

Ummen / Johns

# IMMOBILIEN

## Jahrbuch 2011

Analysen, Trends, Perspektiven

2006 2007 2008 2009 2010 **2011** 2012

**immonet.de**  
schneller besser wohnen



CRES – Center for **Real Estate** Studies

Steinbeis University Berlin and Deutsche Immobilien-Akademie (DIA)

IVD Service GmbH

## Immobilienmärkte

# Verkäufer-Due-Diligence - eine bisher verkannte Chance



E-Mail: [steinke@bethgeundpartner.de](mailto:steinke@bethgeundpartner.de)

Rechtsanwalt Matthias Steinke, bethgeundpartner / immobilienanwälte, Hannover

Hannover. Ein Sprichwort sagt: „Wer Fische fangen will, muss vorher die Netze flicken.“ oder anders ausgedrückt: Nur gut vorbereitet wird ein Vorhaben zum Erfolg. Was in dieser Allgemeinheit wahrscheinlich von den meisten Leuten als zutreffend empfunden wird, wird in vielen Fällen beim Verkauf von Immobilien noch gar nicht oder nur ungenügend berücksichtigt.

### Ein paar Fälle aus der Praxis - und die Konsequenzen

Ein größeres Erbbaurechtsgebäude, welches sich über zwei Grundstücke erstreckt, steht zum Verkauf. Es gibt für jedes Einzelgrundstück allerdings separate und auch noch unterschiedlich befristete Erbbaurechtsverträge, so dass bereits von der Unzulässigkeit der gesamten Erbbaurechtsbestellung ausgegangen werden muss. Der Erbe eines Zinshauses will dieses verkaufen. Der Käufer findet heraus, dass eine Wohnung ohne Baugenehmigung in eine Gewerbeeinheit umgebaut wurde. Ein Gewerbeimmobilienentwickler will sein Immobilienportfolio verkaufen. Es stellt sich heraus, dass die vermeintlich langfristigen Mietverträge aufgrund formaler Mängel kündbar sind.

Wahlweise können solche oder ähnliche Probleme bereits vor dem Kaufvertragsabschluss aufgrund einer käuferseitigen Prüfung der Immobilie auftauchen oder aber auch erst nach der Beurkundung. Im ersteren Fall verzögern sich bestenfalls die Vertragsverhandlungen, bis eine Lösung für das Problem gefunden wird; schlimmstenfalls platzen jedoch die Vertragsverhandlungen. Im zweiten Fall wird der Käufer Mängelrechte geltend machen, also Nachbesserung, Minderung, Schadensersatz verlangen und/oder vom Kaufvertrag zurücktreten. In jeder dieser Konstellationen hat der Verkäufer jedenfalls ein Problem, welches bei einer Verkäufer-Due-Diligence hätte beseitigt werden können, so dass auch die unerwünschten Konsequenzen vermieden worden wären.

### Was ist eine (Verkäufer-) Due-Diligence?

Seit den 1970er Jahren wird der aus dem amerikanischen Kapital- und Anlegerschutzrecht stammende Begriff „Due Diligence“ (kurz „DD“) auch in

Deutschland zunächst bei Unternehmensübernahmen und -fusionen verwendet. Eine prägnante Definition, was diese wörtlich übersetzte „angemessene Sorgfalt“ bedeuten soll, ist dabei weder im Englischen noch im Deutschen wirklich möglich, vielmehr kann nur umschrieben werden, was sich hinter dem Begriff „DD“ verbirgt. Es handelt sich um ein Verfahren, mit welchem das Transaktionsobjekt analysiert und überprüft wird, um die mit dem Erwerb oder der Veräußerung verbundenen wesentlichen Chancen und Risiken zu erfassen. Dementsprechend sollen Risiken ermittelt, Beweise gesichert, Gewährleistungsregelungen vorbereitet und Preisgrundlagen gefunden werden.

Für die verschiedenen Aspekte von Transaktionen haben sich dabei folgende Arten von DDs herausgebildet, wobei in einzelnen Bereichen mitunter auch Überschneidungen vorkommen können:

- die „Legal Due Diligence“, also die rechtliche Prüfung;
- die „Tax Due Diligence“, d.h. die Prüfung von Risiken, die steuerliche Verpflichtungen auslösen können;
- die „Financial Due Diligence“, mit welcher die Vermögens-, Finanz und Ertragslage geprüft und eine Zukunftsprognose erstellt wird;
- die „Commercial Due Diligence“, d.h. die Analyse des wirtschaftlichen Umfeldes und des wirtschaftlichen Gehalts der Geschäftstätigkeit;
- die „Environmental Due Diligence“, also die Ermittlung umweltbezogener Risiken, wie Altlasten, Kontaminationen, Sanierungen;
- die „Technical Due Diligence“, d.h. die Bewertung der technischen Gegebenheiten.

Üblicherweise werden die Ergebnisse der jeweiligen Prüfungen in einem abschließenden Bericht für den Auftraggeber zusammengefasst.

