

Immobilientransaktionen durch Anteilskauf und deren zivilrechtlichen Besonderheiten in Österreich

Masterthese zur Erlangung des akademischen Grades
“Master of Science”

eingereicht bei
Univ.-Ass. Mag.iur. Dr.iur. Karin HILTGARTNER, E.MA.

Mag. Ulrike Brunner-Gallner, MBA

09221072

Eidesstattliche Erklärung

Ich, **MAG. ULRIKE BRUNNER-GALLNER, MBA**, versichere hiermit

1. dass ich die vorliegende Masterthese, "IMMOBILIENTRANSAKTIONEN DURCH ANTEILSKAUF UND DEREN ZIVILRECHTLICHEN BESONDERHEITEN IN ÖSTERREICH", 97 Seiten, gebunden, selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfen bedient habe, und
2. dass ich das Thema dieser Arbeit oder Teile davon bisher weder im In- noch Ausland zur Begutachtung in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt habe.

Wien, 29.06.2021

Unterschrift

Gender Erklärung

Alle in dieser Arbeit verwendeten Ausdrücke sind in männlicher und weiblicher Form zu verstehen. Aus Gründen der Lesbarkeit wurde auf eine differenzierte Schreibweise verzichtet.

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemein Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
Anm	Anmerkung
AG	Aktiengesellschaft
Art	Artikel
BAO	Bundesabgabenordnung
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
E	Entscheidung
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EStG	Einkommensteuergesetz
ebda	ebenda
et al	und andere
etc	et cetera
f	folgende
ff	fort folgende
FS	Festschrift
gem	gemäß
GesRZ	Der Gesellschafter (Zeitschrift)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GrEStG	Grunderwerbssteuergesetz
hA	herrschender Auffassung
hL	herrschender Lehre
Hrsg	Herausgeber
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinn
immolex	Fachzeitschrift für Wohn- und Immobilienrecht
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iwS	im weiteren Sinn
JBl	Juristische Blätter
Jud	Judikatur

Kap	Kapitel
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
KStG	Körperschaftssteuergesetz
Lit	Literatur
mwN	mit weiteren Nachweisen
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖStZ	Österreichische Steuerzeitung
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RS	Rechtssatznummer
Rsp	Rechtsprechung
Rn	Randnummer, Randziffer
RWZ	Österreichische Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
SZ	Entscheidungen des österreichischen OGH in Zivilsachen
UGB	Unternehmensgesetzbuch
uU	unter Umständen
USt	Umsatzsteuer
UStG	Umsatzsteuergesetz
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl	vergleiche
Z	Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZBI	Zentralblatt für die juristische Praxis
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Int. Privatrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

