

Betriebspension

Aufklärung durch Arbeitgeber
Förmlichkeit

Sponsoring anders
Endorsement

Für KMU
Europäische Privatgesellschaft?

Ausschreibung nach dem
Stellenbesetzungsgesetz

Neues
Ökostromgesetz

Beihilfen
Allgemeine GruppenfreistellungsV

Schadenersatzklagen wegen
EG-Wettbewerbsrechts-Verstoßes

Ende des Gewährleistungsausschlusses? *In einer jüngeren OGH-E¹) finden sich Aussagen, die einen allgemein gehaltenen Gewährleistungsausschluss weitestgehend unwirksam machen. Dies ist für die Vertragspraxis, insb bei M&A-Transaktionen, problematisch.*

WALTER BRUGGER

A. Hintergrund

Bei M&A-Transaktionen²⁾ – wie auch bei vielen anderen Kaufverträgen – ist es Standard, einzelne Gewährleistungszusagen mit einem – meist weitgehenden – Gewährleistungsausschluss³⁾ zu kombinieren. Typische Elemente solcher vertraglicher Vereinbarungen sind:

- Hinweis auf erteilte Informationen und (oft im Rahmen einer Due Diligence Review erfolgte) *Offenlegungen* (Disclosure).⁴⁾ Das soll die Gewährleistung für offengelegte Umstände (Mängel) – ähnlich wie die Klausel „wie besichtigt und probe-

gefahren“ – ausschließen. Dies beruht auf § 928 ABGB.⁵⁾

- Meist wird ein genereller *Gewährleistungsausschluss* (Waiver⁶⁾) vereinbart („keinerlei Gewährleistung, ausgenommen ...“).⁷⁾ Dieser ist – bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit (§ 879 ABGB)⁸⁾ – wirksam, erstreckt sich aber nicht auf arglistig verschwiegene Mängel.⁹⁾ Wie weit vorvertragliche Schutz- und Aufklärungspflichten des Verkäufers (als Abgrenzung zur Arglist) gehen, ist im Einzelfall oft unklar.¹⁰⁾ Da außerdem ein Gewährleistungsaus-

RA Dr. *Walter Brugger* ist Gründungspartner von Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH in Wien.

1) OGH 15. 11. 2007, 2 Ob 209/07 k.

2) Grundsätzlich zum Thema *Wilhelm*, Gewährleistungsnebel über dem Unternehmenskauf, *ecolex* 2005, 741; vgl auch *Oberlechner*, Wann ist ein Unternehmen mangelhaft? *ecolex* 2006, 628; ausführlich *Parshalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, *wbl* 2003, 353.

3) Ausführlich und grds *P. Bydlinski*, Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung, *JBl* 1993, 559 und 631.

4) Typischer Vertragstext: „Die Käufer erklären ausdrücklich, die Auswirkungen der gemäß den Punkten (a) bis einschließlich (h) offengelegten und dort zugrunde liegenden Sachverhalte auf die Zielgesellschaft eingehend geprüft und beurteilt und sich in deren voller Kenntnis zum Anteilserwerb entschlossen zu haben.“ *Oder*: „Eine Gewährleistung ist ausgeschlossen, wenn und soweit der garantierelevante Mangel den Käufern, ihren Vertretern und Beratern aus im Datenraum tatsächlich vorgelegten Dokumenten bekannt ist oder diese ihn bei gebotener Sorgfalt kennen müssten, weil die Käufer vor dem Abschluss des Vertrags ausreichende Gelegenheit hatten, diese tatsächlich vorgelegten Dokumente betreffend die Zielgesellschaft im Rahmen einer ausführlichen Due Diligence-Prüfung zu unterziehen. Unwiderleglich wird positive Kenntnis der Käufer für die Sachverhalte angenommen, die in diesem Vertrag, seinen Beilagen oder in den folgenden Unterlagen offen gelegt worden sind: ...“.

