
I. Die Haftung des Verkäufers

1. Die Haftung vor dem Vertragsabschluss

Peter Oberlechner/Sarah Wared

1.1 Rechtsgeschäftliche Erklärungen im Transaktionsvorfeld

Die Verhandlung von Unternehmenskaufverträgen kann bei Komplexität der zugrunde liegenden Transaktion langwierig sein. Im Zuge eines Unternehmenserwerbs werden zahlreiche Rechte, Pflichten und Vermögenswerte entweder mittelbar oder unmittelbar übertragen. Voraussetzungen und Folgen der Übertragung dieser Rechtspositionen und Wirtschaftsgüter wollen sowohl auf Seiten des Käufers wie auch auf Seiten des Verkäufers genau bedacht werden.

Es entspricht mittlerweile der Verkehrsgewohnheit, dass die Parteien eines Unternehmenskaufvertrages zu einem bestimmten Zeitpunkt im Zuge des Prozesses ihren grundsätzlich erzielten Konsens, ihre getroffenen Annahmen hinsichtlich des Vertragsgegenstandes, sowie Überlegungen zum weiteren Prozess der Transaktion in einer Vereinbarung festhalten wollen. Die Parteien geben daher oft bereits im Vorfeld des eigentlichen Unternehmenskaufvertrages rechtsgeschäftliche Willenserklärungen ab. Weiters schließen sie auch bereits im Vorfeld des eigentlichen Unternehmenskaufs einzelne Vereinbarungen (zB über die Tragung bestimmter Transaktionsvorbereitungskosten, über Verhandlungsexklusivität oder über die Geheimhaltung) ab.

Eine rechtliche Bindung ist zu diesem Zeitpunkt, wenn überhaupt, oft nur eingeschränkt – etwa hinsichtlich Geheimhaltung oder Exklusivität der Vertragsverhandlung über einen gewissen Zeitraum – gewünscht. Vielmehr soll die vorgenannte Dokumentation meist lediglich eine kaufmännische Übereinkunft im Sinne einer „Handsclageinigung“ zum Ausdruck bringen.

In diesem Stadium abgegebene rechtsgeschäftliche Erklärungen haben aber über diese Funktion für die beteiligten Parteien hinaus eine wichtige Funktion auch sowohl gegenüber den Gesellschaftern und Aufsichtsorganen der beteiligten Gesellschaften, die im Laufe der Transaktion ihre Zustimmung erteilen müssen, als auch gegenüber Kapitalgebern, die für die Finanzierung der Transaktion beigezogen werden. Die für den Fortgang der Transaktion notwendigen Entscheidungen, Zustimmungen und Freigaben der beteiligten Parteien und Organe erfolgen meist erst dann, wenn die Eckpunkte der Transaktion festgelegt und präsentiert wurden.

Haftungsprobleme in diesem Transaktionsstadium können sich – neben einer allfälligen Haftung aufgrund der in rechtsgeschäftlichen Erklärungen getroffenen Regelungen – auch aus der so genannten „*culpa in contrahendo*“, also aus dem vorvertraglichen (Schuld-)Verhältnis der Parteien während der Phase der Vertragsanbahnung ergeben, und stellen folglich ein zentrales rechtliches Thema im Vorfeld der Transaktion dar.

Das vorliegende Kapitel befasst sich mit wesentlichen Formen dieser „vorunternehmenskaufvertraglichen“ Dokumente und zusammenhängenden Rechtsfragen. Weiters beschäftigt es sich mit der rechtlichen Problematik der „*culpa in contrahendo*“.

1.2 Formen rechtsgeschäftlicher Erklärungen im Transaktionsvorfeld

1.2.1 Überblick geläufiger Typen

In der Praxis häufig gewählte „Typen“ von Erklärungen im Vorfeld der eigentlichen Unternehmenskauftransaktion sind

- der Vorvertrag, unter dem eine Vereinbarung zum künftigen Abschluss eines Vertrages mit bestimmtem Inhalt zu verstehen ist (§ 936 ABGB);²
- die Option, die dem Berechtigten ein Gestaltungsrecht einräumt, ein inhaltlich vorausbestimmtes Schuldverhältnis in Gang zu setzen;³
- die Punktation, unter der das Gesetz einen Aufsatz über die vertraglichen Hauptpunkte versteht, der durch beide Seiten unterfertigt wurde (§ 885 ABGB);⁴
- der Letter of Intent (abgekürzt „LoI“), der als einseitig⁵ errichtetes (und durch die Gegenseite zuweilen gegengezeichnetes, „akzeptiertes“ bzw „zur Kenntnis genommenes“) Instrument verstanden wird, das sich seinem Inhalt nach auf Leistungen und Vorhaben im weitesten Sinne bezieht;⁶
- das Memorandum of Understanding (abgekürzt „MoU“), welches als ein dem Letter of Intent entsprechendes Dokument verstanden wird, das jedoch durch beide Seiten errichtet und unterfertigt wird. Vom Regelungsumfang dem MoU sehr ähnlich, wenngleich in der Detailgenauigkeit umfassender, ist eine Vereinbarung der Parteien, die unter dem Namen „Heads of Agreement“ bekannt ist; und
- das Term Sheet (manchmal auch „Heads of Terms“ abgekürzt „HoT“) oder „Heads of Agreement“ genannt), das typischerweise eine lediglich schlagwortähnliche und auf die wesentlichsten Fragen reduzierte Darstellung der beabsichtigten wesentlichen Punkte des abzuschließenden Vertrages enthält.

