselbe Mangel nur einmal zu Ansprüchen des Anteilskäufers führen und eine Doppelabgeltung durch eine andere Zusicherung ausgeschlossen wird. Letztlich wird der Verkäufer einfordern, dass im Haftungsfall jene Ersatzansprüche zurückzuerstatten sind, die der Käufer oder die Zielgesellschaft als Vorteile von dritter Seite im Zusammenhang mit dem Gewährleistungsfall erhalten hat.⁵⁴⁵

⁵⁴³ *Maier-Reimer/Schilling*, KSzW 2016, 9.

⁵⁴⁴ *Hanslik/Grossmayer*, Big Deal? 95; *Hilgard*, ZIP 2005, 1818.

⁵⁴⁵ *Hanslik/Grossmayer*, Big Deal? 98; *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence², 435.

6. Conclusio – Reichweite der Bilanzgarantie

Unabhängig davon, ob eine subjektive oder objektive Richtigkeit des Jahresabschlusses zugesagt wird, ist eine solche Bilanzgarantie für einen zurückliegenden Stichtag vergangenheitsbezogen und nicht als Haftung des Verkäufers für künftige Erträge des Unternehmens zu verstehen.⁵⁴⁶ Entsprechend einer gewährleistungsrechtlichen Zusage haftet der Verkäufer grundsätzlich nur für jene Eigenschaften (Ertragsfähigkeit), welche mit dem Unternehmen zum Zeitpunkt der Erfüllung des Geschäfts erzielbar waren.⁵⁴⁷ Bei der Feststellung der erzielbaren Ertragsfähigkeit werden deshalb jene Faktoren – wie etwa Geschick und Einsatz des Erwerbers, die allgemeine wirtschaftliche und branchenspezifische Lage am Markt, – die erst nach dem Übergang der Verfügungsgewalt auf das Unternehmen einwirken und zweifelsohne das künftige unternehmerische Risiko des Erwerbers betreffen, neutralisiert. Daraus ergibt sich, dass die Reichweite der Zusicherung einer zahlenmäßig bestimmten Ertragsfähigkeit sich nur darauf erstreckt, dass mit dem im Unternehmen vorhandenen Ertragspotenzial, bezogen auf die objektivierten Bedingungen, unter der Fiktion gleichsamer wirtschaftlicher und sonstiger Verhältnisse, die der Verkäufer vorgefunden hat, bei der Anwendung eines mittleren unternehmerischen Einsatzes, die zugesicherten Erträge auch objektiv erzielbar waren.⁵⁴⁸

Infolge der grundsätzlichen Dispositivität der Gewährleistungsvorschriften besteht für die Parteien im Rahmen der Privatautonomie die Möglichkeit, die gesetzlichen Gewährleistungsregeln zu erweitern, indem der Verkäufer bspw. dafür einsteht, dass innerhalb eines gewissen Zeitraums bestimmte Eigenschaften bestehen bleiben oder keine Mängel auftreten. Denkbar sind auch eine verschuldensunabhängige Ersatzpflicht für Mangelfolgeschäden oder eine vollständige Umkehr der Beweislast. In solchen Fällen handelt es sich um eine Modifikation der gesetzlichen Gewährleistung, und man spricht von einer unechten Garantie.⁵⁴⁹

Eine Vereinbarung des Verkäufers, dass im zukünftigen Zeitraum tatsächlich bestimmte Erträge oder ein bestimmter Erfolg (Lager- und Inventurbestand, die Höhe bestimmter Umsätze, Absatzgarantie) zugesichert werden, geht über die Einstandspflicht des Gewährleistungsrechts hinaus und kann nur dann angenommen werden, wenn aus der Vertragsbestimmung ein ausdrückliches Garantieverprechen iSd § 880a ABGB hervorgeht. Nur bei einer echten Garantie

⁵⁴⁶ Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 440.

⁵⁴⁷ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ 87.

⁵⁴⁸ OGH 5 Ob 768/80 SZ 54/88; Puck in Nemeč/Reicheneder, Unternehmenskauf und Abwicklung in der Praxis 267 f; Stainer, Gewährleistung beim Unternehmenskauf 58 f.

⁵⁴⁹ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ 107 f; Ofner in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar IV⁴ § 922 Rz 42; Wiedenbauer/Klauninger, eolex 2003, 398.

trägt der Verkäufer prinzipiell das unternehmerische Risiko der wirtschafts- bzw. branchenspezifischen Voraussetzungen des Unternehmens.⁵⁵⁰ Inwieweit dabei das Risiko des unternehmerischen Einsatzes des Erwerbers übernommen wird, hängt von der Vertragsbestimmung ab, jedenfalls hat der Begünstigte den Eintritt des Erfolges nicht schuldhaft zu verhindern, weshalb dem geschäftsführenden Erwerber zumindest ein mittlerer unternehmerischer Einsatz aufzuerlegen ist.⁵⁵¹

Allein aufgrund der Komplexität und Individualität eines Unternehmens, dessen Erfolg neben der Qualifikation und Tüchtigkeit des Erwerbers insbesondere von nicht beeinflussbaren und nicht vorhersehbaren makroökonomischen Entwicklungen abhängig ist, kann keine allgemein gültige Verkehrsauffassung beigegeben werden, dass dem Unternehmen eine bestimmte Ertragsfähigkeit iSd § 922 ABGB als gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft beigelegt werden kann. Das ist insofern problematisch, da bei fehlender konkreter Vereinbarung oder unzureichender Umschreibung der bedungenen Eigenschaften, Gewährleistungsansprüche nur dann geltend gemacht werden können, wenn der Mangel am Einzelgegenstand zumindest Auswirkungen auf die Gebrauchsmöglichkeit des Unternehmens hat bzw. auf den Wert des Anteils am Unternehmen im Ganzen durchschlägt.⁵⁵² Wird der Verkauf eines lebenden Unternehmens durch die Vorlage von Jahresabschlüssen der vergangenen Geschäftsjahre, zum Vertragsinhalt gemacht, kann zumindest eine Überlebensfähigkeit des Unternehmens vorausgesetzt werden, sodass die Fortführung der operativen Geschäftstätigkeiten jedenfalls, ohne größere Kapitalzuführung und Überschuldung, fortgesetzt werden kann. Demnach kann von einem Gewährleistungsfall ausgegangen werden, wenn der Jahresabschluss auf dem Going-Concern-Prinzip beruhte und diese Prämisse sich aber als nicht zutreffend erweist.⁵⁵³