5) Für den Bereich des § 928 ABGB ist es hA, dass all jene Mängel als „offenkundig“ und dem Käufer als bekannt gelten, die bei ordnungsgemäßer (OGH 24. 10. 1995, 4 Ob 1657/95; RIS-Justiz RS0018656) bzw sorgfältiger (§ 1299 ABGB?) Untersuchung erkennbar sind. Wenn der Mangel grob sorgfaltswidrig nicht erkannt wird, gilt er jedenfalls als bekannt (*Reischauer* in *Rummel*, ABGB I³ RN 1 zu § 928 mwN).

6) Typische Formulierung: „Der Verkäufer leistet keinerlei Gewähr, ausgenommen für die folgenden Zusagen ...“.

7) Ein Gewährleistungsverzicht lässt im Zweifel die Ansprüche auf den Ersatz von Mangel- und Mangelfolgeschäden unberührt (OGH 7 Ob 562/94; vgl auch *P. Bydlinski*, KKB, ABGB § 929 Rz 5).

8) Vgl OGH 24. 11. 1998, 1 Ob 277/98 m, RdW 1999, 196.

9) OGH RIS-Justiz RS0018555; RS0018561; RS0018523; 6 Ob 272/05 a. Die hL und Rsp nehmen also im Ergebnis eine Teilnichtigkeit des Kaufvertrags an, nämlich nur hinsichtlich des Gewährleistungsausschlusses und nur insoweit, als er sich auf die arglistig verschwiegenen Mängel bezieht. Damit wird der Käufer nicht auf eine Anfechtung des gesamten Vertrags wegen Arglist verwiesen, sondern er kann am Kaufvertrag festhalten und seine Gewährleistungsrechte in Ansehung der arglistig verschwiegenen Mängel ausüben (*Binder/Ofner* in *Schwimann*, § 928 Rz 11; *Reischauer* in *Rummel*, § 928 Rz 4).

10) Siehe *Pilgerstorfer*, Aufklärungspflicht und Gewährleistungsausschluss beim Kauf kontaminierter Grundstücke, *ÖJZ* 2001, 373. Nach dem OGH sei bei der Beurteilung der Aufklärungspflichten auf die Relevanz des jeweiligen Umstands für den Vertragsabschluss abzustellen (7 Ob 169/99 z); Art und Ausmaß der Aufklärungspflicht richte

schluss im Zweifel restriktiv auszulegen ist, erstreckt er sich auch nicht auf konkludent zugesagte Eigenschaften.¹¹⁾ *Daraus erwachsen Auslegungsprobleme:* Was ist konkludent zugesagt? Was gilt – mangels gegenteiliger Aufklärung durch den Verkäufer – als zugesagt? Was ist nicht konkludent zugesagt und unterliegt somit noch dem vertraglich stipulierten allgemeinen Gewährleistungsausschluss? Diese Abgrenzungsprobleme zeigen sich deutlich am hier zu besprechenden Judikaturlbeispiel.

- Dazu kommen in den Verträgen mehr oder weniger weitreichende¹²⁾ *Gewährleistungs-Einzelzusagen*¹³⁾ (Representations and Warranties).¹⁴⁾ Diese sollen nach dem regelmäßigen Parteiwillen die ausschließliche und einzige Grundlage für spätere Gewährleistungsansprüche sein.¹⁵⁾

B. Neueste OGH-E

Eine jüngste E des OGH (vom 15. 11. 2007, 2 Ob 209/07 k) könnte diese Standards gefährden.

1. Sachverhalt

Im Anlassfall hatte die Bekl der Kl einen Deponiebetrieb (darin insb die Liegenschaft) zum Weiterbetrieb verkauft (Asset Deal). Die Käuferin (spätere Kl) hatte vor Vertragsabschluss im Rahmen einer (oberflächlichen?) Due Diligence die Möglichkeit der Betriebsbesichtigung. Die Gerichte stellten nicht fest, dass dabei die Kl (Käuferin) den später geltend gemachten Mangel (noch nicht vollständige Abdichtung der Deponiefläche in den vorerst noch unbenutzten Teilen) hätte erkennen können. Dieser Mangel wurde zwischen den Vertragsparteien auch nicht besprochen.