Seit ca. 10 Jahren werden strukturierte Due Diligence Prüfungen mehr und mehr auch bei „normalen“ Grundstückstransaktionen vom Käufer durchgeführt bzw. veranlasst, wobei sich die Prüfprogramme hierbei meistens auf die steuerlichen, technischen, umweltbezogenen und rechtlichen Belange beschränken und - je nach Größe und Umfang des Kaufgegenstandes bzw. Portfolios - von einzelnen oder einem ganzen Team von Sachverständigen, Rechtsanwälten und Steuerberatern abgearbeitet werden. Von einem Grundstückseigentümer werden Due Diligence Prüfungen mitunter zur Vorbereitung einer (weiteren) Beleihung eines Grundstücks durchgeführt, weil die Banken dies verlangen; zur Vorbereitung eines Verkaufes jedoch noch immer eher selten. Zum einen mit der Begründung, dass eine solche Prüfung viel Geld kostet und im Grunde der Käufer das Gleiche ja noch einmal prüft (und bezahlt), und zum anderen, weil man den Mehrwert des bei einem solchen Prozess betriebenen Aufwandes nicht erkennen könne.

### **Worin liegt der Mehrwert einer Verkäufer-Due-Diligence?**

Dabei liegt der Mehrwert eines solchen strukturierten Verfahrens eigentlich auf der Hand. Kein Autoverkäufer würde auf den Gedanken kommen, sein Fahrzeug mit defektem Motor und ohne Fahrzeugbrief, bei abgelaufenem TÜV oder ungewaschen anzubieten. Auch jeder Flohmarktbesucher weiß, dass man eher bei einem gut sortierten und ansprechend präsentierten Stand verweilt und etwas kauft, als bei einem chaotischen Tohuwabohu.

In der Tat wird nun heutzutage bei fast jeder Transaktion eine Käufer-DD durchgeführt. Genau dies ist aber auch das stärkste Argument dafür, dass auch der

Verkäufer vorab genau eine solche durchführen sollte, denn der Verkäufer muss sich im Vorfeld auf die Käufer-DD einstellen. D.h. er sollte sein Objekt für die Prüfer des Käufers gut vorbereitet und die notwendigen objektbezogenen Daten, Fakten und Unterlagen in übersichtlicher Form gesammelt haben.

Der Verkäufer kann sodann auf gesicherter Grundlage entscheiden, ob die Immobilie überhaupt (zurzeit) in Hinblick auf seine Preisvorstellungen angeboten werden kann und soll. Der eine oder andere Eigentümer findet mitunter auf Basis seiner eigenen Due Diligence erst die richtige Strategie für sein Immobilieninvestment. So kann sich ergeben, dass anstelle des Verkaufs eine eigene „Projektentwicklung“ (z.B. Umbau, Sanierung, Neuvermietung) einen höheren Ertrag verspricht. Auch in steuerlicher Hinsicht kann sich ergeben, dass ein Verkauf (noch) nicht wirtschaftlich ist.

Bei dem ersten der oben genannten Fälle wird man in der Praxis zu dem Ergebnis kommen, dass ein Verkaufsversuch nur des einen Erbbaurechts derzeit keine Aussicht auf Erfolg hat. Man wird vielmehr entweder zunächst auch das Nachbargrundstück erwerben und die Erbbaurechte auflösen oder aber zusammen mit dem Nachbarn ein rechtlich sicheres Gesamterbbaurecht bilden müssen. Bleibt es sodann bei der grds. Verkaufsentscheidung, können erkannte Probleme und Mängel der Immobilie soweit möglich im Vorfeld kurzfristig abgestellt werden. Einen wirklichen „Deal Breaker“ wird es somit nicht mehr geben. Noch vorhandene technische Mängel können behoben werden.

Im zweiten der oben genannten Fälle kann z.B. eine Nachgenehmigung der Umnutzung bzw. des Umbaus erwirkt werden. Im dritten genannten Fall können die bei den Mietverträgen festgestellten Probleme durch Nachträge zu den Mietverträgen beseitigt werden.

Da gewerbliche Mieter zunehmend empfindlich auf Mietvertragsnachträge reagieren, die offensichtlich nur der Heilung von Schriftformmängeln dienen, kann es mitunter ein Vorteil sein, wenn der Verkäufer diese Punkte ohne Zeitdruck im Rahmen eines ohnehin notwendigen Nachtrages im Vorfeld eines beabsichtigten Immobilienverkaufs klärt. Wenn erst einmal im Rahmen der Käufer-Due-Diligence ebenfalls die Notwendigkeit eines Schriftformheilungsnachtrages aufgeworfen und die Vorlage eines solchen als Kaufpreisfälligkeitvoraussetzung im Kaufvertrag vereinbart wurde, hat sich der Verkäufer in eine leicht erpressbare Situation für den Mieter begeben, aus der er sich bisweilen nur noch durch Zahlung erheblicher Lästigkeitsprämien an den Mieter oder Abschlüsse vom Kaufpreis befreien kann.

