

I. Formen der Beteiligung am Eigenkapital

A. Begriff der Venture-Capital-Finanzierung

Der Begriff „Venture Capital“ stammt aus dem Englischen und lässt sich mit Risiko-, Wagnis- oder Chancenkapital übersetzen. Die Venture-Capital-Finanzierung ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Venture-Capital-Investor einem „jungen“ Unternehmen mit hohem Wachstumspotential Eigenkapital oder eigenkapitalähnliche Mittel für die Gründung, den Aufbau oder den Ausbau des Unternehmens für eine begrenzte Zeit zur Verfügung stellt und gewisse Managementunterstützung bietet.¹ Die Beteiligung erfolgt idR ohne die Gewährung von Sicherheiten für einen Zeitraum von drei bis sieben Jahren. Kennzeichnend für eine Venture-Capital-Finanzierung sind umfangreiche Mitsprache- und Kontrollrechte des Venture-Capital-Investors² bezogen auf grundlegende strategische Entscheidungen und die Verwendung des eingesetzten Kapitals, um so dessen Risiko zu minimieren.³ Die Beteiligungsquoten liegen, wie für Minderheitsbeteiligungen üblich, bei 20 bis 35 % des Stammkapitals.⁴ Eine höhere Beteiligung findet sich im Normalfall selten, da versucht wird, eine Konsolidierung nach § 246 UGB zu vermeiden.

B. Abgrenzung zu anderen Finanzierungen

Venture-Capital-Finanzierungen sind von **Private-Equity-Finanzierungen** zu unterscheiden, worunter idR der vor- oder außerbörsliche Einsatz von Eigenkapital verstanden wird. Private-Equity-Finanzierungen werden meist mit Fremdkapitalkomponenten gemischt. Im Gegensatz zu Venture-Capital-Finanzierungen erfolgen Private-Equity-Finanzierungen eher an etablierte, mittelständische Unternehmen mit bereits ausgereiften Produkten, stabilem Cashflow und geringerem Risikofaktor.⁵ Die Beteiligungsdauer ist dabei unterschiedlich und hängt zumeist von den Motiven des jeweiligen Private-Equity-Investors ab. Auch ist die

1 *Winkler*, Rechtsfragen der Venture Capital-Finanzierung 30; *Breithaupt/Ottersbach*, Kompendium Gesellschaftsrecht, Teil 1. C. § 1 Rz 22; *Brehm*, Das Venture-Capital-Vertragswerk 6; *Hartmann-Wendels*, Venture-Capital-Gesellschaften als Finanzierungsmedien, in *Börner/Grichnik* (Hrsg), Entrepreneurial Finance 216 ff.

2 Siehe dazu im Detail Kapitel IV.B. und IV.C.

3 *Brehm*, Das Venture-Capital-Vertragswerk 6.

4 *Brehm*, Das Venture-Capital-Vertragswerk 6.

5 *Brehm*, Das Venture-Capital-Vertragswerk 7.

Erbringung von Managementunterstützung bei Private-Equity-Finanzierungen idR kein typisches Element. Motive solcher Finanzierungen sind zumeist Expansionen oder Pre-IPOs.

Das Gegenteil zu Venture-Capital- oder Private-Equity-Finanzierungen sind **Fremdfinanzierungen** durch Bank-, Lieferanten- oder Kundenkredite in der Start-up-Phase eines Unternehmens. Wegen des hohen Risikos der Unternehmen weisen diese idR keine ausreichende Bonität für die Einräumung von Fremdkapital auf und können zumeist auch keine Sicherheiten bestellen. Daher sind solche Finanzierungen in der Frühphase von Start-Up-Unternehmen äußerst selten.

Daneben findet man **mezzanine** bzw **hybride Beteiligungsformen**, wie zB Genussrechte, atypisch stille Beteiligungen, stille Beteiligungen, partiarische Darlehen oder Wandelanleihen. Diese sind zwischen der Eigen- und der Fremdkapitalfinanzierung einzuordnen und werden häufig in Form von Publikumsgesellschaften ohne die Bestellung von Sicherheiten gewährt.