Der Kaufvertrag enthielt – ganz iS des oben dargestellten üblichen 3-Punkte-Schemas – zunächst

- einen Hinweis auf die *Besichtigung*¹⁶⁾ und dann
- darauf, dass die Übergabe der Grundstücke so erfolge (wörtlich): „*wie sie liegen und stehen*“¹⁷⁾ *ohne Gewährleistung für eine bestimmte Beschaffenheit* oder für ein bestimmtes Ausmaß *oder für die Erfüllung von Bescheidauflagen*. Es war also – in durchaus üblicher Manier – die Gewährleistung für die Erfüllung von Bescheidaufgaben ausgeschlossen (dazu sollte, könnte man meinen, auch die Frage der Abdichtung gehören). Zusätzlich verwies der Vertrag konkret auf die Nichteinhaltung eines Bescheids (ein vorgeschriebener Zaun war nicht errichtet) und es wurde die Gewährleistung diesbezüglich ausgeschlossen.
- Eine positive Gewährleistungszusage gab die Verkäuferin punktuell dafür, dass außer einem offengelegten Bescheidverfahren „kein Verwaltungsverfahren anhängig“ sei.

Später stellte sich heraus, dass auch andere Bescheidaufgaben (die obgenannte Abdichtung) nicht vollständig erfüllt waren.

2. Die rechtliche Beurteilung des OGH, kritische Anmerkungen

In der E vom 15. 11. 2007 billigt der OGH (Zurückweisung der außerordentlichen Revision) die zweitinstanzliche Beurteilung mit folgenden Gründen:

- Der OGH sah schon im Vertragstext Anhaltspunkte, um den allgemeinen Gewährleistungsausschluss zu durchlöchern: Der ausdrückliche, die Gewährleistung ausschließende *Hinweis auf einen konkreten Mangel* (fehlende Umzäunung) lege bei einer im Zweifel gebotenen *restriktiven Auslegung des Gewährleistungsverzichts* nahe, dass sich der im Vertrag außerdem enthaltene allgemeine Gewährleistungsausschluss nur auf diesen Mangel beziehe.¹⁸⁾ *Kritische Anmerkung:* Durch den Hin-

sich daher nach der Beschaffenheit und Funktionsweise des späteren Leistungsgegenstands und nach dem vorauszusetzenden Wissensstand des Erwerbers (1 Ob 564/95). Auch die Lehre stellt im Bezug auf das Vorliegen einer generellen Aufklärungspflicht auf den „redlichen Verkehr“ ab (*F. Bydlinski*, Über listiges Schweigen beim Vertragsschluss, JBl 1980, 393 ff; *Rummel* in *Rummel*, § 870 Rz 4; *Reischauer* in *Rummel*, Rz 15 vor §§ 918 ff). Dabei wird hervorgehoben, dass bezüglich jener Umstände, die zu einer Vereitelung des Vertragszwecks überhaupt führen können und die va die Beschaffenheit des Vertragsgegenstands selbst betreffen, strengere Aufklärungspflichten bestünden als etwa hinsichtlich der nur für die Preisbildung maßgebenden äußeren Faktoren. Nach *F. Bydlinski* sei es beim Vertragsschluss und insb beim Umsatzgeschäft selbstverständlich, dass jeder Teil seine eigenen Interessen verfolge und innerhalb weiter Grenzen einen etwaigen Informationsvorsprung vor allem hinsichtlich der preisbildenden Faktoren ausnutze. Der Vertrag würde seine spezifische Rolle im Wirtschaftsgeschehen auf dem Markt und im Wettbewerb völlig verfehlen, wenn man erwarten wollte, dass jede Vertragspartei, statt seine eigenen Interessen wahrzunehmen, den Kurator des jeweils anderen Beteiligten spiele und grundsätzlich alle Informationsvorteile aus der Hand gäbe.