In diesen Erklärungen wird idR eine Übersicht der Eckpunkte der geplanten Transaktion gegeben und gezeigt, wo die Parteien bereits vorläufigen, rechtlich oft nicht bindenden, Konsens erzielt haben. Es wird weiters aufgezeigt, welche wesentlichen Aspekte der Gesamttransaktion noch klärungs- bzw regelungsbedürftig sind und in welchen weiteren Schritten sich die Transaktion vollziehen soll.

2 Perner in Welser (Hrsg), Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht (2005) 618.

3 Perner in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5⁵ (2021) § 936 Rz 7.

4 Perner in Welser (Hrsg), Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht (2005) 412.

5 Zufolge ebenfalls vertretener Auffassung können jedoch auch beide Parteien – Käufer und Verkäufer – ihre Absichten zum Verkauf und Kauf durch einen Letter of Intent zum Ausdruck bringen. Vgl dazu zB Beisel in Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf⁷ (2016) § 1 Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs Rz 83.

6 Lutter, Der Letter of Intent³ (1998) 10; Perner in Welser (Hrsg), Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht (2005) 334.

1.2.2 Praktische Funktionen

Die Dokumente im Transaktionsvorfeld erfüllen zusammenfassend eine oder mehrere der folgenden praktischen Funktionen:

- sie geben zumeist eine informative Übersicht und Kurzdarstellung der gesamten Transaktion;
- sie zeigen, wo die Parteien bereits (vorläufigen) Konsens erzielt haben, ohne dass dieser jedoch zwangsläufig bereits einen verbindlichen Vertrag darstellt, und erreichen durch eine solche unverbindliche Vereinbarung doch einen hohen Grad der (kaufmännischen, moralischen) Bindung;
- sie zeigen, welche wesentlichen Aspekte der Gesamttransaktion noch klärungs- bzw regelungsbedürftig sind;
- sie stellen die ins Auge gefassten einzelnen Schritte der Transaktion dar und erläutern das weitere Procedere;
- sie legen in gewissen Punkten bereits verbindliche vertragliche Regelungen fest; und
- sie erfüllen eine wichtige Dokumentationsfunktion gegenüber Aufsichts- und Kontrollgremien wie dem Aufsichtsrat, gegenüber Rechts- und Steuerberatern, sowie auch gegenüber finanziierenden Banken und anderen Kapitalgebern.⁷

1.2.3 Klassifikationsprobleme

Die Begriffe „Letter of Intent“, „Memorandum of Understanding“ und „Term Sheet“ sowie andere in der Praxis des Unternehmens- und Beteiligungskaufs inzwischen regelmäßig verwendete Begriffe entstammen der angloamerikanischen Rechts- bzw Wirtschaftssprache. Anders als für den Vorvertrag oder die Punktation besteht für keines dieser Instrumente im österreichischen Recht eine klare rechtstypologische Zuordnung.⁸

Auch ist unter österreichischem Recht die durch die Parteien gewählte Bezeichnung der Rechtsverhältnisse unerheblich; es kommt einzig auf den Inhalt der Parteienvereinbarung und auf den Grad des Bindungswillens der Parteien an.⁹ Das hat seinen Grund darin, dass es bei der Auslegung von Willenserklärungen nicht primär auf den Willen des Erklärenden, sondern auf das Verständnis ankommt, das ein redlicher Erklärungsempfänger von der Willenserklärung gewinnen durfte bzw gewonnen hat.¹⁰ Generell besteht somit keine Bindung des Auslegenden an die von den Parteien gebrauchte Bezeichnung des Typus ihres Rechtsgeschäfts, sofern und

⁷ Siehe zu diesen Funktionen auch *Hochedlinger*, Term Sheet, Letter of Intent & Memorandum of Understanding – unbekannte Wesen im österreichischen Zivilrecht? in *Kofler/Polster-Grüll* (Hrsg), Private Equity & Venture Capital. Finanzwirtschaftliche, steuerliche und rechtliche Aspekte der Finanzierung mit Risikokapital (2003) 345 ff.

⁸ *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹³ (2008) Rz 15, verwenden den Begriff des Verhandlungsprotokolls und der Punktation synonym und führen aus, dass damit bereits erreichte Zwischenergebnisse festgehalten werden, ohne dass damit eine Einigung über den Vertragsschluss erzielt sei, und daher auch die rechtliche Bindungswirkung fehle. Daraus lässt sich erkennen, dass das deutsche Recht unter der Punktation – anders als das österreichische Recht – kein gesetzlich geregelter Rechtsinstitut versteht. Aber auch in der österreichischen Rechtspraxis wird der Begriff der Punktation oft untechnisch verwendet.