C. Marktteilnehmer und deren Ziele

1. Venture-Capital-Gesellschaften

Venture-Capital-Gesellschaften sind häufig als GmbH & Co KGs organisiert. Dabei beteiligen sich Kapitalanleger entweder selbst oder über einen Treuhänder als Kommanditisten an der GmbH & Co KG. Diese GmbH & Co KG beteiligt sich dann wiederum am Beteiligungsunternehmen.⁶ Die Venture-Capital-Gesellschaften unterscheiden sich voneinander durch ihre Eigentümerstruktur, dadurch, in welcher Phase der Entwicklung der Beteiligungsunternehmen sie investieren, in welchen Branchen und in welcher Größenordnung sich die Investments abspielen, durch die Art und Intensität der Managementunterstützung und durch den angestrebten Zeitraum eines Exits.⁷ Das Ziel von Venture-Capital-Gesellschaften ist nicht die Erwirtschaftung laufender Gewinne oder Zinsen, sondern vielmehr die Realisierung von Kapitalgewinnen durch ein erfolgreiches Desinvestment der Beteiligung.⁸

2. Industrielle Investoren: Corporate Venture Capital

Der Begriff „Corporate Venture Capital“ bezeichnet die Finanzierung durch **Großunternehmen**. Zumeist investieren etablierte, dh große, reife Industrieun-

6 Winkler, Rechtsfragen der Venture Capital-Finanzierung 32; Brehm, Das Venture-Capital-Vertragswerk 7 f.

7 Vgl dazu Brehm, Das Venture-Capital-Vertragswerk 8.

8 Winkler, Rechtsfragen der Venture Capital-Finanzierung 33; Heitzer, Finanzierung junger innovativer Unternehmen durch Venture Capital-Gesellschaften 36.

ternehmen in junge, technologieorientierte Gründungsunternehmen. Der Unterschied zu Venture-Capital-Gesellschaften liegt zumeist in der Zielsetzung. Während klassische Venture-Capital-Gesellschaften primär finanzielle Erfolge suchen, erwarten sich Corporate-Venture-Gesellschaften zumeist Zugang zu sowie einen Transfer von technologischen Informationen und haben damit vor allem strategische Unternehmensziele.⁹

3. Öffentliche Investoren: Public Venture Capital

Große Bedeutung bei Finanzierungen in Frühphasen von Unternehmen kommt in Österreich öffentlichen Fördermitteln zu, zB Finanzierungen durch die österreichische Forschungsförderungsgesellschaft mbH¹⁰, eine nationale Förderstelle für wirtschaftsnahe Forschung, oder durch die **AWS Austria Wirtschaftsservice GmbH**¹¹, die in der Rolle des **AWS Gründerfonds** Investitionen in die Gründungs- und erste Wachstumsphase gewerblicher Unternehmen tätigt. Ferner gibt es zB noch den **AWS Mittelstandsfonds**, der sich an mittelständischen Unternehmen beteiligt, oder den **AWS Business Angel Fonds**, der das von Business Angels eingebrachte Kapital verdoppelt. Öffentliche Investoren übernehmen ihre Beteiligung häufig als stille Gesellschafter.

4. Private Investoren: Informelles Risikokapital

In letzter Zeit treten in Österreich immer häufiger private Investoren auf, die zumeist aus dem **Familien-, Freundschafts- oder Bekanntenkreis der Gründer** oder aus einem etablierten Kreis von **Business Angels** stammen. Letztere sind überwiegend Investoren, die selbst Unternehmen erfolgreich gegründet, etabliert oder verkauft haben, erfolgreiche Manager oder wohlhabende Technologieinteressierte. Solche Business Angels stellen für Start-up-Unternehmen nützliche Kontakte zur Verfügung und steuern Erfahrung und eigenes Know-how bei. Business Angels motivieren und unterstützen Start-up-Unternehmer durch eine informelle Betreuung und Beratung, ein sog Coaching, durch Bereitstellen ihres eigenen Netzwerkes und die Weitergabe ihrer Erfahrungen.¹² Neben der Erzielung einer Rendite spielen bei Business Angels auch nicht monetäre, altruistische Motive, wie Idealismus, eine große Rolle.

9 Siehe dazu *Brehm*, Das Venture-Capital-Vertragswerk 9; *Witt*, Corporate Venture Capital, in *Börner/Grichnik* (Hrsg), *Entrepreneurial Finance* 259 ff.

