

Digitalisierung und andere aktuelle Entwicklungen in der Immobilien- Due-Diligence

Vortrag von Benedict F. Christ, Partner – Immo Talk 2017

Wer sich bei Immobilientransaktionen vor unliebsamen Überraschungen nach dem Kauf schützen möchte, macht vor dem Kauf eine sorgfältige Prüfung (Due Diligence) der zu kaufenden Immobilien bzw. Immobiliengesellschaft. Digitalisierung, neue Gesetzgebung und Entwicklungen im Markt führen zu neuen Risiken. Dadurch wird die Immobilien-Due-Diligence anspruchsvoller und aufwendiger.

Bedeutung der Due-Diligence

Ein Entscheid des Bundesgerichts vom 10. Februar 2017 (4A_461/2016) zeigt einmal mehr, wie wichtig die Due Diligence für einen Immobilien-käufer ist. Eine Aktiengesellschaft – also nicht eine unbedachte Privat-person - kaufte im August 2013 von einer GmbH ein Grundstück. Ein knappes Jahr später verlangte die Käuferin die Rückabwicklung des vollzogenen Vertrags, weil sie einem Grundlagenirrtum unterlegen sei. Die Käuferin hatte erst nach dem Kauf gemerkt, dass ein Nachbar das Recht hatte, das Grundstück ausschliesslich als Gartenfläche zu benutzen und zu bepflanzen. Angesichts dieses faktischen Bauverbotes, musste die Käuferin ihre Baupläne begraben. Im Grundstückkaufvertrag war das "Pflanz- und Benützungsrecht" unter dem Titel "Dienstbarkeiten" als "Last" aufgeführt gewesen. Die Käuferin hatte aber den Wortlaut der einzelnen Belastungen nie geprüft. Insbesondere hatte sie bei der Beurkundung ausdrücklich darauf verzichtet, sich diese vom Notar vorlesen zu lassen.

Zwar mag effektiv ein Irrtum vorgelegen haben. Trotzdem erlaubte das Bundesgericht der Käuferin nicht, den Vertrag rückabzuwickeln. Es würde Treu und Glauben widersprechen, wenn die Käuferin ausdrücklich auf die Kenntnisnahme der Last verzichtet und sich nachher auf einen dadurch bewirkten Irrtum berufen könnte.

Eine Due Diligence ist also unerlässlich. Hätte diese Käuferin minimale Abklärungen getroffen, wäre ihr dieser teure Fehler nicht unterlaufen. Das Schweizer Recht ist grundsätzlich sehr verkäuferfreundlich. Von Gesetzes wegen gibt es kaum Gewährleistungen. Insbesondere gibt es keine Haftung für Mängel, die der Käufer bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen müssen. Ein Käufer muss darum den Kaufgegenstand mittels einer Due Diligence vor Vertragsabschluss prüfen.

Zwar kann ein Käufer versuchen, sich durch Zusicherungen und Schadloshaltungen im Kaufvertrag zu schützen. Oft ist aber der Verkäufer von Immobilien – insbesondere in einem Verkäufermarkt – nicht bereit, Zusicherungen und Schadloshaltungen überhaupt oder im nötigen Umfang abzugeben. Selbst wenn Zusicherungen und Schadloshaltungen erhältlich sind, ist es besser vor der Kaufpreisbestimmung und dem Kaufentscheid ein Problem zu kennen, anstatt später auf unsicherem Weg Schadenersatz erstreiten zu müssen.

Eine Due Diligence für Immobilien umfasst folgende Bereiche: Grundbuch, Mietverhältnisse, Versicherungen, weitere Verträge, öffentlich-rechtliche Vorschriften (einschliesslich Altlasten) und Steuern (einschliesslich öffentliche Abgaben). Die Checkliste zu den einzelnen Bereichen wird immer länger. Technologische Entwicklungen, neue Regulierungen ebenso wie Entwicklungen im Markt machen neue Prüfungen erforderlich.

Digitalisierung – Cyberrisiken

Cyberrisiken nehmen aufgrund der zunehmenden Digitalisierung immer mehr zu. Traditionell würde man handfeste brick and mortar Immobilien gerade nicht mit Digitalisierung in Verbindung bringen. Zunehmend werden aber selbst Immobilien zu cyberphysischen Systemen. Die Systeme in Immobilien wie Heizung, Lüftung, Kühlung, Elektro, Sanitär, Zugang, Brandschutz, etc. werden von integrierten Building Management Systemen gesteuert. Nicht nur der Facility Manager und der Eigentümer, sondern auch die Service-Unternehmen für diese Systeme sowie die Mieter sind direkt mit dem Building Management System verbunden. In Büros und Wohnungen dehnt sich das Internet of Things aus; Produktionsbetriebe sind Roboter-gesteuert; die entsprechenden Geräte kommunizieren ebenfalls mit dem Building Management System. Allenfalls ist das Ganze Teil eines Smart Grid. Die Beziehung zwischen Vermieter und Mieter wird von der Bewerbung bis zur Beendigung on-line abgewickelt. All diese Cy-

beremente einer Immobilie und ihrer Bewirtschaftung haben Schnittstellen und sind miteinander vernetzt. Nicht nur die Mieterdossiers des Eigentümers enthalten Personendaten. Vielmehr generiert jedes dieser Teilsysteme eine unüberschaubare Menge von Daten, die ebenfalls Personendaten sein können.