⁹ OGH 22. 11. 1961, 1 Ob 454/61 SZ 34/169; 27. 4. 1967, 6 Ob 109/67 HS 6.438.

¹⁰ Sogenannte „normative Auslegung“, vgl § 863 iVm §§ 870 ff und 914 ABGB.

soweit der objektiv erkennbare rechtsgeschäftliche Wille in der Sache auf etwas anderes gerichtet ist.¹¹

Die vorgenannten Instrumente sind schließlich in ihrer Anwendung keinesfalls auf Unternehmenskauftransaktionen reduziert. Ihnen kann auch in verschiedensten anderen wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhängen, wie zB bei Finanzierungsgeschäften, Immobilientransaktionen oder bei einer Vielzahl anderer rechtsgeschäftlicher Vorgänge begegnet werden. Typischerweise sind es jedoch komplexere Transaktionen, bei denen vor der eigentlichen vertraglichen Einigung in der Hauptsache in einem Zwischenschritt Konsens oder doch Klarheit über bestimmte wesentliche Eckpunkte dokumentiert und sozusagen ein Fahrplan für das weitere Vorgehen niedergelegt werden soll.

Somit haben die Termini „Letter of Intent“, „Memorandum of Understanding“, und „Term Sheet“ wie viele andere der aus der angloamerikanischen Rechts- und Wirtschaftssprache entnommenen begrifflichen Konzepte, die dem Fachjargon der um Unternehmens- und Beteiligungs-kaufe bzw „Mergers and Acquisitions“ angesiedelten Dienstleistungsbereiche entspringen,¹² wenig dogmatische Relevanz,¹³ dafür jedoch große praktische Bedeutung im Zusammenhang mit Unternehmenskauftransaktionen. Auf keinen dieser und ähnlicher Begriffe kann ein klares und abgegrenztes rechtliches Konzept des österreichischen Rechts angewendet werden.

Anders verhält es sich beim Vorvertrag und der Punktation. Mit diesen Begriffen wird auf gesetzlich geregelte Instrumente des österreichischen Rechts Bezug genommen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Parteien von Unternehmenskauftransaktionen die vorgenannten Begriffe zuweilen für ihre Abmachungen wählen, ohne jedoch den Willen zu haben, die Rechtsfolgen der §§ 936 bzw 885 ABGB eintreten zu lassen, weil sie zB einem durch sie so bezeichneten „Vorvertrag“ noch keinerlei Bindungswirkung zukommen lassen wollen oder in einer durch sie so benannten „Punktation“ lediglich eine Themensammlung für den späteren Unternehmenskaufvertrag treffen wollen. Ein gesetzlich determinierter Inhalt des Begriffs der Punktation ist überdies ein Spezifikum des österreichischen Rechts. So kennt etwa das deutsche Recht keine Legaldefinition des Terminus der Punktation.¹⁴ Unter österreichischem Recht ist es dagegen eine Rechtsfrage, ob ein Vorvertrag, eine Punktation, oder bereits ein Kaufvertrag vorliegt.¹⁵

In allen Fällen stellt sich die Frage, welche rechtlichen Wirkungen dem jeweils vorliegenden Dokument im Einzelnen zukommen.

11 Rummel in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 863 Rz 15 (Stand 1. 11. 2014, rdb.at) mwN.

12 Picot in *Picot*, Handbuch Mergers & Acquisitions: Planung Durchführung Integration⁵ (2012) 246 (249) bezeichnet derartige Termini sinnigerweise als „Legal Transplants“.

13 Picot in *Picot*, Handbuch Mergers & Acquisitions: Planung Durchführung Integration⁵ (2012) 246 hält generell fest, dass der Letter of Intent sich einer allgemeingültigen Definition entziehe. Thümmel, Letter of Intent (Absichtserklärung), in *Schütze*, Münchener Vertragshandbuch Band 3 2. Halbband (1997) 10 bemerkt, dass „Letter of Intent“ kein Rechtsbegriff, sondern eine Erfindung der Wirtschaftspraxis ist.

14 Böck, Deal Making: Vorbereitung, Abwicklung und zeitlicher Ablauf des Unternehmenskaufs, in *Hettler/Stratz/Hörtnagl* (Hrsg), Beck'sches Mandats Handbuch. Unternehmenskauf (2004) 3 (Rz 172), setzen den Begriff der Punktation zB mit einem „Memorandum of Understanding“ oder „Letter of Understanding“ gleich, und meinen, dass sich die Punktation, anders als ein LOI, regelmäßig in der Zusammenstellung der erzielten Verhandlungsergebnisse erschöpft.

15 OGH 26. 6. 2003, 6 Ob 241/02p immolex 2004/39; vgl auch Kalss in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,06} § 885 Rz 6 (Stand 1. 8. 2022, rdb.at).