10 Siehe dazu www.ffg.at (4.2.2016).

11 Siehe dazu www.awsg.at (4.2.2016).

12 *Brettel*, Business Angels, in *Börner/Grichnik* (Hrsg), *Entrepreneurial Finance* 233 ff; *Rodenstock*, Motivation und Risikomanagement eines Business Angels, in *Günther/Kirchhof* (Hrsg), *Leitfaden für Business Angels* 19 f.

5. Zielgesellschaften

Zielgesellschaften von Venture-Capital-Finanzierungen sind zumeist **junge innovative Unternehmen** mit hohem Wachstumspotential, die auf neu wachsende Märkte ausgerichtet sind und zur Weiterentwicklung einen hohen Kapitalbedarf haben.¹³

Zielgesellschaften wollen ihre Eigenkapitalausstattung für die Weiterentwicklung des Unternehmens sichern und so die Liquidität des Unternehmens sicherstellen.¹⁴ Kreditfinanzierungen können diesen Bedarf mangels Bonität idR nicht gewährleisten. Zumeist weisen Zielgesellschaften hohe Verluste und einen negativen Cashflow auf. Daraus ergibt sich auch das für die Investoren hohe Risiko einer solchen Investition. Momentan überwiegen Investitionen in Technologie-, Life-Science-, Software- oder Biotechnologieunternehmen.

D. Finanzierungsphasen

Entscheidend für die Vertragsgestaltung einer Venture-Capital-Finanzierung ist der Zeitpunkt der Unternehmensfinanzierung. Unterschieden werden dabei die **Frühphase**, die sog Early Stage, und die **Expansionsphase**, die sog Late Stage.

Die **Frühphase** reicht von der Gründungsvorbereitung bis zur Produktionsaufnahme und wird wiederum in Seed-Phase und Start-up-Phase unterteilt. Die **Seed-Phase** umfasst die Vorbereitung der formellen Unternehmensgründung, die Entwicklung der Projektidee und des Produktes bis hin zur Erstellung eines Prototyps, der Marktanalyse, des Business-Plans sowie des Unternehmenskonzepts.¹⁵ Diese Phase wird zumeist von privaten Investoren und staatlichen Förderstellen bzw den Gründern selbst finanziert. Die anschließende **Start-up-Phase** umfasst die Unternehmensgründung und die Entwicklung des Produktes bis hin zur Produktionsreife, das Marketingkonzept, den Aufbau von Strukturen und den Markteintritt. Es sollen hier die ersten Kunden angesprochen werden.¹⁶

Daran schließt die **Expansionsphase** an, die in eine **First Stage** mit einem Vertriebsaufbau und einer Produkteinführung, in eine **Second Stage** mit einem Produktions- und Vertriebsausbau sowie einer Wachstumsfinanzierung, in eine **Third Stage** mit einer Ausschöpfung von Wachstumspotentialen und in eine **Fourth Stage** mit einem Exit, zB einem Börsengang, unterteilt ist.¹⁷

13 Winkler, Rechtsfragen der Venture Capital-Finanzierung 35; Brehm, Das Venture-Capital-Vertragswerk 10.

14 Winkler, Rechtsfragen der Venture Capital-Finanzierung 35.

15 Siehe dazu im Detail Brehm, Das Venture-Capital-Vertragswerk 11 ff; Blank/Dorf, Das Handbuch für Startups 4 ff.

16 Blank/Dorf, Das Handbuch für Startups 5.

17 Blank/Dorf, Das Handbuch für Startups 6 ff.

Venture-Capital-Investoren investieren zumeist in der Start-up-Phase sowie in der großen Expansionsphase, oben als First und Second Stage der Expansionsphase dargestellt. In einer späteren Phase der Unternehmensentwicklung erfolgen dann zumeist Private-Equity-Investments.