Mit der Digitalisierung werden Immobilien zu cyberphysischen Systemen. Dadurch entstehen neue Haftungs- und Datenschutzrisiken.

Eine solche Cyberimmobilie bietet viele Chancen, aber schafft auch Risiken. Folgendes Schadenspotential besteht:

- Technisches Versagen: Ein System kann ausfallen. Da die Systeme miteinander vernetzt sind, wird der Ausfall eines Systems oft weitere Systeme beeinträchtigen. Schnell kann die Funktion der Immobilie stark eingeschränkt sein.
- Kriminelle Angriffe: Es steigt das Risiko von kriminellen Cyberangriffen durch Hacking und Sabotage, weil es aufgrund der Vernetzung einfacher wird, in die Systeme einzudringen.
- Datenschutzprobleme: Daten können verlorengehen, gestohlen werden oder nicht gesetzeskonform bearbeitet werden.

Da meist mehr als zwei Parteien involviert sein werden, kommt es zu Haftungskaskaden mit mehrfachen Regressansprüchen, welche die Abwicklung von Schadensfällen komplizieren. Da die Systeme zusammenwirken, wird überdies

oft nicht klar sein, wer einen Schaden verursacht hat und damit für den Schaden haftet.

Darum wird es in einer Immobilien-Due-Diligence immer wichtiger werden, auch zu prüfen, ob adäquat Vorkehrungen gegen Cyberrisiken getroffen wurden bzw. ob aufgrund latenter Risiken Kaufpreisanpassungen oder Schadloshaltungen erforderlich sind. Folgendes ist zu prüfen:

- Datenmanagement: Bestehen sauber dokumentierte Prozesse? Werden die Daten gemäss den Vorgaben der Datenschutzgesetzgebung erfasst, bearbeitet und wieder gelöscht? Hat es in der Vergangenheit Datenschutz-Verletzungen gegeben?
- Verträge (insbesondere mit Mietern und Lieferanten, namentlich Service-Unternehmen): Wer haftet wofür? Welche Haftungsbeschränkungen bestehen? Welche Rückgriffsrechte bestehen? Wie ist die Datenbearbeitung geregelt?
- IT-Prozesse: Sind die Prozesse dokumentiert? Welche Recovery und Back-up Prozesse bestehen?
- Versicherungen: Welche Versicherungen bestehen gegen Cyberrisiken?

Regulatorische Neuerungen – Zweitwohnungsgesetzgebung

Regulatorische Änderungen erweitern den Umfang der Due Diligence regelmässig. Ein Beispiel dafür ist die Zweitwohnungsgesetzgebung (Bundesgesetz über Zweitwohnungen vom 20. März 2015 und Zweitwohnungsverordnung).

Grundsätzlich betrifft die Zweitwohnungsgesetzgebung Grundstücke in Zweitwohnungsgemeinden und dort Grundstücke, die nach dem 12. März 2012 baubewilligt wurden. Die Nutzungsbeschränkung ist im Grundbuch anzumerken. Die Nutzung von Grundstücken ausserhalb von Zweitwohnungsgemeinden bzw. vor diesem Zeitpunkt baubewilligte Bauten schränkt das Bundesrecht nicht ein, die Kantone können aber weitergehende Einschränkungen vorsehen. Zweitwohnungsgemeinden sind Gemeinden mit mehr als 20% Zweitwohnungsanteil. Das Bundesamt für Raumentwicklung führt eine entsprechende Liste, die jährlich aktualisiert und publiziert werden sollte.



Regulatorische Neuerungen wie die Zweitwohnungsgesetzgebung können den Wert einer Immobilie nachhaltig beeinflussen.