1.2.4 Der Vorvertrag

(a) Begriff und Allgemeines

Der Vorvertrag kommt in der Praxis des Unternehmenskaufs selten vor,¹⁶ wenngleich die Parteien öfter fälschlicherweise diesen Begriff verwenden. Ein Vorvertrag ist gem § 936 ABGB die Verabredung, künftig einen Vertrag mit bestimmtem Inhalt abzuschließen und begründet somit die Verpflichtung zum Abschluss des Hauptvertrages.¹⁷ Der Leistungsgegenstand des Vorvertrages ist somit der Abschluss des Hauptvertrages,¹⁸ wogegen unter dem Vorvertrag noch nicht die Erfüllung der Verpflichtung verlangt werden kann, die der Gegenstand des Hauptvertrages ist.¹⁹ Auf dem Klagswege kann somit auch nur der Abschluss des Hauptvertrages durchgesetzt werden.²⁰

Allerdings ist die Rsp bei Konsensualverträgen – wie auch dem Kaufvertrag – sehr zurückhaltend darin, einen Vorvertrag überhaupt als gegeben anzunehmen. Im Zweifel wird beim Konsensualvertrag nämlich nicht angenommen, dass ein Vorvertrag abgeschlossen wurde; vielmehr wird davon ausgegangen, dass bereits ein tatsächlicher Vertrag vorliegt.²¹ Insb dann, wenn bereits Einigkeit über Gegenstand des Vertrages und Preis erzielt wurde, wird vermutet, dass der Kaufvertrag bereits abgeschlossen ist.²² Die Zweifelsregel gilt lediglich dann nicht, wenn aus den Umständen eindeutig hervorgeht, dass die Parteien tatsächlich einen Vorvertrag abschließen wollten, was insb dann anzunehmen ist, wenn wesentliche Fragen des Hauptvertrages noch ungeklärt sind.²³

(b) Inhaltliche Anforderungen an die Verbindlichkeit eines Vorvertrages

§ 936 ABGB stellt folgende Anforderungen an die Verbindlichkeit eines Vorvertrages:

- Der Zeitpunkt des Abschlusses des Hauptvertrages muss bestimmt sein. Dies bedeutet, dass er kalendermäßig bestimmt sein muss; er kann aber auch vom Eintreten einer Bedingung abhängen. Somit genügt nicht, wenn die Parteien zB festlegen, dass der Hauptvertrag „ehebaldig“²⁴ oder etwa „im Frühjahr“ abzuschließen ist.²⁵ Wenn der Vorvertrag

¹⁶ Böck in Hettler/Stratz/Hörtnagl (Hrsg), Beck'sches Mandats Handbuch. Unternehmenskauf (2004) 3 (Rz 185).

¹⁷ Welser/Kletečka, Grundriss des Bürgerlichen Rechts¹⁵ Bd I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht (2018) Rz 454.

¹⁸ Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 936 Rz 1 (Stand 1. 5. 2018, rdb.at) mwN.

¹⁹ Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,06} § 936 Rz 1 (Stand 1. 8. 2019, rdb.at) mwN; OGH 2. 9. 1993, 6 Ob 570/93 RdW 1994, 205.

²⁰ Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 936 Rz 2 (Stand 1. 5. 2018, rdb.at) mwN.

²¹ Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 936 Rz 48 (Stand 1. 5. 2018, rdb.at). Dies ist auch gebührenrechtlich von großer Bedeutung. Der VwGH nimmt in stRsp an, dass die sich aufgrund eines „Vorvertrages“ ergebende Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung eines bestimmten Kaufpreises unter Festsetzung bestimmter Zahlungstermine nicht bloß eine vorläufige Bindung und Verpflichtung zum künftigen Vertragschluss indiziere; vielmehr würden diese Umstände auf das Zustandekommen des Erwerbsgeschäfts selbst, und zwar in der Rechtsfigur einer Punktation, hinweisen; vgl Fellner in Fellner (Hrsg), Grunderwerbsteuer. Gebühren und Verkehrssteuern, Band II (15. Lfg 2016) § 1 GrESTG Rz 145 mwN.

²² ZB OGH 21. 9. 1977, 1 Ob 604/77 JBl 1979, 94; 25. 2. 1988, 7 Ob 522/88 NZ 1989, 264; 13. 7. 1993, 4 Ob 519/93 SZ 66/85; 28. 8. 1997, 3 Ob 2094/96d NZ 1998, 216; 7. 2. 2008, 7 Ob 18/08k.

²³ OGH 14. 10. 1997, 1 Ob 2322/96v SZ 10/197; 9. 3. 2000, 8 Ob 232/99x MietSlg 52,100.

²⁴ Die Voraussetzung ist nicht gegeben, wenn nur die Verpflichtung besteht, den Vertragsentwurf „ehebaldigst“ auszuarbeiten – OGH 31. 5. 1967, HS 6437; aM „für den Fall entsprechenden Parteiwillens“ Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 936 Rz 25 (Stand 1. 5. 2018, rdb.at).