Jegliche Begehren auf die Zusage einer bestimmten Ertragskraft des Unternehmens werden wohl mittels Haftungsbeschränkung kategorisch ausgeschlossen oder mit der Begründung abgewehrt, dass die Fortschreibung der künftigen Erträge, mittels Abzinsung erwarteter zukünftiger Cashflows oder durch Ansatz von Multiples, selbst bei unrichtiger Darstellung der Vergangenheit, mangels Kausalität des Bilanzierungsfehlers, in die Risikosphäre des Käufers fällt bzw. als unbeachtlicher Kalkulationsirrtum einzustufen ist. Letztlich scheitert es auch an der zu hohen verbundenen Gegenforderung des Verkäufers, wie der Vergütung von nicht in

⁵⁵⁰ Puck, *ecolex* 1995, 250.

⁵⁵¹ Bydlinski F., *RIW* 1981, 150; Koziol, *Garantievertrag* 52 f; Reidinger, *Rechtsprobleme der Garantieabrede* 52 f.

⁵⁵² Hasenauer/Pracht in *Althuber/Schopper*, *Hb Unternehmenskauf und Due Diligence*² 100; Oberlechner, *ecolex* 2006, 629 f; Wahl in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, *Hb M&A* 492.

⁵⁵³ Hofmann/Nowotny, *GesRZ* 2009, 131; Reich-Rohrwig/Thiery, *ecolex* 1991, 92.

Anspruch genommenen Rückstellungen sowie bereits wertberichtigten, aber dennoch eingegangenen Forderungen, sowie einer extraorbitanten Kaufpreiserhöhung bei Übertreffen der Prognosen.⁵⁵⁴

Aufgrund der vielseitigen Formen der Bilanzgarantie kommt es in der Praxis häufig vor, dass die Parteien völlig unterschiedliche Vorstellungen über Inhalt, Reichweite und Rechtsfolgen der Bilanzklausel haben, selbst wenn beide Parteien das Gleiche erklärt haben. In Bezug auf die Vertragsauslegung nach § 914 ABGB ist zu sagen, dass anhand der Risiken und Einschränkungen des M&A Geschäftes kein Erfahrungssatz oder Verkehrssitte vorliegt, nachdem aus dem Vertragszweck der Bilanzgarantie stets eine objektive Garantie der Richtigkeit des Jahresabschlusses abgeleitet werden kann. Im Beweismittelverfahren wird jene Partei im Vorteil sein, die ihr Verständnis vom Inhalt und Zweck des Geschäfts auf den Vertragswortlaut stützen kann und sich nach dem Gebot der Redlichkeit im Sinne des Rechtsverkehrs auf schutzwürdiges Vertrauen berufen kann.⁵⁵⁵

Selbst bei Zusage der objektiven Richtigkeit des Jahresabschlusses, wonach der Verkäufer für jegliche Wertminderung (Überbewertung der Aktiva, Unterdeckung der Verbindlichkeiten und Drohverlustrückstellungen), die sich im Bezug zum bilanziellen Ansatz ergibt, einzustehen hat, ist zu berücksichtigen, dass sich diese nur auf Sachverhalte und Gegebenheiten erstreckt, deren Ursache in zeitlicher Hinsicht bis zum einbezogenen Bilanzstichtag reichen.⁵⁵⁶ Des Weiteren darf nicht vernachlässigt werden, dass die Bilanzerstellung, neben gesetzlichen verpflichtenden Vorschriften, zahlreiche Beurteilungs- und Ermessensspielräume eingesteht, welche auf die Bilanzgarantie durchschlagen.⁵⁵⁷ Ohne separate Anordnung ist die Bilanzgarantie ihrem Zweck entsprechend als Gesamtbild zu betrachten, wo dem Maßstab redlicher Vertragsparteien folgend, eine Wertkompensation der positiven stillen Reserven und negativen stillen Lasten der einzelnen Bewertungsobjekte zu erfolgen hat.⁵⁵⁸

Um die wirtschaftliche Risikotragung des Zielobjektes in der Zeit zwischen Vertragsunterzeichnung und Übergang der Verfügungsgewalt abzugrenzen, ist der beigelegten Bilanzgaran-

⁵⁵⁴ Löber, AnwBl 1992, 531; Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 420, 439.

⁵⁵⁵ Heiss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 36; 81 f Karollus, AnwBl 1996, 818, 825; Löber, AnwBl 1992, 532; Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 914 Rz 143 ff.

⁵⁵⁶ Hofmann/Nowotny, GesRZ 2009; 126; Karollus-Bruner, ecolex 2007, 825.

⁵⁵⁷ Die bestehenden Bilanzierungswahlrechte wurden auch von der Rsp dahingehend bestätigt, dass sogar eine im Zivilprozess durchsetzbare Verpflichtung zur Zustimmung des Jahresabschluss des unter gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht gebundenen Gesellschafters einer GmbH, verneint wurde, da die Ausübung der möglichen zulässigen Bilanzierungswahlrechte im Ermessen des Bilanzierenden liegen. (OGH 6 Ob 130/05v ecolex 2006, 661).