- 11) *Beispiel:* Gebrauchtwagenverkauf samt Verzicht auf jede Gewährleistung: Auf die Fahrbereitschaft kann sich aber der Käufer dennoch verlassen (sie gilt als schlüssig zugesagt); der Verkäufer muss daher für die Fahrbereitschaft einstehen (vgl OGH SZ 71/88; 16. 2. 2006, 6 Ob 272/05 mwN).
- 12) Vertragsklauseln finden sich ua etwa bei *Brugger*, Unternehmenserwerb (1990) 143; *Rotthege/Wassermann*, Mandatspraxis Unternehmenskauf (2002) 487; *Günther* in Münchener Vertragshandbuch (1987) Bd 2, 325–476; *Hausmaninger/Petschel/Vartian*, Wiener Vertragshandbuch 1 (2006) Teil III.
- 13) Für (ausdrücklich oder konkludent) *bedungene* Eigenschaften ist auch dann einzustehen, wenn sie nicht vorhanden sind und dies augenfällig (offenkundig, OGH 3 Ob 24/05 h; vgl auch *P. Bydlinski*, KKB, ABGB § 928 Rz 2) war, zB bei der Due Diligence „in die Augen fiel“.
- 14) Vgl *Wiedenbauer/Klauninger*, Eigenschaftszusagen & Garantien beim Unternehmenskauf, *ecolex* 2003, 397; *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, *wbl* 2003, 353.
- 15) Typische Formulierung aus einem Unternehmenskaufvertrag: „Die Garantieverpflichtungen der Verkäufer sind, soweit im Einzelfall nicht Abweichendes vereinbart wird, eine abschließende Regelung jeglicher Garantie-, Gewährleistungs- und sonstigen Haftungsansprüche.“
- 16) Dazu *Wilhelm*, Entscheidungsglosse zu OGH 4 Ob 180/97 t, *ecolex* 1998, 120 und *S. Urbanek*, Besichtigungsklauseln und Gewährleistungsverzicht, *ecolex* 1998, 119.
- 17) Siehe § 930 ABGB: Der Verkauf von Sachen „in Pausch und Bogen, nämlich so, wie sie stehen und liegen“ geschieht ohne Gewährleistung außer im Falle der List oder ausdrücklicher Zusagen (*dicta et promissa*). Vgl *Welser* in *Koziol/Welser* II¹³, 83 mwN.
- 18) Der OGH wörtlich: „Zunächst findet sich gleich im Anschluss an den Gewährleistungsausschluss eine Formulierung, dass sich die Kenntnis der Käuferin von der fehlenden Bescheidkonformität auf die geforderte Umzäunung bezieht, was eine im Zweifel gebotene restriktive Auslegung des Gewährleistungsverzichts (RIS-Justiz RS0018561; 6 Ob 272/05 a) nahelegt.“

weis auf einen konkreten Gewährleistungsverzicht für einen Punkt entzieht der OGH dem „allgemeinen“, für andere Punkte allenfalls geltenden Gewährleistungsverzicht jeden Anwendungsbereich. Dies ist – gelinde gesagt – nicht leicht nachvollziehbar. Der OGH übersieht § 930 ABGB, wonach beim Verkauf von Sachen „wie sie liegen und stehen“ (so schließlich in concreto der Vertragstext) keine Gewährleistung stattfindet außer bei List oder ausdrücklichen Zusagen (dicta et promissa).