²⁵ „Frühling“ als zu unbestimmt wird ausdrücklich in der E des OGH 18. 12. 1900, Nr 17010 GIUNF 5925 angesprochen.

regelt, dass erst ein Entwurf über den Hauptvertrag zu erstellen ist, so wird angenommen, dass tatsächlich kein Bindungswille besteht.²⁶

- bb) Weiters müssen die „wesentlichen Stücke“ des Vertrags bestimmt sein.²⁷ Dies bedeutet, dass die so genannten „*essentialia negotii*“, dh die Regelungsinhalte, die das Gesetz vom jeweiligen Vertragstyp mindestens verlangt, vorhanden sein müssen.²⁸ Über sonstige Vertragspunkte kann sogar Dissens bestehen, wenn die Parteien in Bezug auf die wesentlichen Punkte bereits eine Vertragsbindung wollen.²⁹

Der Vorvertrag muss so bestimmt sein, dass er als Hauptvertrag bestehen könnte.³⁰ Für die Annahme eines verbindlichen Vorvertrags im Rahmen eines Unternehmenskaufs bedeutet dies folglich, dass sowohl der Kaufgegenstand als auch der Kaufpreis bestimmt oder doch zweifelsfrei bestimmbar sein müssen.

Der Vorvertrag kann bedingt abgeschlossen werden.³¹ Es können also Bedingungen vereinbart werden, nach deren Erfüllung der Vorvertrag seine volle rechtliche Wirkung (als Vorvertrag) entfaltet.

(c) Geänderte Umstände

Vorverträge unterliegen der so genannten Umstandsklausel („*clausula rebus sic stantibus*“)³² – (vgl § 936 S 1 ABGB). Das bedeutet, dass eine Veränderung der Umstände zwischen dem Abschluss des Vorvertrages und dem vereinbarten Zeitpunkt des Abschlusses des Hauptvertrages beachtlich ist, wenn sie den Zweck des Vorvertrages vereitelt haben und wenn der Zweck Vertragsinhalt oder doch aus den Umständen erkennbar war. Zufolge der Lehre sind hier – anders als unter österreichischem Zivilrecht im Allgemeinen – sogar individuelle Motive beachtlich, wenn sie vor dem Abschluss des Vorvertrages mitgeteilt wurden.³³

Beispiele für veränderte Umstände, die mit Erfolg eingewendet wurden, sind etwa: Abweichung des behördlich genehmigten Bauplanes von einer Vereinbarung;³⁴ Einkommensverlust eines Darlehensversprechenden;³⁵ oder beiderseits unrichtiges Ausgehen von Finanzierungsgrundlagen für ein zu errichtendes Mietobjekt.³⁶ Weitere beachtliche Umstände sind extreme Inflation, exorbitante Änderung des ortsüblichen Mietzinses, Einkommensverlust und Wegfall von Finanzierungsmöglichkeiten.³⁷ Judikatur zu spezifischen Unternehmenskaufsachverhalten liegt – soweit ersichtlich – derzeit jedoch nicht vor.³⁸

²⁶ Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 936 Rz 1 (Stand 1. 5. 2018, rdb.at).

²⁷ Welser/Kletečka, Grundriss des Bürgerlichen Rechts¹⁵ (2018) Rz 455 mwN.

²⁸ Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 936 Rz 9 (Stand 1. 5. 2018, rdb.at).

²⁹ Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB¹³ § 936 Rz 9 (Stand 1. 5. 2018, rdb.at) mwN.

³⁰ OGH 16. 10. 1957, 1 Ob 348/57 MietSlg 5520; 20.1. 1977, 7 Ob 833/76 MietSlg 29.109; 21. 9. 1977, 1 Ob 604/77 JBl 1979, 94.

³¹ Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 936 Rz 24 (Stand 1. 5. 2018, rdb.at).

³² RIS-Justiz RS0019195; Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 936 Rz 30 ff (Stand 1. 5. 2018, rdb.at).

³³ Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 936 ABGB Rz 30 (Stand 1. 5. 2018, rdb.at).

³⁴ OGH 18. 12. 1900, Nr 17010 GIUNF 1216.

³⁵ OGH 6. 12. 1938, 3 Ob 689/38 SZ 20/256.

³⁶ OGH 20. 2. 1969, 1 Ob 31/69 SZ 42/31.

³⁷ Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 936 Rz 33 ff (Stand 1. 5. 2018, rdb.at) mwN.

³⁸ Perner in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5⁵ (2021) § 936 Rz 25 mwN, führt eine Reihe von Judikaturbeispielen an, in denen einer Berufung auf geänderte Umstände bei einer Option statt-

War die Änderung der Umstände jedoch vorhersehbar, kann man sich darauf nicht berufen.³⁹ Dies ist auch ausgeschlossen, wenn veränderte Umstände selbst herbeigeführt wurden oder aus der eigenen Sphäre stammen.⁴⁰

Rechtsfolge veränderter Umstände – sofern relevant – ist die Anpassung oder der Entfall der Bindung.⁴¹ Diese tritt jedoch nicht automatisch ein; es kommt nicht zur „Selbstauflösung“ eines Vorvertrages.⁴² Wie beim Geschäftssirrturn hat eine klags- bzw. einredeweise Geltendmachung zu erfolgen.⁴³

Die Umstandsklausel kann jedoch wirksam ausgeschlossen werden.⁴⁴ Dies wird bei einem Vorvertrag über einen Unternehmenskauf dann sinnvoll sein, wenn die Parteien eine möglichst starke Bindung aus der vorvertraglichen Verpflichtung anstreben und mögliche Risiken aufgrund geänderter Umstände ausschließen wollen. Insb. kann auch ein selektiver Ausschluss sinnvoll sein, also ein Ausschluss von Umständen, von denen man schon weiß, dass sie eintreten könnten, denen man aber keine Auflösungsmöglichkeit für die Gegenseite zubilligen möchte.