⁵⁵⁸ Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 415.

tie eine Kaufpreisklausel hinzuzufügen. Neben der wirtschaftlichen Abgeltung der verbundenen Veränderung des Chancen- und Risikoprofils des Zielunternehmens zum Zeitpunkt der Verfügungsgewalt können mit Hilfe der Kaufpreisklausel die inhärenten Bewertungs- und Ermessensspielräume des Jahresabschlusses, welche implizit in das anzuwendende Unternehmensbewertungsverfahren eingebunden werden, unmittelbar kaufpreiswirksam nach den Vorstellungen der Parteien verrechnet werden.⁵⁵⁹ In Bezug auf die Risikoverteilung kann festgehalten werden, dass eine variable Kaufpreisanpassung im Gegensatz zur fixen Kaufpreisanpassung aus Sicht des Käufers besser geeignet ist, um das Verhaltens- und Handlungsrisiko der betrieblichen Geschäftstätigkeit des Verkäufers zu steuern.⁵⁶⁰ Die schlussendliche Auswahl der verschiedenartigen Kaufpreismechanismen (net-debt-cashfree, working capital, locked-box) hängt ebenfalls von der Komplexität des Transaktionsprozess und der jeweiligen individuellen Bedürfnisse des Käufers (Zustand eines intakten Infrastrukturkanals, Absicherung eines bestimmten Reinvermögens) ab.⁵⁶¹ Daneben kann sich der Käufer mit der Aufnahme der – aus dem angloamerikanischen Raum etablierten – MAC-Klausel im Kaufvertrag vor nachteiligen vermögens- und ertragsmindernden Veränderungen bei der Durchführung des Unternehmenserwerbs schützen. Im Gegensatz zu den im österreichischen Recht vorhandenen Rechtsinstituten „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ und „laesio enormis“ lassen sich unter Zuhilfenahme der MAC-Klausel spezielle Garantie-, Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche, völlig losgelöst von der Vorhersehbarkeit der Umstände und unabhängig von der ursachgemäßen Zuordnung der jeweiligen Risikosphäre der Vertragspartner, durchsetzen.⁵⁶²

Die gesetzlichen Gewährleistungsbehelfe sind weitgehend auf den einfachen Sach- oder Forderungs Kauf zugeschnitten und führen aufgrund der Individualität und der komplexen Natur eines Unternehmens oftmals zu unbefriedigenden Lösungen bei Leistungsstörungen iZm einem Unternehmenskauf, weshalb aus Sicht der Vertragspraxis empfohlen wird, die Rechtsfolgen, bei Verletzung von vertraglichen Zusagen und Garantien, wie jener der Bilanzgarantie, abweichend vom gesetzlichen Gewährleistungsrecht vertraglich zu vereinbaren.⁵⁶³ Die primären Gewährleistungsbehelfe kommen beim Unternehmenskauf nur dann in Betracht, wenn es sich um Sach- oder Rechtsmängel von Einzelsachen handelt. Die Behelfe werden

⁵⁵⁹ Moser in Berens et al, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ 368; Rehbein et al, M&A Review 2013, 439; Schüppen, BFuP 2010, 414.

⁵⁶⁰ Reich/Schimmer/Gjukez, M&A Review 2012, 360.

⁵⁶¹ Mittermair/Pichler in Mittendorfer, Unternehmenskauf in der Praxis 301; Schrader in Eilers/Koffka/Mackensen, Private Equity² 66.

⁵⁶² Draxler, Private Equity Exit 146; Hanslik/Grossmayer, ecoloX 2007, 830.

⁵⁶³ Parschalk/Wahl, wbl 2003, 353 f; Thierrichter, RdW 2012, 319

aber insoweit gegenstandslos, wenn sich der Einzelmangel auf einzelne Unternehmensbestandteile erstreckt, da dem Verkäufer idR keine gleichwertige Sachsubstanz für den Austausch zur Verfügung steht. In diesen Fällen ist das Unternehmen als solches gesamt gesehen wirtschaftlich weniger wert und stellt idR einen unbehebbaeren Qualitätsmangel dar, da die beim Vertragsabschluss zugrunde gelegte Ertragsfähigkeit kaum mit wirtschaftlichen verhältnismäßigen Mitteln wiederhergestellt werden kann.⁵⁶⁴

Die Berechnung der gesetzlichen Preisminderung auf Basis der relativen Berechnungsmethode ist gerade beim Unternehmenskauf mit der nötigen Feststellung des objektiven Wertes der mangelfreien und der mangelhaften Sache mit schwerwiegenden Bewertungsdiskrepanzen verbunden. Mangels der Existenz von geregelten Märkten bei Unternehmensbestandteilen und Gesellschaftsanteilen ist der objektive Wert nach wissenschaftlich anerkannten Verfahren der Unternehmensbewertung, wie bspw. das Ertragswertverfahren oder der Discounted Cashflow Methode, abzuleiten.⁵⁶⁵ Dabei ist in Kauf zu nehmen, dass bei unrichtiger Bilanzierung eines Buchwertes die hervorgerufene Beschönigung der Ertragslage des Unternehmens durch die Bilanzgarantie schon gar nicht im gleichen Verhältnis erfasst werden kann, da bei der Berechnung des Minderertrages anhand der Kapitalisierung und Ausklammerung von Einmaleffekten der Grund der eingetretenen Wertminderung nachhaltig sein muss. Umgekehrt können selbst gering erscheinende Sachmängel aufgrund der Nichteinhaltung von Eigenschaftszusagen durchaus zu Aufwendungen führen, die auf Serienschäden oder Forderungsausfälle schließen lassen, welche zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des Ertragswertes führen.⁵⁶⁶

Auf der anderen Seite steht der Absicherung des bilanziellen Eigenkapitals der Nachteil gegenüber, nicht mit den gängigen cashflowbasierten Unternehmensbewertungsverfahren im Einklang zu sein, sodass sämtliche rechnungslegungsrechtlichen Einschränkungen des Jahresabschlusses auf die Eigenkapitalgarantie durchschlagen.⁵⁶⁷ Eine sachgerechte Vereinbarung erfordert eine intensive Auseinandersetzung des Jahresabschlusses, um ein breites Verständnis für die aus den Bilanzpositionen resultierenden künftigen Ertragswertpotenziale und generierenden Zahlungsmittelzuflüsse zu gewinnen. Wesentlich dabei ist, dass ein Zusammenhang zwischen der Kaufpreisberechnung, dem Unternehmenswert und den garantieren Posten des Jahresabschlusses hergestellt wird, um die Höhe der zu leistenden Ausgleichszahlung eindeu-

⁵⁶⁴ Puck, Unternehmenskauf 80 f; Stainer, Gewährleistung beim Unternehmenskauf 150; Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 124.