II. Das Vertragswerk

A. Vorvertragliche Vereinbarungen

Die Beteiligten einer Transaktion legen oft bereits vor Abschluss des eigentlichen Beteiligungs- sowie Finanzierungsvertrages sensible Unternehmensdaten offen und tätigen Aufwendungen. Damit sind, gerade in Hinblick auf ein mögliches Scheitern des Deals, Risiken verbunden, gegen die man sich gut absichern sollte. Zu Beginn der Verhandlungen, also vor dem eigentlichen Vertragsabschluss, werden daher Vereinbarungen getroffen, mit denen die Verhandlungsphase ausgestaltet und geregelt wird. Üblicherweise werden dabei Fragen der Geheimhaltung, der Exklusivität und der vorvertraglichen Pflichten geklärt.¹⁸ Typische vorvertragliche Vereinbarungen sind ein **Letter of Intent**, eine **Geheimhaltungsvereinbarung**, ein **Memorandum of Understanding** oder ein **Indicative Offer**.¹⁹ In Venture-Capital-Transaktionen haben sich hierbei die englischen Fachbegriffe weitgehend durchgesetzt, da die Verträge meist in englischer Sprache abgefasst oder zumindest von angelsächsischen Vertragsmustern geprägt sind.

Werden bereits im Vorfeld vertraulich zu behandelnde Dokumente offengelegt, empfiehlt sich der Abschluss einer **Vertraulichkeitsvereinbarung** (auch Geheimhaltungsvereinbarung, Non-Disclosure Agreement bzw Confidentiality Agreement genannt).²⁰ Deren Kernelemente sind ein Vertraulichkeitsgebot, das das vorzeitige Bekanntwerden des eigentlichen Geschäftes und die Weitergabe sensibler Daten verhindern soll, sowie ein Verwertungsverbot, das dem Geschäftspartner untersagt, Geschäftsgeheimnisse, Know-how oder sonstige vertrauliche Informationen abseits der Transaktion für eigene Zwecke zu nutzen.²¹ Neben einer solchen vertraglichen Geheimhaltungsvereinbarung

18 *Dorda/Wolf*, Culpa in contrahendo, List und Irrtum bei Unternehmenskauf und Due Diligence, in *Althuber/Schopper* (Hrsg), Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence I² Rz 2.

19 *Knauder/Sima*, Vertragsvorbereitende und -begleitende Maßnahmen im Überblick, in *Knauder/Marzi/Temmel* (Hrsg), Handbuch Wirtschaftsverträge 6; *Knauder*, Informationsrechte und -pflichten einzelner Gesellschafter im M&A-Verfahren, in *Althuber/Schopper* (Hrsg), Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence I² Rz 5.

20 *Broganyi*, Grundbegriffe und Funktion der Legal Due Diligence, in *Althuber/Schopper* (Hrsg), Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence I² Rz 51 f.

21 *Rieder*, Verschwiegenheitspflicht der Organmitglieder vs Auskunftspflicht bei der Due Diligence, in *Althuber/Schopper* (Hrsg), Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence I² Rz 52 f.

können auch aus dem Gesetz abgeleitete Vertraulichkeitsverpflichtungen bestehen (siehe Kapitel II.A.2.).²²

Regelungen über den zeitlichen Ablauf der Transaktion halten potenzielle Vertragspartner in einem **Term Sheet** fest. Oft werden darin bereits Hauptpunkte des Beteiligungsvertrags bzw. bisherige Verhandlungsergebnisse schlagwortartig behandelt. Sind diese hingegen in einem eigenen Dokument dargelegt, wird dieses auch **Heads of Agreement** genannt. Auch Exklusivitätsvereinbarungen können sich in Term Sheets finden.

Zu Beginn der Transaktion werden das Interesse des Venture-Capital-Investors an der Beteiligung und die Bereitschaft der Zielgesellschaft zum Vertragsabschluss häufig in einer Absichtserklärung (**Letter of Intent** [LoI]) festgehalten. IdR handelt es sich hierbei um eine rechtlich unverbindliche bloße Absichtserklärung. Allerdings finden sich in der Praxis vielfache Erscheinungsformen, die von einzelnen allgemeinen Sätzen bis zu mehrseitigen Verträgen mit rechtsverbindlichem Charakter reichen.²³ Ist die Absichtserklärung zwei- oder mehrseitig ausgestaltet und nicht nur von einer, sondern von allen Parteien unterschrieben, wird sie auch **Memorandum of Understanding** (MoU) genannt.²⁴