(d) Vertrauensverlust

Ein weiterer Ausschlussgrund für die Verbindlichkeit des Vorvertrags ist zufolge § 936 S 1 AGBG der Verlust des Vertrauens in die andere Partei. Dieser Vertrauensverlust kann ebenfalls mit Erklärung geltend gemacht werden. Er ist somit wie die Zweckvereitelung zu behandeln. Von praktischer Bedeutung könnten etwa plötzlich auftauchende Image- bzw. Reputationsprobleme eines Vertragspartners sein.

(e) Formgebot

Von zentraler Bedeutung bei Vorverträgen über einen Unternehmenskauf ist der Umstand, dass der Vorvertrag jeweils der gesetzlichen Form des Hauptvertrages folgen muss. Wenn somit der Hauptvertrag formbedürftig ist, muss es auch der Vorvertrag sein. Dies bedeutet insb., dass Vorverträge über den Erwerb bzw. die Veräußerung von GmbH-Geschäftsanteilen der Notariatsaktpflicht unterliegen.⁴⁵

gegeben wurde, die analog auf Unternehmenskaufsituationen umlegbar scheinen: Änderung der beiderseits unterstellten Finanzierungsmöglichkeit; eintretende Unmöglichkeit eines beabsichtigten Syndikatsvertrags wegen Aktienzwangsverkauf; Vertrauensbruch während Annahmefrist zur Verlängerung eines Gesellschaftsverhältnisses; erhebliche Preisänderungen aufgrund äußerer Umstände.

³⁹ OGH 6. 2. 1992, 8 Ob 504/92 SZ 65/17.

⁴⁰ So OGH 25. 6. 1976, 2 Ob 524/76 JBL 1978, 153; kritisch *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 936 ABGB Rz 39 (Stand 1. 5. 2018, rdb.at) – Sphärenzugehörigkeit könne nur Ergebnis einer Begründung, aber nicht Begründung selbst sein.

⁴¹ *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 901 ABGB Rz 24 (Stand 1. 11. 2014, rdb.at) mwN.

⁴² *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 901 ABGB Rz 24 (Stand 1. 11. 2014, rdb.at) mwN.

⁴³ *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 901 ABGB Rz 28 (Stand 1. 11. 2014, rdb.at) mwN.

⁴⁴ OGH 28. 6. 1961, 1 Ob 298/61 JBL 1962, 90.

⁴⁵ *Welser/Kletečka*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts¹⁵ (2018) Rz 455; *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 936 Rz 12 (Stand 1. 5. 2018, rdb.at) mwN.

(f) Gebühren- und verkehrsteuerliche Folgen

Der Vorvertrag löst keine Rechtsgeschäftsgebühr aus⁴⁶ und führt auch nicht zum Entstehen einer Grunderwerbsteuerschuld.⁴⁷

(g) Rechtsdurchsetzung

Der Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrages erlischt nach Ablauf eines Jahres ab dem für den Abschluss des Hauptvertrages vereinbarten Zeitpunkt (§ 936 letzter Satz ABGB). Die Frist ist eine Verjährungsfrist und der Anspruch ist gerichtlich geltend zu machen – außergerichtliche Geltendmachung genügt nicht.⁴⁸ Beim Rücktritt vom Vorvertrag gebührt Schadenersatz, wobei (unmittelbar) das Erfüllungsinteresse gebührt – es muss also nicht erst auf Abschluss des Hauptvertrages gedrungen und von diesem dann zurückgetreten werden.⁴⁹

(h) Praktische Bedeutung

Wie schon einleitend gesagt, kommen Vorverträge in der Praxis von Unternehmenskauftransaktionen eher selten vor. Dies liegt vor allem daran, dass die gewünschte Bindungsintensität in der Vorphase des eigentlichen Kaufvertragsabschlusses idR eine geringere ist als die, bereits einen einklagbaren Anspruch auf Abschluss eines Unternehmenskaufvertrages schaffen zu wollen.

In den Fällen jedoch, in denen einerseits bereits Bindungswille vorliegt, man aber andererseits den Hauptvertrag wegen noch offener zu klärender Fragen noch nicht abschließen kann oder will, und gleichzeitig auch zu befürchten ist, dass eine Seite ihre Meinung ändern könnte, stellt der Vorvertrag ein nützliches Instrument dar.

Ein praktischer Anwendungsfall könnte etwa darin liegen, dass vor Erstellung und Ausverhandlung der Details eines Hauptvertrages noch bestimmte (rechtliche, wirtschaftliche oder faktische) Umstände abzuklären sind, und man daher derzeit lediglich einen Vorvertrag abschließen will.