⁵⁶⁵ Kurschel, Gewährleistung 90 ff; Puck, Unternehmenskauf 84; Stainer, Gewährleistung 152.

⁵⁶⁶ Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 441.

⁵⁶⁷ Reich/Schimmer/Gjukez, M&A Review 2012, 364; Schüppen, BFuP 2010, 416 f.

tig bestimmen zu können.⁵⁶⁸ Dies setzt voraus, dass die Vertragsparteien die Parameter und Methode der Kaufpreisberechnung offenlegen und Eingang in die Vertragsbestimmungen finden.⁵⁶⁹

Infolge der mit dem dinglichen Übergang auf den Käufer verbundenen Änderung des wirtschaftlichen Gehalts des Unternehmens bzw. der Anteile führt die bereicherungsrechtliche Zurückstellung der bereits ausgetauschten Leistungen beim Unternehmenskauf zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten, weshalb der Gewährleistungsbehelf der Wandlung vertraglich gänzlich abgedungen oder nur auf bestimmte schwerwiegende Gründe beschränkt wird.⁵⁷⁰

Im Zusammenhang mit vertraglichen Zusagen ist auf die Norm des § 928 ABGB hinzuweisen, die besagt, dass bei offenkundigen Mängeln keine Gewähr zu leisten ist. Vor dem Hintergrund einer vorangehenden Due Dilligence Prüfung beim Unternehmenskauf ist dies insofern von Bedeutung, da aufgrund eines Größenschlusses die Verkäuferhaftung auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Mangel dem Erwerber nicht nur erkennbar, sondern beim Vertragsabschluss tatsächlich bekannt war.⁵⁷¹ Zu Ungunsten des Erwerbes wird auch die Unkenntnis über nicht bekannte Mängel, die infolge grober Sorgfaltswidrigkeit nicht erkannt wurden, der positiven Kenntnis gleichgestellt.⁵⁷² Da aber außerhalb des Anwendungsbereiches des § 377 UGB keine Untersuchungsobliegenheit besteht, entfaltet folgerichtig eine allgemein umfassende unspezifische Offenlegung von Informationen, deren Erkenntnis auf etwaige Mängel sich nur an versteckter Stelle bzw. nur aus der Zusammenschau der verschiedenen Unterlagen erschließen lassen, keine gewährleistungsbefreiende Wirkung.⁵⁷³ Wird in Kenntnis des offenkundigen Mangels eine gegenteilige Zusage gemacht, kann nicht kategorisch davon ausgegangen werden, dass die mangelnde Fehlerfreiheit bereits preismindernd berücksichtigt wurde. Vielmehr ist bei einem behebbaren Mangel von einer Willenserklärung auszugehen, bei welcher im Sinne der Vertragsauslegung nachfolgend zu prüfen ist, ob die nach ihren Wort-

⁵⁶⁸ Wie essentiell eine klare Definition der Kaufpreisberechnungsmethode ist, zeigt ein Zahlenbeispiel aus der Fachliteratur, welches jeweils unter der Normierung identischer Berechnungsparameter (Kaufpreiszusammensetzung: 50 Mio. EUR basiert auf den Verhältnis 60 % Firmenwert und 40 % Eigenkapital) bei der Verringerung des Eigenkapitals um 2 Mio. EUR ein völlig unterschiedliches Ausmaß in der Höhe der Preisminderung von 5 Mio EUR bzw. 0,8 Mio EUR ergibt. (Hofmann/Nowotny, GesRZ 2009, 132; Karollus-Bruner, ecollex 2007, 827).

⁵⁶⁹ Hofmann/Nowotny, GesRZ 2009, 132. Kammerlander in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Hb M&A 851; Karollus-Bruner, ecollex 2007, 828; Puck, Unternehmenskauf 43 f.

⁵⁷⁰ Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 94; Parschalk/Wahl, wbl 2003, 353; Stainer, Gewährleistung beim Unternehmenskauf 155; Torggler/Hofmann in Bertl/Mandl et al, Kauf und Verkauf von Unternehmungen 81 f

⁵⁷¹ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ 93; Puck, Unternehmenskauf 101.

⁵⁷² Brugger, Unternehmenserwerb 106; Parschalk/Wahl, wbl 2003, 353.

⁵⁷³ Oberlechner, ecollex 2006, 628; Röper, GesRZ 2009, 137; Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 443.

laut zu weit gefasste Vertragsklausel gemessen am natürlichen Konsens der Parteien von der Zusage der Mangelfreiheit auszunehmen ist.⁵⁷⁴

Liegt ein schuldhaftes Verhalten des Verkäufers bei der Schlechterfüllung des Vertrages (Gegenstand besitzt nicht die ausdrücklich vereinbarten Eigenschaften, Verletzung der vorvertraglichen Pflichten) vor, kann gem § 933a ABGB in voller Konkurrenz zur verschuldensunabhängigen Gewährleistung auch ein Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden. Dabei können neben Mangelschäden auch zusätzlich Mangelfolgeschäden geltend gemacht werden.⁵⁷⁵ Des Weiteren umfasst das Erfüllungsinteresse bei unternehmensbezogenen Geschäften gem § 349 UGB, unabhängig vom Verschuldungsgrad auch den entgangenen Gewinn.⁵⁷⁶ Liegt ein unbehebbarer Mangel bei Vertragsabschluss vor, welcher bei fehlender zugesicherter Ertragsfähigkeit des gekauften Unternehmens oftmals anzunehmen sein wird, ist mangels Kausalität nur für das negative Vertragsinteresse einzustehen. In der Folge ist der Erwerber so zu stellen, wie er ohne Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages stünde.⁵⁷⁷