Bei Immobilien-Transaktionen mit Zweitwohnungsbeschränkungen, bestehen folgende Risiken:

- Es dürfen auf dem Grundstück keine neuen Zweitwohnungen gebaut werden; Wohnungen in Neubauten können nicht als Ferienwohnungen verkauft oder vermietet werden.
- Wenn ein Mieter widerrechtlich eine Wohnung als Zweitwohnung nutzt, kann diese Nutzung untersagt und die Wohnung versiegelt werden.
- Darum sind bei einer Immobilien-Due-Diligence auch die Zweitwohnungsrisiken zu prüfen:
- Ist aufgrund dieser Prüfung eine Zweitwohnungs-Nutzung nicht zulässig, ist diese Nutzungsbeschränkung (für Bau, Weiterverkauf oder Vermietung) bei der Bewertung einzurechnen.
- Weiter ist bei Immobilien mit Zweitwohnungsbeschränkungen zu untersuchen, ob allfällige Mieter die Wohnungen tatsächlich gesetzeskonform nutzen und ob die Mietverträge ein Gebot der Nutzung als Erstwohnung bzw. ein Verbot enthalten, die Wohnung als Zweitwohnung zu nutzen.

Entwicklungen im Markt – Sharing Economy

Auch Änderungen im Markt dehnen die Immobilie-Due-Diligence aus. Ein Beispiel dafür aus der Sharing Economy ist die (meist kurzfristige) Untervermietung von Wohnungen durch Mieter über on-line Plattformen wie z.B. Airbnb.

Wenn Mieter in einer Immobilie ihre Wohnungen auf diese Weise untervermieten, hat ein Käufer dieser Immobilie folgende Risiken:

- Die Wohnungen werden unter Umständen wesentlich intensiver genutzt als vorgesehen bzw. üblich. Dadurch kann der Erneuerungsbedarf erheblich steigen.
- Weiter kann die erhöhte Nutzung zu höheren Emissionen führen, die wiederum Schadensersatzansprüche (auch gegen den Vermieter bzw. Eigentümer) nach sich ziehen könnten.
- Insbesondere, wenn Untermiete gewerblich erfolgt, kann die Nutzung kantonalen oder kommunalen Vorschriften widersprechen.

Für einen Käufer ist es also wichtig zu wissen, ob die Mieter in einer Immobilie ihre Wohnungen untervermieten, damit dies bei der Bewertung berücksichtigt werden kann.



Die Sharing Economy verändert die Nutzung von Immobilien und erhöht die Risiken für einen Investor.

Im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter gilt auch die kurzfristige, teilweise oder gesamthafte Überlassung einer Mietsache an Dritte als Untermiete. Das Gesetz lässt eine Untermiete grundsätzlich zu (Art. 262 OR), wenn der Vermieter zugestimmt hat. Der Vermieter darf die Zustimmung aber nur verweigern, wenn (1) der Mieter die Bedingungen der Untermiete nicht offenlegt, (2) die Untermiete missbräuchlich ist, oder (3) für den Vermieter wesentliche Nachteile nach sich zieht. Der Vermieter kann also die Untermiete nicht einfach verbie-

ten. Er darf aber Einfluss auf die Bedingungen nehmen und kann allenfalls eine Beteiligung am Profit verlangen.

In der Due Diligence ist darum folgendes zu prüfen:

- Zunächst ist zu ermitteln, ob es in der Immobilie Untermietvermieter gibt. Da ja eine Zustimmung erforderlich ist, sollte die Verkäuferin dazu eigentlich dokumentiert sein. Trotzdem sollte gleichzeitig auch online nachgeprüft werden. Falls Untermietverhältnisse vorliegen, fragt sich, ob der Vermieter dafür angemessen entschädigt wird und ob die kantonalen Vorschriften eingehalten sind.
- Weiter sollten die Mietverträge mit den Mietern geprüft werden. Wie ist die Nutzungsklausel formuliert? Sind die Bedingungen für eine Untermiete allenfalls geregelt?

Ausblick

Digitalisierung, neue Gesetzgebung ebenso wie Entwicklungen im Markt zwingen einen Immobilienkäufer die Immobilien-Due-Diligence immer weiter auszuweiten, wenn ein böses Erwachen nach dem Kauf vermieden werden soll.

Im Übrigen sind die geschilderten Risiken natürlich nicht nur in der Due Diligence beim Immobilienkauf relevant. Vielmehr sind diese Risiken auch bei der laufenden Bewirtschaftung von Immobilien zu berücksichtigen. Nur wenn ein Eigentümer bei der Vertragsgestaltung mit Mietern und Zulieferern (insbesondere auch Service-Unternehmen) und bei der Bewirtschaftung gegen diese Risiken frühzeitig Vorkehrungen trifft, bleibt eine Immobilie werthaltig.

Dr. Benedict F. Christ, LL.M. ist Co-Leiter des Praxisteam's Gesellschaftsrecht/M&A. Er ist seit 2002 als Anwalt bei VISCHER in den Bereichen Mergers & Acquisitions, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie Banken- und Finanzrecht aktiv. Benedict F. Christ hat breite Transaktionserfahrung, insbesondere in den Bereichen Immobilien, Private-Equity, Finanzierungen und Kapitalmarkt.

bfchrist@vischer.com +41 58 211 3462

www.vischer.com