Kurzfassung

Liegenschaftstransaktionen können auf eine vielfältige Art und Weise strukturiert werden, sei es durch Übertragung von Anteilen an einem Rechtsträger der als Eigentümer die Liegenschaft hält (Share Deal) oder durch unmittelbaren Erwerb des zivilrechtlichen Eigentums an einer Liegenschaft (Asset Deal). Im Rahmen von Immobilientransaktionen kommen neben den individuellen Anforderungen an die Errichtung des Kauf- und Abtretungsvertrages auch den Regelungen über die Garantie- und Gewährleistungszusagen große Bedeutung zu. Die gegenständliche Master-These fokussiert sich in ihren Ausführungen ausschließlich auf den Immobilienerwerb durch Anteilskauf, dem in der Praxis hohe Relevanz zukommt. Obwohl die Anwendbarkeit der gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen in der Praxis bei Anteilskäufen maßgebend ist, wird bei näherer Betrachtung sichtbar, dass in diesem Zusammenhang eine klare, umfassende und vertraglich autonome Regelung des Gewährleistungssystems – auch aus Gründen der Rechtssicherheit – geeigneter erscheint und die spezifischen Anforderungen des jeweiligen Einzelfalls im Rahmen von Immobilien-Anteilskäufen gesondert zu betrachten sind. Zudem kommen – neben der Vertragserrichtung auch den detaillierten Regelungen zu den Haftungszusagen sowie den Rechtsfolgen bei Verletzung einer Zusicherung großes Augenmerk zu. Gleichermäßen gilt dies auch bei Haftungseinschränkungen oder bei Vorliegen von offenkundigen Mängeln, die ebenso einer möglichst präzisen Regelung bedürfen. Aus dieser Abhängigkeit besteht eine wesentliche Verknüpfung in der praktischen Umsetzung einer Due Diligence Prüfung nach wirtschaftlichen, rechtlichen, steuerlichen, finanziellen und technischen Gesichtspunkten um auf Basis dieser eingehende Analyse die Strukturierung von Liegenschaftstransaktionen und deren spezifischen Anforderungen an das Gewährleistungsregime vornehmen zu können. Die Master-These zeigt in sichtbarer Art und Weise, dass der Ausfluss aus den Ergebnissen einer umfassenden Due Diligence gleichermaßen eine Schlüsselstellung im Hinblick des spezifischen Risikobefundes einnimmt. Es besteht zum einen die Möglichkeit einer klaren Ankaufsentscheidung und Kaufpreisbemessung sowie eines umfassend verhandelten Zusicherungskataloges im Zuge der Vertragserrichtung, zum anderen kann auf Basis der Due Diligence Ergebnisse ein Wechsel von Share Deal zu einem Asset Deal oder eine Umstrukturierung der Transaktion vollzogen werden.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung.....	1
1.1.	Zielsetzung und Forschungsfrage.....	2
1.2.	Methodische Vorgehensweise	3
1.3.	Aufbau der Arbeit	3
2.	Share Deal	5
2.1.	Definition	5
2.2.	Kaufgegenstand	6
2.3.	Überblick steuerliche Behandlung.....	7
2.4.	Vor- und Nachteile Share Deal	11
3.	Due Diligence	13
3.1.	Allgemein.....	13
3.2.	Definition und Überblick Due Diligence.....	13
3.2.1.	Verkäufer Due Diligence	15
3.2.2.	Käufer Due Diligence	16
3.2.3.	Ablauf Due Diligence.....	17
3.3.	Arten der Due Diligence	18
3.3.1.	Rechtliche Due Diligence	19
3.3.2.	Wirtschaftliche Due Diligence	23
3.3.3.	Commercial Due Diligence.....	24
3.3.4.	Steuerliche Due Diligence.....	25
3.3.5.	Technische Due Diligence	26
3.4.	Rechtliche Auswirkungen einer Due Diligence Prüfung	27
4.	Gewährleistung	31
4.1.	Zivilrechtliche Rahmenbedingungen	31
4.2.	Ausprägungen von Gewährleistung	35
4.2.1.	Sach- und Rechtsmängel.....	35
4.2.2.	Gewährleistungsbehelfe.....	36
4.2.3.	Gewährleistungsfristen.....	39
4.2.4.	Abgrenzung Garantie und Gewährleistung.....	40
4.3.	Gewährleistungszusagen in der Praxis.....	43

4.3.1.	Objektive / subjektive Gewährleistungszusagen.....	46
4.3.2.	Liegenschaftsbezogene Gewährleistungszusagen.....	48
4.3.3.	Gesellschaftsbezogene Gewährleistungszusagen	50
4.3.4.	Stichtag Gewährleistungszusagen.....	53
4.4.	Vertragliche Haftungseinschränkungen	54
4.4.1.	Haftungsuntergrenzen.....	55
4.4.2.	Haftungsobergrenzen.....	56
4.4.3.	Ausschluss der Haftung / offenkundiger Mängel	58
4.4.4.	Ausschluss einer Doppelerfassung.....	60
4.4.5.	Anrechnung von Vorteilen.....	60
4.4.6.	Abwehr von Ansprüchen Dritter	61
5.	Haftung.....	63
5.1.	Haftung gegenüber Gesellschaften und Organen	64
5.2.	Möglichkeiten der Haftungseinschränkung	65
5.3.	Das Zug-um-Zug Prinzip als Instrument der Risikominimierung	66
6.	Conclusio.....	68
	Literaturverzeichnis	71
	Abbildungs-, Tabellenverzeichnis	80
	Glossar	81
	Anhang.....	85

1. Einleitung

Liegenschaftstransaktionen können auf eine vielfältige Art und Weise strukturiert werden, sei es durch bloßen Kauf von Geschäftsanteilen (Share deal)¹ oder durch „unmittelbaren Erwerb des zivilrechtlichen Eigentums an einer Liegenschaft (Asset deal)“.²