Da sich anhand der Dispositivität der Gewährleistung sowohl gewährleistungsrechtliche als auch schadenersatzrechtliche Regelungen im Haftungsregime der Parteien wiederfinden, sind gerade allgemein gehaltene Standardklauseln wie „der Käufer ist vermögensmäßig so zu stellen, wie er stünde, wenn der vertragsmäßige Zustand erfüllt worden wäre“ zu vermeiden, da die intendierte Tragweite der Rechtsfolge sich nicht zweifelsfrei bestimmen lässt und letztlich der richterlichen Vertragsauslegung unterliegt. Restriktiv kann nicht automatisch auf das Erfüllungsinteresse geschlossen werden, da idR ein aufgeklärter Verkäufer den Ersatz des positiven Schadens und des entgangenen Gewinns grundsätzlich ablehnen würde.⁵⁷⁸ Dabei ist auch auf die dogmatischen Unterschiede im Bereich der Mangelbehebungskosten hinzuweisen, die gewährleistungsrechtlich auch weit über den ursprünglichen Kaufpreis hinausgehen können, während schadenersatzrechtlich eine Begrenzung in Höhe der Anschaffungskosten besteht.⁵⁷⁹ Steht dem Übernehmer Geldersatz zu, so führt dies im Vergleich zum sekundären Gewährleistungsbefehl der Preisminderung zu abweichenden Ergebnissen, da die Berechnung des Schadenersatzanspruches nicht der relativen Berechnungsmethode folgt, sondern sich als

⁵⁷⁴ Reich-Rohrwig in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 444 f; *Reischauer* in *Rummel*³ § 928 Rz 5.

⁵⁷⁵ *Bydlinski* in *KBB*⁴ § 933a Rz 2 f; *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 358.

⁵⁷⁶ *Wahl* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 497.

⁵⁷⁷ *Wahl* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 497, *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung 33.

⁵⁷⁸ *Karollus-Bruner*, *ecolex* 2007, 827; *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence II 435.

⁵⁷⁹ *Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf & Due Diligence II 433; *Reischauer*, *JB1* 2002, 164.

Differenzbetrag zwischen dem Wert der mangelfreien und dem Wert der mangelhaften Sache ergibt.⁵⁸⁰ Andererseits können gewisse Folge- und Begleitschäden eines Mangels, die mit der Feststellung und Evaluierung des Mangels in Verbindung stehen, nicht aus dem Titel der Gewährleistung begehrt werden.⁵⁸¹ Aus guten Gründen wird bei Vertragsverletzungen aus haftungsrechtlicher Sicht angeraten, eine Differenzierung nach gewährleistungs- und schadenersatzrechtlichen Rechtsfolgen vorzunehmen. Des Weiteren sollten ersatzpflichtige Schäden genauer konkretisiert werden, indem ausdrücklich klargestellt wird, ob ein Verschulden Anspruchsvoraussetzung ist, wie dies beim Schadenersatz grundsätzlich notwendig ist.⁵⁸²

Haftet der Mangel bereits zum Vertragsabschluss am verkauften Unternehmen, können ebenfalls in Konkurrenz zum Gewährleistungsrecht nach den Bestimmungen des § 870 ff ABGB auch irrtumsrechtliche Behelfe sowohl vom Käufer als auch vom Verkäufer geltend gemacht werden.⁵⁸³ Sofern keine listige Irreführung vorliegt, sind bei entgeltlichen Rechtsgeschäften grundsätzlich nur Erklärungs- und Geschäftsirrtümer beachtlich.⁵⁸⁴ Liegt ein Irrtum über den Wert der zum Unternehmen gehörenden Vermögensgegenstände oder den Unternehmenswert an sich vor, berechtigten derartige Kalkulations- und Wertirrtümer nur dann zur Anfechtung, wenn die entsprechenden Kalkulationsgrundlagen zum Vertragsinhalt erhoben wurden.⁵⁸⁵

Allerdings besteht keine allgemeine Rechtspflicht des Verkäufers, den Geschäftspartner über alle Umstände aufzuklären, die auf seinen Kaufentschluss Einfluss haben könnten, da bei entgeltlichen Rechtsgeschäften grundsätzlich jeder Teil seine eigenen Interessen selbst wahrzunehmen hat.⁵⁸⁶ Maßgebend sind vor allem jene Umstände, über welche sich die betreffende Partei nicht auf selbständigem Wege hätte informieren können, mit denen sie nicht rechnen musste und deren Verschweigung erkennbar den Vertragszweck gefährden.⁵⁸⁷ Je größer die Erfahrung und Fachkenntnis des Erwerbers in Bezug auf den beabsichtigten Geschäftsabschluss sind, desto geringere Anforderungen an die Aufklärungspflicht werden gestellt, da

⁵⁸⁰ ErläutRV 422 BlgNR 21. GP 20 f; *Bydlinski* in *KBB*⁴ § 933a Rz 8; *Reischauer*, JBl 2002, 160; *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 933a Rz 11.

⁵⁸¹ Dazu eingehend *Welser I.*, Teilweise oder vollständige Mangelhaftigkeit? Zur Reichweite der Verbesserungspflicht und Tragung der Kosten der Mangelfeststellung in FS *Welser R.* 1169 ff.

⁵⁸² *Flener* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 612 f.

⁵⁸³ *Dorda/Wolf* in *Althuber/Schopper*, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 73; *Wahl* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Hb M&A 497.

⁵⁸⁴ *Puck*, Unternehmenskauf 146 f; *Rummel* in *Rummel*³ § 871 Rz 3.

⁵⁸⁵ *Puck*, Unternehmenskauf 149 ff; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar IV⁴ § 871 Rz 16; *Rummel* in *Rummel*³ § 871 Rz 11.

⁵⁸⁶ *Brugger*, Unternehmenserwerb 116; *Bydlinski F.*, JBl 1980, 395; *Dorda/Wolf* in *Althuber/Schopper*, HbD Unternehmenskauf und Due Diligence II 70; RIS-Justiz RS0016390.