Stehen mehrere Objekte zum Verkauf an und gibt es möglicherweise auch nicht behebbare Probleme, ermöglicht die Verkäufer-DD auch eine sachgerechte Portfolio-Bildung, z.B. durch Kombination eines offensichtlichen „Ladenhüters“ mit am Markt begehrten Premium-Objekten.

Insbesondere bei Durchführung eines Bieterverfahrens, aber auch bei einem „normalen“ Verkauf am Markt, ist der im Rahmen der Verkäufer-DD gesammelte Datenbestand und auch der DD-Bericht selbst, eine hervorragende Vorbereitung für die Käufer-Due-Diligence. Diese kann sich erheblich verkürzen, da die relevanten Unterlagen bereits beschafft und in geordneter Form in einem (virtuellen) Datenraum zur Verfügung gestellt wurden. Dadurch können sich erhebliche Zeitvorteile ergeben. Sowohl im Vorfeld, als auch während des Ankaufprozesses selbst, ist eine ordentliche Verkäufer-DD eine eindrucksvolle Visitenkarte für die

Professionalität des Verkäufers. Im Übrigen ist durch die Verkäufer-DD gewährleistet, dass alle potentiellen Kaufinteressenten die gleichen Informationen bekommen, nachdem sie ihr Kaufinteresse dokumentiert haben.

Haben sich sodann ein oder mehrere Kaufinteressenten gefunden, verbessert eine Verkäufer-DD die Position des Verkäufers in den Verkaufsverhandlungen selbst, weil ihm eine bessere Einschätzung der wertbildenden Faktoren des Objekts ermöglicht wird. Die Kaufpreisforderung basiert auf einer belastbaren Wertermittlung, die mit Fakten unterlegt ist.

Insbesondere bei den meistens im Fokus der Vertragsverhandlungen stehenden Gewährleistungsregelungen ist der Verkäufer durch den DD-Bericht in der Lage einzuschätzen, welche Verpflichtungen er eingehen kann und welche nicht. Ohne diese gesicherte Grundlage stehen Verkäufer oft vor der Wahl, entweder einen niedrigeren Kaufpreis akzeptieren oder eine Garantie ohne wirkliche diesbezügliche Sicherheit abgeben zu müssen. Beide Optionen sind wirtschaftlich unattraktiv, insbesondere wenn der Käufer dem unvorbereiteten Verkäufer beides abverlangt. Nach einer Verkäufer-DD sind eine Vielzahl an potentiellen Haftungsrisiken bestenfalls positiv abgearbeitet und beseitigt worden und ansonsten zumindest für den Verkäufer besser einschätzbar. Durch die strukturierte Offenlegung der relevanten Informationen und Unterlagen im (virtuellen) Datenraum kann sich der Verkäufer daneben grundsätzlich die Haftungsreduzierung nach § 442 BGB zu Nutze machen. Denn danach sind Mängelrechte des Käufers ausgeschlossen, wenn dieser den Mangel bei Vertragsabschluss kannte.

### **Schlussbemerkung**

Fälle aus der Praxis lassen sich noch in vielfältiger Weise aufführen: Da wäre der Verkäufer, der sein Fachmarktzentrum an bzw. um eine öffentliche Gasstation gebaut und leider übersehen hat, dass sein Gebäude teilweise auf öffentlichem Grund ohne grundbuchliche Sicherung errichtet wurde. Weder waren die eigentumsrechtlichen Fragen am Gebäude noch die mietrechtlichen Fragen zum automatischen Übergang beim Verkauf geklärt. Ein eigentlich kurzfristig beabsichtigter Verkauf scheiterte.

Da wäre der Verkäufer, der übersehen hatte, dass seine Gebäudeversicherung spezielle Brandschutzaufgaben gemacht hatte, die er noch nicht umgesetzt hatte. Durch die notwendigen Nachrüstungen des Gebäudes und die Abnahme der Versicherung verzögerte sich der Verkauf um über 6 Monate. Der Verkäufer musste seine eigene Finanzierung teuer verlängern. Oder ein positives Beispiel: Für ein Zinshaus mit Leerständen konnte in Zusammenarbeit mit weiteren Fachleuten ein Umnutzungskonzept erarbeitet werden, mit welchem ein 40% höherer Kaufpreis erzielt werden konnte, ohne dass durch die notwendigen Konzepterarbeitungen dieser Mehrerlös sogleich wieder aufgezehrt wurde.

Schlussendlich liegen für den Verkäufer in der Durchführung einer ordentlichen Verkäufer-Due-Diligence erhebliche Potenziale und Chancen. Das Unterlassen einer solchen Prüfung spart zwar vordergründig zunächst Geld, kann aber sowohl beim Kaufvertragsabschluss, als auch später in der Garantiefase viel mehr Geld kosten, als was man vorher erspart hat.