Im Rahmen von Immobilientransaktionen sind neben den individuellen Anforderungen an die Vertragsrichtung auch die vertraglichen Regelungen über die Garantie- und Gewährleistungszusagen zu berücksichtigen. Eine weitere wesentliche Verknüpfung im Zuge des Liegenschaftserwerbs besteht in der praktischen Umsetzung einer Due Diligence Prüfung nach wirtschaftlichen, rechtlichen, steuerlichen, strategischen, finanziellen und technischen Gesichtspunkten. Diese eingehende Analyse hat sich bereits langjährig bei der praktischen Durchführung von Liegenschaftstransaktionen im Wege von Share Deals als unverzichtbares Instrumentarium erfolgreich etabliert und wird mittlerweile angesichts der vielschichtigen Immobilientransaktionen zur sorgfältigen Detailprüfung und in der Folge zur Kaufvorbereitung in zunehmendem Maß eingesetzt. Weiters kann durch diese eingehende Durchleuchtung des Kaufobjektes deren Risikoparameter sowie Bewertung des Angebotspreises eingeschätzt werden.

Aufgrund der Vielzahl an zivil-, unternehmens- und öffentlich-rechtlicher Bestimmungen und der damit verbundenen Rechtsfolgen ist es für den Anteilserwerb unerlässlich, im Rahmen der Vertragsgestaltung Haftungs- und Gewährleistungsrisiken strukturiert und zielgerichtet zu regeln.

Dabei fokussiert sich gegenständliche Master-Thesis in ihren Ausführungen ausschließlich auf den Immobilienerwerb durch Anteilskauf, dem in der Praxis eine hohe Relevanz zukommt.

¹ Anm: in dieser Master-These werden die Begriffe Share Deal und Anteilskauf synonym verwendet, vgl Glossar, 79 sowie Kapitel 3.2.

² Vgl Bittner et al (2008): 15,16

1.1. Zielsetzung und Forschungsfrage

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit dem Thema der zivilrechtlichen Besonderheiten von Immobilientransaktionen durch Anteilskauf³ an einer österreichischen Kapitalgesellschaft und versucht in diesem Kontext einen guten, gesamthaften Überblick über die komplexe zivilrechtliche Thematik des Haftungsregimes zu geben.

Im Rahmen dieser Master-These kann und soll nur ein Überblick zum Anteilserwerb und deren zivilrechtlichen Thematik an Kapitalgesellschaften geboten werden. Im Detail besteht umfangreiche Spezialliteratur zu diesen Themen.

Dabei stellt die Arbeit in ihrem Verlauf in erster Linie auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ab, die in der Praxis mit Abstand häufigste gegründete Rechtsform unter den Kapitalgesellschaften ist.⁴

Einer Immobilientransaktion im Wege von Share Deals (Liegenschaftserwerb durch Erwerb des Eigentums an den Anteilen eines Rechtsträgers, der eine Immobilie hält) gehen in der Regel intensive Vertragsverhandlungen – insbesondere den Regelungen der Gewährleistung und Haftung – voraus. Vor diesem Hintergrund kommt in der Praxis diesem Vertragspunkt, je nach Einzelfall, umfangreiches Augenmerk zu. In diesem Kontext bildet die Durchführung einer detaillierten Due Diligence ein zentrales Thema, deren Ergebnisse als Basis für die Strukturierung bzw Vertragserrichtung im Zuge von Liegenschaftstransaktionen herangezogen werden.

Daher sollen in erster Linie einerseits die zentralen Bestandteile einer (wirtschaftlichen, rechtlichen, steuerlichen und technischen) Due Diligence und andererseits die Besonderheiten der vertraglichen Garantie- und Gewährleistungsvereinbarungen sowie die Haftungsthematik im Rahmen von Anteilskäufen mit Bezug auf eine GmbH untersucht werden.

³ Anm: in dieser Master-These werden die Begriffe Share Deal und Anteilskauf synonym verwendet, vgl Glossar, 79 sowie Kapitel 3.2.

⁴ Vgl <https://www.gruenderservice.at/site/gruenderservice/planung/GmbH.html>, abgerufen am 26.06.2021

In diesem Zusammenhang ergeben sich im Wesentlichen folgende Forschungsfragen, die im Rahmen dieser Master-These untersucht werden:

- Welche wirtschaftlichen Vorteile ergeben sich im Rahmen von Anteilskäufen bei Kapitalgesellschaften in Österreich?
- Unter welchen Voraussetzungen ist ein Anteilskauf bei Immobilientransaktionen anzustreben?