⁵⁸⁷ *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 870 Rz 11.

dem Sachkundigen eher zugemutet werden kann, eigene Informationsdefizite zu erkennen und nach den für ihn wesentlichen Umständen aktiv zu fragen.⁵⁸⁸

Eine Aufklärungspflicht besteht dann, wenn der andere Teil nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs eine Aufklärung erwarten durfte. Die Aufklärungspflicht endet jedenfalls an der Grenze objektiver Vorhersehbarkeit einer Gefährdung der Interessen des Partners.⁵⁸⁹ Befindet sich der Verkäufer bei der Textierung einer zu weit gefassten Bilanzgarantie im Irrtum und hätte dieser dem Erwerber offenbar auffallen müssen, da im Zuge der durchgeführten Due Diligence Prüfung die Anwendung unrichtiger Bilanzierungsmethoden ersichtlich ist, wird sich der Erwerber nicht nach dem Vertrauensgrundsatz auf die Ansprüche aus der Bilanzgarantie berufen können.⁵⁹⁰

Wird mittels rechtswidriger, vorsätzlicher Täuschung, wie der Vorspielung falscher Tatsachen bzw. Unterdrückung wahrer Tatsachen, auf die Willenserklärung des Irreführenden eingewirkt, kann der Vertrag nach § 870 ABGB mit dem Tatbestand der List angefochten werden.⁵⁹¹ Unabhängig davon, ob es sich um einen wesentlichen oder unwesentlichen Irrtum handelt, können auch listig herbeigeführte Motivirrtümer geltend gemacht werden.⁵⁹² Darüber hinaus bezieht sich nach Ansicht des OGH sowohl ein allgemeiner als auch ein konkret formulierter Gewährleistungsausschluss nicht auf arglistig verschwiegene Mängel und macht einen korrespondierenden Gewährleistungsverzicht unwirksam.⁵⁹³ Auf die Arglistanfechtung kann im Vorhinein nicht verzichtet werden, auch lässt sie sich durch die Vertragsgestaltung unter besonders enge Grenzen einschränken. Im Zuge der langen Verjährungsfrist ist die potenzielle Bestandskraft des Vertrages mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden, zumal einzelne Detailfragen der Verschuldensvoraussetzung bei aktiver Täuschung sowie der gebotene Umfang der Aufklärungspflicht bei listigem Schweigen nicht abschließend geklärt sind.⁵⁹⁴

⁵⁸⁸ Schopper in FS Jud W. 615 ff; Brugger, Unternehmenserwerb 120.

⁵⁸⁹ Riedler in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar IV⁴ § 870 Rz 5.

⁵⁹⁰ Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper, Hb Unternehmenskauf und Due Diligence² 444 f.

⁵⁹¹ Riedler in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar IV⁴ § 870 Rz 2; Rummel in Rummel³ § 870 Rz 2.

⁵⁹² Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ 187 f.

⁵⁹³ OGH 15.11.2007, 2 Ob 209/07k; Schopper in FS W. Jud 623 ff; kritisch dazu Brugger, Ende des Gewährleistungsausschlusses? eolex 2008, 803.

⁵⁹⁴ Schopper in FS Jud W. 608.

LITERATURVERZEICHNIS

- Adler/Düring/Schmaltz* (Hrsg), Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen⁶ (2001).
- Aicher/Koppensteiner* (Hrsg), Beiträge zum Zivil- und Handelsrecht: Festschrift für Rolf Ostheim zum 65. Geburtstag (1990).
- Altenburger*, Rückstellungen nach dem Entwurf für ein Rechnungslegungsgesetz, RdW 1990, 65.
- Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence² (2014).
- Augenhofer*, Zum Vorrang der Verbesserung nach dem GewRÄG 2001, JBl 2006, 437.
- Berens/Brauner/Strauch/Knauer* (Hrsg), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen⁷ (2013).
- Bert/Hirschler*, Kriterien für die Abgrenzung von Anlage- und Umlaufvermögen, RWZ 2005, 167.
- Bertl/Deutsch/Hirschler*, Buchhaltungs- und Bilanzierungshandbuch⁶ (2009).
- Bertl/Eberhartinger/Egger/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Staringer* (Hrsg), Abschreibungen in der Handels- und Steuerbilanz (2005).
- Bertl/Fraberger*, Der beizuliegende Wert, RWZ 1999, 376.
- Bertl/Fraberger*, Einzelwertberichtigung – Pauschale Einzelwertberichtigung – Pauschalwertberichtigung, RWZ 1996, 368.
- Bertl/Gassner/Hirschler*, Anforderungen an einen zukünftigen Rückstellungserlaß - Teil 2, ÖStZ 1998, 340.
- Bertl/Hirschler*, Berücksichtigung von Rückgriffsansprüchen und zukünftigen Erträgen bei der Bewertung von Rückstellungen, RWZ 1995, 315.
- Bertl/Mandl D./Mandl G./Ruppe*, Kauf und Verkauf von Unternehmungen (1993).
- Bitter/Lutter/Priester/Schön/Ulmer* (Hrsg), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag (2009).
- Blocher/Gelter/Pucher* (Hrsg), Festschrift Christian Nowotny zum 65. Geburtstag (2015).
- Borris*, Streiterledigung bei (MAC-)Klauseln in Unternehmenskaufverträgen: ein Fall für „Fast-Track“-Schiedsverfahren, BB 2008, 294.
- Braunschweig*, Variable Kaufpreisklauseln in Unternehmenskaufverträgen, DB 2002, 1815.
- Brugger*, Unternehmenserwerb – Der Unternehmens- und Anteilskauf aus juristischer Sicht (2014).

Bruski, Kaufpreisbemessung und Kaufpreisanpassung im Unternehmenskaufvertrag, BB 2005, 19.

Bydlinski F., Über listiges Schweigen beim Vertragsabschluss, JBl 1980, 393.

Bydlinski P., Die Irrtumsanfechtung von Spekulations- und Vermögensanlagegeschäften, ÖBA 2010, 646.

Claussen/Hahn/Kraus (Hrsg), Umbruch und Wandel Herausforderungen zur Jahrhundertwende – Festschrift für Prof. Dr. Carl Zimmerer zum 70. Geburtstag (1997).