Wird mit der vorvertraglichen Vereinbarung bereits eine rechtsgeschäftliche Bindungswirkung beabsichtigt, schließen die Parteien einen **Vorvertrag**. Sie vereinbaren damit, einen Vertrag (den Hauptvertrag) mit einem bestimmten Inhalt zu einem bestimmten Abschlusszeitpunkt abzuschließen, wobei im Vorvertrag bereits alle wesentlichen Punkte des Beteiligungs- und/oder Finanzierungsvertrages enthalten sind. Aus dem Vorvertrag kann auf Abschluss des Hauptvertrages geklagt werden, nicht jedoch auf die Leistung, die Gegenstand des Beteiligungs- und/oder Finanzierungsvertrages werden soll.²⁵ Der Vorvertrag muss in der für den betreffenden Beteiligungs- und/oder Finanzierungsvertrag notwendigen Form abgeschlossen werden.²⁶ Auf Vorverträge ist die *clausula rebus sic stantibus* anwendbar, dh, der Vorvertrag verliert seine Verbindlichkeit, wenn sich vertragsrelevante Umstände nachträglich wesentlich und unvorhersehbar ändern.²⁷ Nach § 936 S 2 ABGB muss der aus dem Vorvertrag resultierende Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrages, dh des Beteiligungs- und/oder Finanzierungsvertrages, binnen einer Einjahresfrist bei sonstiger Präklusion geltend gemacht wer-

22 *Knauder/Sima*, Vertragsvorbereitende Maßnahmen, in *Knauder/Marzi/Temmel* (Hrsg), Handbuch Wirtschaftsverträge 8; *Knauder/Sima*, Geheimhaltungsvereinbarung/Confidentiality Agreement, in *Knauder/Marzi/Temmel* (Hrsg), Handbuch Wirtschaftsverträge 8.

23 *Knauder/Sima*, Vertragsvorbereitende Maßnahmen, in *Knauder/Marzi/Temmel* (Hrsg), Handbuch Wirtschaftsverträge 9.

24 *Dorda/Wolf*, Culpa in contrahendo, List und Irrtum bei Unternehmenskauf und Due Diligence, in *Althuber/Schopper* (Hrsg), Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence I² Rz 63.

25 OGH 6 Ob 570/93 RdW 1994, 205.

26 *Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB⁴ § 936 Rz 1 ff.

27 Statt vieler OGH 8 Ob 504/92 SZ 65/17.

den.²⁸ Hauptanwendungsbereich des Vorvertrages sind Fälle, in denen der Hauptvertrag als Realvertrag ausgestaltet ist, dh, in denen der Vertrag erst durch Übergabe der Leistung zustande kommt. Demgegenüber kommt dem Vorvertrag bei Konsensualverträgen wie dem Beteiligungs- oder Kaufvertrag, die ohnehin bereits durch übereinstimmende Willenserklärung zustande kommen, eine geringere Bedeutung zu. Denn in diesen Fällen entsprechen die Anforderungen an den Abschluss des Vorvertrages – insbesondere die Einigung über die wesentlichen Vertragsinhalte (*essentialia negotii*) – im Wesentlichen den Voraussetzungen für das Zustandekommen des Hauptvertrages. Aus diesem Grund ist es auch herrschende Meinung, bei Konsensualverträgen im Zweifel nicht vom Vorliegen eines Vorvertrages auszugehen.²⁹ Dennoch dürfen Vorvertrag und Hauptvertrag nicht gleichgesetzt werden, da sie sich nicht nur in dem, was geschuldet wird, sondern auch in der Bindungswirkung wesentlich unterscheiden.³⁰

Wollen die Parteien aber schon vor dem eigentlichen Vertrag das Wichtigste, jedenfalls aber die *essentialia negotii* fixieren, unterfertigen sie eine **Punktation** iSd § 885 ABGB.³¹ Aus dieser kann im Gegensatz zum Vorvertrag direkt auf die Leistung aus dem Hauptvertrag, dh dem Beteiligungs- und/oder Finanzierungsvertrag, geklagt werden, da der Bindungswille nicht nur den künftigen Vertragsabschluss, sondern auch die festgehaltene Regelung umfasst.³² Da aus einer Punktation klagbare Ansprüche entstehen, ist eine für das entsprechende Geschäft bestehende gesetzliche Formpflicht auch bei der Punktation zu beachten.³³ Kommt in der Folge die beabsichtigte detailliertere Vereinbarung nicht zustande, bleibt es dennoch bei dem in der Punktation Vereinbarten. Eine Klage auf die vereinbarte Leistung ist daher möglich, bei von den Parteien noch nicht geregelten Fragen greift dispositives Recht.³⁴ Auch dies ist ein entscheidender Unterschied zum Vorvertrag. Ergibt sich hingegen aus der Urkunde selbst oder aus dem sonst geäußerten Parteiwillen, dass bloß ein zukünftiger Vertragsschluss vereinbart wurde, liegt ein Vorvertrag vor.