1.2. Methodische Vorgehensweise

Ziel und Aufgabenstellung der Arbeit ist es, einen Überblick über die wesentlichen Kernelemente einer Due Diligence, welche bei der Durchführung von gesellschaftsrechtlichen Transaktionen und Anteilskäufen in der Praxis eingesetzt werden und von hoher Relevanz sind, darzulegen. Zum anderen widmet sich die Master-These ausgewählten Fragen der Gewährleistung und Haftung im Zuge von Anteilskäufen. Da der Fokus der vorliegenden Ausarbeitung auf zivilrechtliche Besonderheiten von Anteilskäufen liegt, erfolgt die steuerliche Behandlung überblicksartig.

Die vorliegende Arbeit basiert auf der aktuellen österreichischen Gesetzeslage. Methodisch wurden in erster Linie die bestehende Fachliteratur (Zeitschriftenreihe *ecolex*, *Immolex* etc.) Lehrmeinungen und Judikatur zu diesem Thema verwendet. Weiters wurden für die Recherche die Rechtsdatenbanken RIS, RDB sowie als Basisliteratur die im Literaturverzeichnis angeführten Bücher verwendet. Es handelt sich um eine Literaturarbeit, es erfolgt keine empirische Datenerhebung.

1.3. Aufbau der Arbeit

Vorliegende Masterthesis gliedert sich in sechs Kapitel und orientiert sich an einer theoretischen Vorgehensweise. Das erste, einleitende Kapitel 2.1. gibt einen kurzen Überblick über die grundlegenden Möglichkeiten des Liegenschaftserwerbes, zudem werden die Begrifflichkeiten und Definitionen zum weiteren Verständnis erläutert. In

nächstfolgenden Kapitel 2.2. wird die Erwerbsform des Anteilskaufes anhand einer österreichischen Kapitalgesellschaft bzw. GmbH skizziert. Darauf aufbauend zeigt Kapitel 2.3. einen Überblick über die steuerliche Behandlung und deren Auswirkungen bei Anteilskäufen und Kapitel 2.4. widmet sich in diesem Zusammenhang den Vor- und Nachteilen bei Immobilientransaktionen im Wege von Anteilskäufen.

Der dritte Abschnitt gibt zunächst einen eingehenden, theoretischen Abriss über die wichtigsten Kerninhalte der verschiedenen Arten der Due Diligence, insbesondere wird neben der rechtlich bedeutsamen Käuferseitigen Immobilien Due Diligence auch auf die Verkäuferseitige Due Diligence ergänzend eingegangen. Dabei wird versucht, die Auswirkungen und Zusammenhänge zwischen der Due Diligence und den Garantie- und Gewährleistungsbestimmungen des Kauf- und Abtretungsvertrages zu verdeutlichen, welche im Zuge von Anteilskäufen im Rahmen von Liegenschaftstransaktionen von wesentlicher Relevanz ist.

In der Folge werden im Abschnitt vier die Anwendbarkeit des gesetzlichen Gewährleistungsregimes und deren Problematik sowie in Kapitel fünf neben der Haftung gegenüber Gesellschaften und Organen auch die Möglichkeiten der Risikominimierung durch Haftungseinschränkung im Rahmen des Anteilkaufes beschrieben, welche in der Folge spiegelbildlich die Ergebnisse einer Due Diligence zeigen. Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der Forschungsergebnisse und Ausblick in Kapitel sechs ab.

2. Share Deal

Dieses Kapitel widmet sich den grundlegenden Möglichkeiten des Liegenschaftserwerbes. In diesem Zusammenhang wird einleitend ein kurzer, erläuternder Überblick der beiden klassischen Grundvarianten des Liegenschaftsankaufes – Asset Deal und Share Deal⁵ – aus zivilrechtlicher Sicht gegeben. Dabei werden insbesondere die Auswirkungen bzw die steuerlichen Unterschiede des Anteilskaufes bei Kapitalgesellschaften aus ertragssteuerlicher Sicht gezeigt, sowie die Vor- und Nachteile eines Anteilskaufes zusammengefasst dargestellt.

Wie bereits unter Kapitel 1 ausgeführt, fokussiert sich gegenständliche Arbeit in ihren Ausführungen ausschließlich auf den Immobilienerwerb durch Anteilskauf.