Ein Vorvertrag wird in der Praxis sinnvollerweise nur dann abgeschlossen werden, wenn wesentliche Inhalte des Hauptvertrages bereits feststehen, Bindungswille besteht und die Parteien davon ausgehen, dass sie sich über die noch offenen Punkte – möglicherweise auf Basis des Üblichen unter „Abtausch“ von jeweils für die eine bzw. die andere Seite wichtigen Punkten – innerhalb eines bestimmten bzw. bestimmbaren Zeitrahmens einigen werden.

Gerade im Umgang mit rechtlich unerfahrenen Parteien ist beim Gebrauch eines Vorvertrags Vorsicht geboten. Einerseits wird durch das Offenlassen noch zu verhandelnder Punkte eine relative Unverbindlichkeit vorgespiegelt. Andererseits erhöht die starke Berücksichtigung subjektiver Elemente in Gestalt der *clausula rebus sic stantibus* und der Beachtlichkeit des allfällig weggefallenen Vertrauens das Potential für gerichtliche Auseinandersetzungen. Beides wird nur ausnahmsweise einen Anreiz bieten, etwa aus der Sicht der wirtschaftlich schwächeren Partei, die sich noch einen Notausstieg aus einer ungünstigen Transaktion vorbehalten will.

⁴⁶ VwGH 26. 3. 1952, 1454/49 VwSlg 559 F/1952; VwGH 3. 11. 1983, 82/15/0168 NZ-K 1987/18.

⁴⁷ Fellner, Grunderwerbsteuer (15. Lfg 2016) § 1 GrEStG Rz 152 mwN.

⁴⁸ Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 936 Rz 46 (Stand 1. 5. 2018, rdb.at) mwN.

⁴⁹ Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 936 Rz 27 (Stand 1. 5. 2018, rdb.at) mwN.

1.2.5 Die Option

Eine Option räumt dem Berechtigten ein Gestaltungsrecht ein, ein inhaltlich bestimmtes Schuldverhältnis in Gang zu setzen. Die Ausübung setzt das Schuldverhältnis unmittelbar in Kraft und begründet unmittelbar die vertraglichen Pflichten.⁵⁰ Anders als beim Vorvertrag muss daher nicht erst auf den Vertragsabschluss gedrungen werden – die Optionsausübung führt dazu, dass der Vertrag selbst wirksam wird. Somit würde die Einräumung eines Optionsrechts hinsichtlich eines Unternehmenserwerbs dazu führen, dass bei Ausübung der Unternehmenskaufvertrag unmittelbar wirksam wird und in Kraft tritt.

§ 936 findet zufolge der Judikatur auf die Option grundsätzlich analog Anwendung.⁵¹ Daher muss die Option alle wesentlichen Vertragsbestimmungen enthalten. Auch die Optionseinräumung steht unter der Umstandsklausel.⁵² Die Option muss aber – anders als der Vorvertrag – keinen Ausübungszeitpunkt vorsehen. Auch die Jahresfrist des § 936 ABGB findet auf sie keine Anwendung.⁵³

Die Einräumung einer „echten“ Option zu einem Unternehmenskauf – bzw der Abschluss einer Vereinbarung, die ein Optionsrecht in vorstehendem Sinn einräumt – erfolgt in der Praxis des Unternehmenskaufs äußerst selten. Wenn die Parteien in Zusammenhang mit einem Unternehmenskaufvertrag von einer Optionsvereinbarung sprechen, so ist tatsächlich meist lediglich eine (zweiseitige) Absichtserklärung gemeint.

1.2.6 Die Punktation

(a) Begriff und Allgemeines

Die Punktation wird unter österreichischem Recht durch das Gesetz als „Aufsatz über die Hauptpunkte“ bezeichnet, der in Ermangelung einer „förmlichen Urkunde“ über den Vertrag durch die Parteien unterfertigt wird.⁵⁴ Sie ist somit die „vorläufig verbindliche“ und konzeptartige Fixierung der Hauptpunkte eines abzuschließenden Vertrages, für den die Parteien die Schriftform vereinbart haben;⁵⁵ sie stellt selbst bereits einen abgeschlossenen Vertrag dar. Ihre Wirkung ist auflösend bedingt mit der Errichtung der förmlichen Vertragsurkunde, die sie ersetzen soll, und wird daher auch als Interimsvertrag bezeichnet.⁵⁶ Mit Unterfertigung einer Punktation wird die – allerdings widerlegbare⁵⁷ – Vermutung geschaffen, dass die Parteien konkreten Bindungswillen hinsichtlich der in der Punktation geregelten Rechte und Pflichten haben. Anders als beim Vorvertrag gibt es bei Vorliegen einer Punktation keine Befristung für die Errichtung des Hauptvertrages.

Die Punktation gilt als Vertrag, auf dessen Erfüllung ein Anspruch besteht.⁵⁸ Aus einer Punktation kann folglich – anders als beim Vorvertrag – unmittelbar die vereinbarte Leistung

⁵⁰ Perner in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5⁵ (2021) § 936 Rz 7 mwN.

⁵¹ Perner in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5⁵ (2021) § 936 Rz 8 mwN.