In die Kategorie der vorvertraglichen Vereinbarungen gehört außerdem die **Option**. Eine Option ist das Gestaltungsrecht, ein inhaltlich bereits festgelegtes Schuldverhältnis durch einseitige Erklärung in Geltung zu setzen.³⁵ Die Option muss die *essentialia negotii* des künftigen Vertrages enthalten. Nach Ausübung der Option kann sogleich die Leistung (nicht etwa erst der Abschluss des Vertrages) gefordert werden.³⁶ Da Optionsverträge im ABGB nicht geregelt sind, wer-

28 Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), ABGB⁴ § 936 Rz 5.

29 Lukas, Abbruch von Vertragsverhandlungen (2. Teil), JBl 2010, 27.

30 Lukas, Abbruch von Vertragsverhandlungen (2. Teil), JBl 2010, 29.

31 Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), ABGB⁴ § 885 Rz 1 ff.

32 Kals in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON (2010) § 885 Rz 3 f.

33 OGH 7 Ob 605/81 NZ 1983, 184.

34 Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), ABGB⁴ § 885 Rz 2.

35 OGH 1 Ob 318/99t SZ 73/86; 4 Ob 159/01p SZ 74/152; 8 Ob 148/09m JBl 2011, 37.

36 Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), ABGB⁴ § 861 Rz 10.

den manche Vorschriften über den Vorvertrag analog angewandt, etwa die *clausula rebus sic stantibus*.³⁷

1. Grundloser Abbruch von Vertragsverhandlungen

Kommt ein Beteiligungs- und/oder Finanzierungsvertrag nach langen Verhandlungen unerwartet doch nicht zustande, kann es auch ohne Vorvertrag zu einer Haftung desjenigen kommen, der den Abbruch der Verhandlungen zu verschulden hat. Diesbezüglich sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden: Zum einen kommt es vor, dass ein Vertragspartner **schuldhaft** Aufklärungspflichten verletzt und bspw. Abschlusshindernisse, die ihm bekannt sind, nicht rechtzeitig offenlegt. Diese Fälle fallen in den Anwendungsbereich der *culpa in contrahendo*, welche im Folgenden näher besprochen wird. Daneben gibt es aber auch Fälle, in denen eine Partei die Vertragsverhandlungen zwar ohne triftigen Grund vorzeitig beendet, allerdings **kein hinreichend schuldhaftes Handeln**, wie etwa eine Verletzung von vorvertraglichen Schutzpflichten, vorliegt. Obwohl auch in diesen Fällen die andere Partei bezüglich des Vertragsabschlusses zunächst in Sicherheit gewogen und dann enttäuscht wird, kann das Vorliegen einer Haftung hier nicht bejaht werden. Denn prinzipiell ist ein solcher Abbruch ohne triftigen Grund im Rahmen der Privatautonomie zulässig und nicht haftungsbe gründend.

Dennoch hat die **Rsp** mehrfach eine Haftung desjenigen, der Vertragsverhandlungen grundlos abbricht, bejaht. Liegen bestimmte Umstände vor, muss er daher für Dispositionen des anderen, die in Vertrauen auf den späteren Abschluss getätigt wurden, einstehen. Hinsichtlich der Anforderung für eine Haftung ist die Rsp jedoch bemerkenswert uneinig, so wurde etwa in einigen Judikaten vorausgesetzt, dass der wesentliche Vertragsinhalt feststeht, in anderen nicht.³⁸ Anerkannt dürfte sein, dass eine Haftung ausgeschlossen ist, wenn auch **Umstände aus der Sphäre des Geschädigten** zum Abbruch beitragen. Denn in diesem Fall werden die Verhandlungen nicht ohne jeglichen Grund beendet. Dadurch scheidet eine Haftung bei einer großen Anzahl von Fällen jedenfalls aus.