2.1. Definition

Grundsätzlich kann beim Liegenschaftsankauf aus zivilrechtlicher Sicht zwischen den beiden klassischen Transaktionsformen – Asset Deal und Share Deal – unterschieden werden.⁶ Dabei werden im Rahmen eines Asset Deals einzelne Vermögensgegenstände bzw immaterielle Vermögenswerte in Form der Einzelrechtsnachfolge ieS, erworben. Bei einem Share Deal hingegen werden Firmenanteile bzw Geschäftsanteile iwS, – mittels Anteilskauf – erworben bzw übertragen.⁷ Rational gedacht, kann daher ein Anteilskauf nur bei Kapitalgesellschaften sowie Personengesellschaften realisiert werden, keinesfalls bei natürlichen Personen und deren Einzelunternehmen.^{8,9}

Ergänzend ist hier auch die gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge in Form von Spaltung oder Verschmelzung im Rahmen von erb- oder gesellschaftsrechtlichen Umgründungen zu erwähnen, welche jedoch im Folgenden ausgeklammert bleiben.¹⁰

⁵ Anm: in dieser Master-These werden die Begriffe Share Deal und Anteilskauf synonym verwendet.

⁶ Vgl Teufelsdorfer (2015): 14

⁷ Vgl Brugger (2020): Rn 1.4

⁸ Vgl Lindenbauer (2019): 8

⁹ Vgl Flener (2010): 67 ff

¹⁰ Vgl Bittner et al (2008): 7

Nachfolgend eine graphische Veranschaulichung des Asset Deals zum Share Deals:

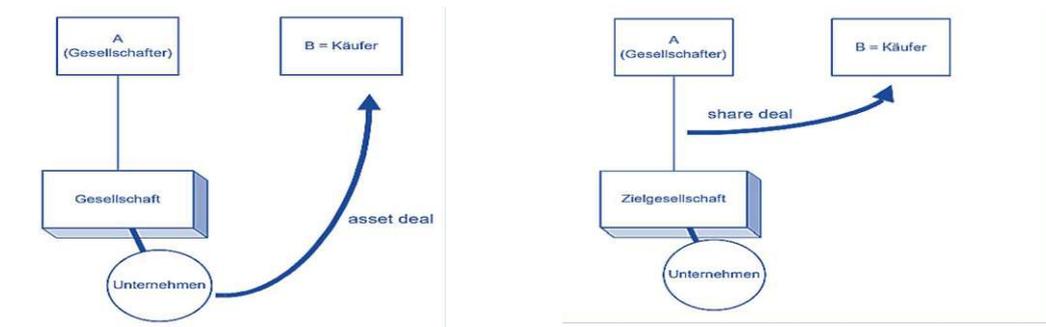


Abb. 1: Gegenüberstellung "Asset Deal vs Share Deal"¹¹

Wie in Abbildung 1 skizziert, erfolgt bei Immobilientransaktionen im Wege von Share Deals der Erwerb des Eigentums durch teilweise oder gesamthafte Übertragung von Unternehmensanteilen eines Rechtsträgers beispielsweise einer GmbH, welche eine Liegenschaft hält. Zivilrechtlicher und grundbücherlicher Eigentümer der Liegenschaft bleibt dadurch unverändert. Es findet einzig ein Gesellschafterwechsel durch den unmittelbaren Anteilserwerb statt, welcher im Firmenbuch dokumentiert wird.¹²

2.2. Kaufgegenstand

Neben den unter Pkt 2.1. erläuterten Begrifflichkeiten handelt es sich nach den Ausführungen von Brugger¹³, beim Unternehmenskauf iWSt um den Erwerb eines lebenden Unternehmens, welcher in seiner rechtlichen Ausgestaltung auf der Gesellschafterebene stattfindet und als mittelbarer Unternehmenskauf anzusehen ist.¹⁴

Erwirbt der Käufer im Rahmen eines Share Deals Geschäftsanteile an einer GmbH, bleibt der Rechtsträger erhalten und damit auch bestehende Vertragsverhältnisse, Vermögenswerte, Lizenzen, Patente aber auch Rechte und Pflichten.¹⁵

¹¹ Vgl Brugger (2020): Rn 1.6

¹² Vgl Bittner et al (2008): 16

¹³ Vgl Brugger (2020): Rn 1.4

¹⁴ Vgl Bittner et al (2008): 6

¹⁵ Vgl Fellner (2015): Rn 2

Grundsätzlich erfolgt dies durch den Kauf von Geschäftsanteilen des Zielunternehmens. Grundlage für die Übertragung von Anteilen an einer GmbH bildet das GmbHG § 76, welches mittels Vertrages in Notariatsaktform erfolgt.¹⁶ Im Gegensatz zum Asset Deal können im Rahmen des Anteilskaufs keine Altlasten, Verbindlichkeiten oder Vermögensgegenstände von der Übertragung ausgenommen werden, da keine Haftungsbegrenzung mangels Rechtsträgerwechsel zum Tragen kommt.¹⁷

Vor diesem Hintergrund sind in der praktischen Umsetzung die Sicherungsinstrumente wie vertraglichen Garantie- und Gewährleistungsklauseln, Sicherheitenvereinbarungen sowie die Durchführung einer wirtschaftlichen, rechtlichen, steuerlichen und technischen Due Diligence in der Vertragsgestaltung von zentraler Bedeutung.¹⁸

Das nachfolgende Kapitel widmet sich der steuerlichen Behandlung von Anteilskäufen und soll einen Überblick über die wesentlichen Merkmale geben.