⁵² RIS-Justiz RS0019195; Gruber in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,06} § 936 Rz 5 (Stand 1. 8. 2019, rdb.at).

⁵³ Perner in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5⁵ (2021) § 936 Rz 8 mwN.

⁵⁴ § 885 ABGB.

⁵⁵ OGH 19. 3. 1974, 4 Ob 10/74 ZAS 1976/24 (*Rummel*).

⁵⁶ Riedler in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 5⁵ (2021) § 885 ABGB Rz 1 mwN.

⁵⁷ Dullinger in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 885 ABGB Rz 1 (Stand 1. 11. 2014, rdb.at).

⁵⁸ Zb OGH 22. 11. 1961, 1 Ob 454/61 SZ 34/169; 11. 12. 2007, 7 Ob 256/02a JBl 2003/519; 26. 6. 2003, 6 Ob 241/02p RdW 2003/621, 701 = immolex 2004/39, 57 = MietSlg 55.094, 55.227, 55.579.

verlangt werden.⁵⁹ Weiters kann die Errichtung einer förmlichen Vertragsurkunde verlangt werden.⁶⁰ Der Erfüllungsanspruch aus einer Punktation unterliegt den allgemeinen Verjährungsregeln; das Fristerfordernis des § 936 ABGB gilt nicht.⁶¹

Die Punktation kann in der Praxis insb dann Verwendung finden, wenn den Parteien die Zeit zur Niederlegung eines ausformulierten Vertrages, insb zur Ausverhandlung der Nebenpunkte, fehlt, und dies erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen soll.

Es stellt sich hier die Frage, wie mit Regelungslücken im Streitfall umzugehen ist, insb ob für die Parteien wesentliche Punkte, die jedoch keine „*essentialia negotii*“ darstellen,⁶² durch das Gericht im Wege ergänzender Vertragsauslegung festgestellt werden können. Eine solche Situation wäre etwa denkbar, wenn eine Punktation über einen Unternehmenskauf keinen der üblichen Kataloge von Gewährleistungszusagen bzw Garantien enthält. In diesem Fall würde das gesetzliche Gewährleistungsrecht eingreifen und es läge keine Vertragslücke vor, die mittels ergänzender Auslegung zu schließen ist.⁶³ Die zur Anwendung kommenden Grundsätze sind somit keine anderen als die, die Lehre und Rsp zur Bestimmung des § 914 ABGB entwickelt haben. Allerdings besteht im Falle der Verwendung einer Punktation aufgrund der gegenüber ausformulierten Unternehmenskaufverträgen skizzenhaften Form der Regelung ein größeres Auslegungsrisiko im Streitfall. Man sollte im Falle der Verwendung einer Punktation somit genaues Augenmerk auf die Punkte legen, die festgelegt werden, und sich des „*Restrisikos*“ der offen gebliebenen Fragen bewusst sein.

(b) Inhaltliche und formelle Anforderungen

Das Gesetz verlangt, dass eine Urkunde über die Hauptpunkte errichtet wird. Wie beim Vorvertrag müssen bei der Punktation jedenfalls die *essentialia negotii* fixiert sein. Daneben müssen die für den Vertragsabschluss – wenn auch nur für einen Teil – erkennbar wesentlichen Punkte geregelt sein, da ansonsten der notwendige Bindungswille fehlt.⁶⁴ Wesentlich sind alle Punkte, die durch dispositive gesetzliche Bestimmungen (zB das gesetzliche Gewährleistungsrecht) oder durch die Verkehrssitte nicht ergänzt werden können.⁶⁵

Eine Punktation muss in Schriftform errichtet werden. Dies kann auch im Korrespondenzweg erfolgen.⁶⁶ Bestehende gesetzliche Formerfordernisse des Rechtsgeschäfts, auf das die Punktation sich bezieht (zB Notariatsaktpflicht bei der Abtretung von Geschäftsanteilen einer GmbH), müssen eingehalten werden.

(c) Abgrenzungsfragen

Wesentlicher Unterschied zum Vorvertrag ist, dass die Parteien bei der Punktation das schriftlich Fixierte sofort in Geltung setzen können (dh, einen direkten Leistungsanspruch schaffen

⁵⁹ Dullinger in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 885 ABGB Rz 3 (Stand 1. 11. 2014, rdb.at) mwN.

⁶⁰ OGH 17. 9. 1958, 6 Ob 74 EvBl 1958/381.

⁶¹ OGH 12. 11. 1981, 7 Ob 605/81 NZ 1983, 184.

⁶² Betreffend die „*essentialia negotii*“ kommt eine ergänzende Auslegung nicht in Frage, vgl zB OGH 12. 12. 1974, 6 Ob 247/74 JBl 1976, 41.

⁶³ Vgl *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 914 Rz 9 (Stand 1. 11. 2014, rdb.at) mwN.

⁶⁴ Dullinger in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 885 Rz 2 (Stand 1. 11. 2014, rdb.at).

⁶⁵ OGH 19. 3. 1974, 4 Ob 10/74 JBl 1975, 161.

⁶⁶ OGH 15. 9. 1970, 8 Ob 172/70 SZ 43/152.