Diregger/Kalss/Winner, Das österreichische Übernahmerecht² (2007).

Doralt/Gassner/Lechner/Ruppe/Tanzer/Werndl (Hrsg), Steuern im Rechtsstaat – Festschrift für Gerold Stoll zum 65. Geburtstag (1990).

Draxler, Private Equity Exit – Strategie und Vertragsgestaltung (2010).

Egger/Samer/Bertl, Der Jahresabschluss nach dem UGB I⁶ (2016).

Eibelshäuser, Rückstellungsbildung nach neuem Handelsrecht, BB 1987, 860.

Eilers/Koffka/Mackensen (Hrsg), Private Equity² (2012).

Elschen/Lieven, Der Werdegang der Krise – Von der Subprime zur Systemkrise (2009).

Faber, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht (2001).

Fischer-Czermak/Kletečka/Schauer/Zankl, Festschrift Rudolf Welser zum 65. Geburtstag (2004).

Gassner, Rückstellungen im Handels- und Steuerbilanzen, ÖStZ 1978, 258.

Göth, Bilanzrecht der Kreditinstitute – Allgemeiner Teil, Einzelabschluss Band I (1995).

Gruber, Gewährleistung für bedungene Eigenschaften (1990).

Grünwald/Schummer/Zollner (Hrsg), Unternehmensrecht in Wissenschaft und Praxis – Festschrift für Waldemar Jud (2012).

Hanslik/Grossmayer, Big Deal? M&A-Verträge rechtssicher verhandeln! (2013).

Hanslik/Grossmayer, MAC-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, ecolex 2007, 829.

Hasenauer/Birkner, Verzicht auf Bedingungen im Übernahmerecht, ecolex 2005, 215.

Hasselbach/Wirtz, Die Verwendung von MAC-Klauseln in Angeboten nach dem WpÜG, BB 2005, 842.

Hennrichs, Zur Haftung auf Schadenersatz wegen unrichtiger Bilanzgarantien bei M&A-Transaktionen, NZG 2014, 1001.

- Herbst*, Bedingungen und Rücktrittsvorbehalte in Übernahmeangeboten, JBl 2003, 693.
- Hilgard*, Berechnung des Schadens bei Verletzung einer Eigenkapitalgarantie beim Unternehmenskauf, BB 2013, 937.
- Hilgard*, Berechnung des Schadens bei Verletzung einer Eigenkapitalgarantie beim Unternehmenskauf, BB 2013, 937.
- Hilgard*, Cash-free/Debt-free-Klauseln beim Unternehmenskauf, DB 2007, 559.
- Hilgard*, Schaden bei Verletzung von Garantien eines Unternehmenskaufvertrages, ZIP 2005, 1813.
- Hirschler* (Hrsg), Bilanzrecht Kommentar Einzelabschluss (2010).
- Hochloch/Frank/Schlechtriem* (Hrsg), Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag (2001).
- Hoffmann*, Die neue Qualität der Verbindlichkeitsrückstellung als Realisationsverhinderer, BB 1996, 1821.
- Hofmann/Nowotny*, Die Bedeutung von Bilanzgarantien beim Unternehmenskauf, GesRZ 2009, 126.
- Holzapfel/Pöllath*, Recht und Praxis des Unternehmenskaufs¹⁴ (2010).
- Honsell/Zäch/Hasenböhler/Harrer/Rhinow* (Hrsg), Privatrecht und Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer (2004).
- Huber*, Übernahmegesetz (2007).
- Jud.*, Schadenersatz bei mangelhafter Leistung (2003).
- Karollus*, Praxisfragen der Vertragsauslegung, AnwBl 1996, 818.
- Karollus-Bruner*, Was garantiert die Bilanzgarantie?, ecolex 2007, 824.
- Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990).
- Kepplinger/Duursma*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf. Eine Gegenüberstellung der österreichischen und deutschen Rechtslage, ZfRV 2001, 86.
- Kilger*, Einführung in die Kostenrechnung (1976).
- Kindt/Stanek*, MAC-Klauseln in der Krise, BB 2010, 1490.
- Klamar/Sommer/Weber*, Der effiziente M&A Prozess (2013).
- Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch² IV/1 (1968), IV/2 (1978).

Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ §§ 897 bis 916 (2011).

Klauser/Kodek, Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordnung¹⁷ (2012).

Kletečka, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht I¹⁴ (2014).

Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} (2014).

Koppensteiner/Rüffler (Hrsg), Kommentar zum GmbH-Gesetz³ (2007).

Koziol, Der Garantievertrag (1981).

Koziol/Bydlinksi/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB⁴ (2014).

Kramer, Zur Unterscheidung zwischen Motiv und Geschäftsirrtum, ÖJZ 1974, 452.

Krejci (Hrsg), Reform-Kommentar UGB ABGB¹ (2007).

Krejci, Unternehmensrecht⁵ (2013).

Kuntz, Die Auslegung von Material Adverse Change (MAC)-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, DStR 2009, 377.

Kütting/Pfitzer/Weber (Hrsg), Handbuch der Rechnungslegung⁵ (2014).

Lang/Weinzierl (Hrsg), Festschrift für Friedrich Rödler zum 60. Geburtstag (2010).

Lange, „Material Adverse Effect“ und „Material Adverse Change“-Klauseln in amerikanischen Unternehmenskaufverträgen, NZG 2005, 454.

Lappe/Schmitt, Risikoverteilung beim Unternehmenskauf durch Stichtragsregelungen, DB 2007, 153.

Leffson/Rückle/Großfeld (Hrsg), Handwörterbuch unbestimmter Rechtsbegriffe im Bilanzrecht des HGB (1986).

Leupold/Ramharter, Zum Verhältnis von irrtumsrechtlicher und schadenersatzrechtlicher Rückabwicklung bei Aufklärungspflichtverletzungen, ÖJZ 2010, 807.

Löber, Zivilrechtliche Aspekte von Mergers & Acquisitions, AnwBl 1992, 525.

Lucks (Hrsg), M&A Projekte erfolgreich führen (2013).