Bei den verbleibenden Fällen ist nicht zuletzt der **Stand der Vertragsverhandlungen** entscheidend. So erscheint es nur gerechtfertigt, dass hinsichtlich einer möglichen Haftung ein Unterschied zwischen einem unterschriftsreifen Vertrag und Verhandlungen, die sich im Anfangsstadium befinden, besteht.³⁹ Allerdings ist selbst nach vorangehenden langwierigen Verhandlungen niemand gezwungen, einen Vertrag abzuschließen, stellt doch die Vertragsfreiheit einen wesentlichen Aspekt der Privatautonomie dar.

37 OGH 1 Ob 585/94 SZ 67/137; 2 Ob 17/97g SZ 70/28.

38 Für eine Übersicht zur Rsp siehe *Lukas*, Abbruch von Vertragsverhandlungen (1. Teil), JBl 2009, 751 ff.

39 *Lukas*, Abbruch von Vertragsverhandlungen (1. Teil), JBl 2009, 766.

Damit ein Abbruch der Verhandlungen haftungsbegründend ist, müssen daher zwei weitere Elemente hinzutreten: Erstens ist zu klären, ob ein Vertragsabschluss überhaupt vorbehaltlos in Aussicht gestellt wurde. Ist dies der Fall, stellt sich die Frage, ob der Abbruch der Verhandlungen ohne triftigen Grund erfolgte und zu einem Vertrauensbruch führte.

Gleichzeitig muss jedoch in jedem Fall einzelfallbezogen beurteilt werden, warum ein Vertragspartner einerseits noch vor Abschluss des Vertrages bei Abbruch der Verhandlungen zur Leistung von Schadenersatz verurteilt werden kann, er gleichzeitig aber an selbigen Vertrag nicht gebunden bzw nicht zum Abschluss verpflichtet ist.

Der Höhe nach ist die Haftung auf den **Ersatz des Vertrauensschadens** begrenzt. Der Geschädigte kann daher nicht die Leistung aus dem Vertrag verlangen bzw kann er nicht verlangen, so gestellt zu werden, als wäre der Vertrag wie geplant zustande gekommen. Ersetzt wird vielmehr nur jener Schaden, der aus dem enttäuschten Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages entstanden ist.⁴⁰ Dies umfasst etwa die Kosten für Rechtsanwälte und andere Berater, die Finanzierungskosten oder Aufwendungen für sonstige Dispositionen in Hinblick auf den künftigen Vertrag (etwa bereits angemietete Lager).

Im Folgenden werden einerseits die angesprochene Haftung aus *culpa in contrahendo* sowie andererseits die Vertraulichkeitsvereinbarung und die Absichtserklärung näher ausgeführt, wobei die dabei getroffenen Überlegungen sinngemäß auf die anderen vorvertraglichen Vereinbarungen anzuwenden sind (so können Regeln zur Vertraulichkeit etwa auch im MoU angetroffen werden).

2. Culpa in contrahendo

Neben den vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten bestehen, wie bereits erwähnt, auch **vorvertragliche Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten**.⁴¹ Die **Aufklärungspflicht** verpflichtet etwa denjenigen, der Hindernisse, die dem Vertragsabschluss entgegenstehen, kennt oder kennen müsste, zur Aufklärung des Verhandlungs- und potentiellen Vertragspartners. Im Zusammenhang mit Beteiligungsverträgen könnte dies etwa relevant sein, wenn die übrigen Gesellschafter einer Übertragung des Geschäftsanteils nun doch nicht mehr zustimmen wollen oder wenn gravierende Probleme bei der Finanzierung des Geschäftsanteils auftreten. Unterbleibt die Verständigung, ist der Schaden, den der Schutzwürdige im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages erleidet, zu ersetzen.⁴² Unter die vorvertraglichen Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten fallen weiters die **Pflicht zur Geheimhaltung** vertraulicher Informationen oder die **ausreichende Beratung** bei komplexeren Geschäften.

40 Lukas, Abbruch von Vertragsverhandlungen (2. Teil), JBl 2010, 36.

41 Wiebe in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON § 859 Rz 22.

42 Lukas, Abbruch von Vertragsverhandlungen (2. Teil), JBl 2010, 30 f.