- Außerdem nimmt der OGH die *ausdrückliche Gewährleistungszusage*, dass kein weiteres Verwaltungsverfahren anhängig sei, sowie die vertragliche Kaufpreiskalkulation, die den *Preis ausgehend von einem mangelfreien Kaufgegenstand berechnet* (bescheidkonforme Verfüllmenge), als Argument dafür, dass ein bescheid- und gesetzeskonformer Zustand der Deponie zugesagt worden sei; das leite sich auch aus dem vertraglich vereinbarten Verwendungszweck (gesetzeskonformer Weiterbetrieb als Deponie durch die Käuferin) ab.¹⁹⁾ *Kritische Anmerkung:* Der OGH leitet aus einer punktuellen Gewährleistungszusage für einen konkreten Themenbereich („kein weiteres Verwaltungsverfahren“) ab, dass das konkludent auf eine Zusage für ein (lediglich) „artverwandtes“ Thema (Bescheidaufgabe betreffend Abdichtung) hinauslaufe und somit – entgegen dem vereinbarten Gewährleistungsverzicht – sehr wohl Gewähr zu leisten sei. Für die Praxis gefährlich ist außerdem, dass der OGH aus der Kaufpreiskalkulation,²⁰⁾ die – selbstverständlich – nicht entdeckte Mängel unberücksichtigt lässt, auf eine – konkludente – Mangelfreiheitszusage schließt, die ebenfalls den allgemein formulierten Gewährleistungsausschluss wirkungslos macht.
- Die beklagte Verkäuferin habe *gegenüber der Behörde im Verwaltungsverfahren wahrheitswidrige Angaben* betreffend Abdichtung gemacht.²¹⁾ Daher sei die von der zweiten Instanz getroffene Annahme der Arglist²²⁾ (gegenüber der Käuferin arglistig verschwiegener Mangel) vertretbar. Der OGH schiebt dadurch den – zusätzlich zum allgemeinen Gewährleistungsausschluss in den Vertrag aufgenommenen – ausdrücklichen und konkretisierten Gewährleistungsausschluss „ohne Gewährleistung ... für die Erfüllung von Bescheidaufgaben“ beiseite. Diese unterstellte Arglist bewirkt, dass der im Vertrag sogar konkret formulierte Gewährleistungsausschluss nicht greift und der Verkäufer für den verschwiegenen Mangel Gewähr zu leisten hat. *Kritische Anmerkung:* Dies bedeutet letztlich, dass ein Verkäufer den Käufer aktiv und ganz konkret über ihm bekannte Mängel aufzuklären (und zu Beweis Zwecken wohl schriftlich festzuhalten) hat, widrigenfalls ihm arglistige Verheimlichung des Mangels vorgeworfen würde, selbst wenn ein konkreter Gewährleistungsausschluss für derartige Mängel („ohne Gewährleistung ... für die Erfüllung von Bescheidaufgaben“) ausdrücklich im Vertrag steht. Ich meine, dass die Jud sich hüten sollte, den „Bogen der Aufklärungs-

pfligt zu überspannen“ und „bei jedem Schwingen die Listkeule zu schwingen“. ²³⁾

C. Was folgt daraus für die Praxis?

Die Konsequenzen dieser Entscheidung, die für die Vertragspraxis zu bedenken sein werden, sind:

- Der OGH verstrengert²⁴⁾ sukzessive den Maßstab

- 19) Der OGH wörtlich: „Weiters leistete die Verkäuferin ausdrücklich Gewähr, dass – von einer hier nicht relevanten Ausnahme abgesehen – kein, die derzeit bestehenden Nutzungsrechte beeinträchtigendes Verwaltungsverfahren anhängig sei. Die Verfüllungsvereinbarung nimmt auf die Bescheidkonformität der verkauften Deponie insoweit Bezug, als sie die Käuferin zu bescheid- bzw gesetzeskonformem Verhalten verpflichtet (bei sonstiger Schad- und Klaglosaltung der Verkäuferin) und von einer bescheidkonformen Verfüllmenge ausgeht. Als weiteres Argument für die Zusage des bescheid- und gesetzeskonformen Zustandes der Deponie hat das Berufungsgericht in vertretbarer Weise den vertraglich festgelegten Verwendungszweck (Weiterbetrieb der Bauschuttdeponie durch die Erwerberin) herangezogen (1 Ob 140/00 w = RIS-Justiz RS0018549 [T 4]).“.
- 20) Unternehmensbewertungen gehen idR von einem lebenden Unternehmen aus, vgl *Brugger*, Übersicht über die Unternehmensbewertungsmethoden, *ecolex-Script* 13, *ecolex* 1998, H 4.
- 21) Die Berufungsentscheidung (letzte Tatsacheninstanz) sprach davon, dass der Verkäuferin der rechtswidrige Zustand der Deponie bekannt gewesen sei (OLG Wien, 18. 6. 2007, 1 R 95/07 h).
- 22) Arglist (§ 877 ABGB) bedeutet bewusste Täuschung des Geschäftspartners und ist jedenfalls eine Verletzung der Aufklärungspflicht.
- 23) Vgl *F. Bydlinki* (oben in FN 10) zur wirtschaftlichen Funktion des Kaufvertrags.
- 24) Erfrischend war noch die E, wonach sogar offensichtlich unrichtige Angaben eines Vertragspartners, deren Überprüfung dem anderen Teil offen stand und leicht möglich war, *nicht* als zur Täuschung geeignete