Maier-Reimer/Schilling, Bilanzgarantien in Unternehmenskaufverträgen, KSzW 2016, 4.

Mayr, Rückstellungen in der Handels- und Steuerbilanz (2004).

Mittendorfer (Hrsg), Unternehmenskauf in der Praxis (2012).

Nemec/Reicheneder (Hrsg), Der Unternehmenskauf und seine Abwicklung in der Praxis (1994).

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

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

Oltmanns, Forschungsinvestitionen FuE-Aufwendungen im gesamtwirtschaftlichen Rechnungswesen (1995).

Osterloh-Konrad, Rückstellungen für Prozessrisiken in Handels- und Steuerbilanz – Teil 1, DSStR 2003, 1631.

Österreichische Notariatskammer (Hrsg), Festschrift Nikolaus Michalek: Zum 65. Geburtstag (2005).

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

Paus, Probleme der Rückstellungsbildung, BB 1988, 1419.

Picot (Hrsg), Handbuch Mergers & Acquisitions⁵ (2012).

Picot/Duggal, Unternehmenskauf: Schutz vor wesentlich nachteiligen Veränderungen der Grundlagen der Transaktion durch sog. MAC-Klauseln, DB 2003, 2635.

Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions (2007).

Puck, Der Unternehmenskauf – Gewährleistung, Schadenersatz und Irrtum (1996).

Puck, Haftung für die Ertragskraft des Unternehmens, ecolex 1995, 247.

Rehbein/Kocybik/Gildemeister/Metzner, Wert- und Risikomanagement durch Kaufpreismechanismen in Unternehmenskaufverträgen – Betrachtung rechtlicher Mechanismen aus wirtschaftlicher Perspektive, M&A Review 2013, 439.

Reich/Schimmer/Gjuzek, Kaufpreisanpassungsklauseln auf Basis von Closing Accounts als Alternative der Kaufpreisstrukturierung, M&A Review 2012, 358.

Reich-Rohrwig A., Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss (2015).

Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004).

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

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

Reidinger, Rechtsprobleme der Garantieabrede (1987).

Reischauer, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBl 2002, 137.

Riegler, Ertragswert als Wertmaßstab für außerplanmäßige Abschreibungen im Anlagevermögen?, RWZ 2008, 363.

Röper, Rügeobliegenheit beim Share Deal, *ecolex* 2009, 935.

Rummel (Hrsg), Kommentar zum ABGB³ (2000).

Rummel, Anmerkungen zum gemeinsamen Irrtum und zur Geschäftsgrundlage, JBl 1981, 1.

Schalast (Hrsg), Aktuelle Aspekte des M&A-Geschäftes (2008).

Schalast/Raettig (Hrsg), Grundlagen des M&A-Geschäftes (2013).

Schenk/Lovrek/Musger/Neumayr (Hrsg), Festschrift für Irmgard Griss (2011).

Schlößer, Material Adverse Change-Klauseln in US-amerikanischen Unternehmenskaufverträgen, RIW 2006, 889.

Schüppen, Alternativen der Kaufpreisstrukturierung und ihre Umsetzung im Unternehmenskaufvertrag, BFuP 2010, 412.

Schwimann (Hrsg), Taschenkommentar zum ABGB³ (2015).

Schwimann/Kodek (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB⁴ II (2012), IV (2014).

Stainer, Die Gewährleistung beim Unternehmenskauf (1993).

Stengel, Rückstellungen für Risiken aus Rechtsstreiten, BB 1993, 1403.

Strasser, Tax Due Diligence – die nach § 14 BAO gebotene Sorgfalt?, SWK 2003, 691.

Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), Kommentar zum UGB I⁴ (2011).

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

Trettnak/Höfer, Vertragsauflösung reloaded – Gedanken zur Vertragsgestaltung im Lichte der neuen Insolvenzordnung, ZIK 2010, 204.

Trettnak/Welser, Ausgewählte Praxisfragen des Käufers beim Unternehmenskauf bei der Krise, ZIK 2010, 125.

van Kann, Praxishandbuch Unternehmenskauf – Leitfaden Mergers & Acquisitions (2009).

Vonkilch, Rechtsfragen der Irrtumsanfechtung von Wertpapierkäufen – Zugleich ein Beitrag zum Irrtumsrecht des ABGB, ÖJZ 2010, 579.

Wächter, M&A Litigation, M&A-Recht im Streit² (2014).

Weißhaupt, Äquivalenzsicherung im Unternehmens-kaufvertrag durch Kaufpreisklauseln und Jahresabschlussgarantien, BB 2013, 2947.

Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung (2004).

Welser/Jud, Die neue Gewährleistung – Kurzkomentar (2001).

Welser/Jud, Zur Reform des Gewährleistungsrechts – Die Europäische Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Bedeutung für ein neues Gewährleistungsrecht (2000).

Welser/Zöchling-Jud, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht II¹⁴ (2015).

Werner, Haftungsrisiken bei Unternehmensakquisitionen: die Pflicht des Vorstands zur Due Diligence, ZIP 2000, 989.

Wiedenbauer/Klauninger, Eigenschaftszusagen & Garantien beim Unternehmenskauf, ecolex 2003, 397.

Wilhelm, Ersatz des Erfüllungsinteresses wegen Verschuldens beim Vertragsschluß, wbl 1987, 173.

Wilhelm, Gewährleistungsnebel über dem Unternehmenskauf, ecolex 2005, 741.

Wilhelm, Zur Gewährleistung beim Kauf eines Unternehmensanteils, RdW 1986, 266.

Wittmann, Vertragliche Gewährleistungsregelungen beim Unternehmenskauf unter besonderer Berücksichtigung des Anteilskaufs (2011).

Wolkerstorfer, Das Pfandrecht des Unternehmers: Aktuelle Praxisprobleme und Lösungen (2012).

Wollersheim (Hrsg), Forum Mergers & Acquisitions 2011 – Beiträge aus rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht (2011).

Zemen, Zum Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“ im Vertragsrecht, JBl 1986, 756.