für Aufklärungspflichten des Verkäufers betreffend Mängel, die er kennt, und wertet Schweigen als List („passive Irreführung“) auch und sogar dann, wenn für einen konkreten, freilich nicht ausdrücklich besprochenen Mangel ein konkreter Gewährleistungsausschluss vereinbart wird. Verkäufer sollten alle erkannten Sach- und Rechtsmängel offenlegen.²⁵⁾ Je gravierender die verschwiegenen Eigenschaftsmängel einerseits und je weniger sachkundig der Erwerber andererseits ist, umso mehr tendiert die Jud zur Annahme einer Aufklärungspflicht.²⁶⁾

- Konkrete Gewährleistungszusagen können ausdehnend interpretiert und konkludente Eigenschaftszusagen können unterstellt werden. Dadurch wird ein allgemeiner oder konkreter Gewährleistungsausschluss wertlos, etwa wenn eine konkrete Zusage („kein weiteres Verwaltungsverfahren anhängig“) oder eine Kaufpreiskalkulation von den Gerichten als schlüssige Zusage für ein damit nur entfernt verwandtes Sachgebiet (Erfüllung von Bescheidauflagen) interpretiert wird, sodass sogar trotz eines konkreten Gewährleistungsverzichts („ohne Gewährleistung ... für die Erfüllung von Bescheidauflagen“) dafür zu haften ist. Es ist also für den Verkäufer ex ante nicht abschätzbar, welcher konkrete Gewährleistungsverzicht Bestand haben wird, wenn die Gerichte angeblich konkludente Zusagen oder (angesichts

von Aufklärungspflichten) angeblich listig verschwiegene Mängel (er)finden.

- Ein im Vertrag (bloß) allgemein formulierter Gewährleistungsausschluss ist aus Verkäufersicht – infolge restriktiver Auslegung – oft unzureichend.²⁷⁾ All dies gilt beim Asset Deal genau so wie beim Share Deal.

Irreführungshandlung angesehen werden konnten (OGH 2 Ob 514/49, JBl 1950, 530).

- 25) Das kann für den Verkäufer auch taktische Vorteile bieten, besonders – aber nicht nur – bei mehreren Kaufinteressenten, vgl *Holzapfel/Pöhlth*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹², 22.
- 26) Dazu s FN 10. Auch der deutsche BGH legt immer strengere Offenlegungsmaßstäbe an: Der Verkäufer hat ungefragt sämtliche Verbindlichkeiten des Unternehmens zu offenbaren, wenn es um die Überlebensfähigkeit des Unternehmens bei drohender Insolvenz geht (BGH 6. 2. 2002, VIII ZR 185, DStR 2002, 1098).
- 27) Nach *P. Bydlinski*, Beschränkung und Ausschluss der Gewährleistung, JBl 1993, 559 werde ein allgemeiner Gewährleistungsausschluss vom Käufer in der Phase des Vertragsschlusses selten wirklich ernst genommen.

SCHLUSSSTRICH

Je konkreter der Verkäufer auf einen Mangel hinweist und je konkreter der diesbezügliche Gewährleistungsverzicht formuliert ist, desto eher kann sich der Verkäufer darauf berufen.