2.3. Überblick steuerliche Behandlung

Grundsätzlich erfordern – neben zivilrechtlichen, unternehmensrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Faktoren auch die steuerliche Gestaltung von Immobilien-transaktionen, die im Rahmen Share Deals durchgeführt werden, eine exakte Vorbereitung und Strukturierung der Transaktion.

Dabei sind die steuerlichen Auswirkungen, die sich aus der jeweiligen Gestaltungsvariante für die Vertragsparteien ergeben, genau abzuwägen, da häufig eine steuerliche Vorteilhaftigkeit für den Verkäufer mit steuerlichen Nachteilen für den Käufer behaftet sein können und vice versa. Vor diesem Hintergrund erfordert die Strukturierung und Ausgestaltung der Transaktion eine frühzeitige Analyse der steuerlichen Rahmenbedingungen, da dieser essentielle Teilbereich für den Erfolg einer Unternehmenstransaktion von entscheidendem Einfluss ist.^{19,20}

¹⁶ Vgl Bittner et al (2008): 16

¹⁷ Vgl aaO: 63

¹⁸ Vgl Althuber/Schopper (2015): Rn 70

¹⁹ Vgl Bittner et al (2008): 109

²⁰ Vgl Christiner (2007): 135

Im Allgemeinen haben die Ertragssteuern Est²¹ und KÖSt²², die GrEst^{23,24}, die USt²⁵ sowie Gerichtsgebühren und Rechtsgeschäftsgebühren Einfluss auf Immobilientransaktionen.

Je nach Auswahl der Transaktionsform ergeben sich ertragssteuerliche Unterschiede, die in nachfolgender Übersicht im Rahmen eines Share Deals zum Tragen kommen können:

SHARE DEAL	
Einkommensteuer (EStG)	<ul style="list-style-type: none"> - Verkäufer ist natürliche Person, unterliegt der Veräußerungsgewinn dem ermässigten Einkommenssteuersatz von 27,5% (Veräußerungserlös abzgl. Anschaffungskosten der Beteiligung) - Verkäufer ist eine inländische Kapitalgesellschaft, unterliegt 25% KÖSt des Veräußerungsgewinnes (Veräußerungserlös abzgl. Steuerl. Buchwert der Beteiligung)
Grunderwerbsteuer (GrEST)	<ul style="list-style-type: none"> - Bei Anteilsvereinigung beträgt der Grunderwerbssteuersatz 0,5% vom Grundstückswert. - GrEST und Eintragungsgebühr vermeidbar, wenn 2. Käufer hinzutritt, der - > 5% Anteil erwirbt - treuhändig gehaltene Anteil sind dem Treugeber zuzurechnen
Umsatzsteuer (USt)	- umsatzsteuerfrei, keine Vorsteuerrückzahlung auslösbar
KEST	- 25% bei Gewinnausschüttung einer Kapitalgesellschaft
AfA	<ul style="list-style-type: none"> - bis zu 2,5% unabh. v. Nutzungsdauer (Ausnahme: Wohnzwecke bis 1,5%) - alter Buchwert wird übernommen

Abb. 2: Übersicht steuerliche Betrachtung Share Deal²⁶

Steuerrechtlich betrachtet umfasst der Share Deal den Erwerb bzw die Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, beispielsweise einer GmbH.^{27,28} Im Zuge der Rechtsformwahl sind zum einen die steuerlichen Rahmenbedingungen²⁹, zum anderen betriebswirtschaftliche Kriterien als maßgebliche Einflussgrößen³⁰ zu berücksichtigen.

²¹ Vgl § 27 EStG

²² Vgl § 22 KStG

²³ Vgl § 7 Abs 1 Z 2 lit c GrEst

²⁴ Vgl § 1 Abs 2a,3 GrEst

²⁵ Vgl § 6 Abs 1 Z 8 lit g UStG

²⁶ Vgl Brugger (2020): Rn 9.9 ff

²⁷ Vgl aaO: Rn 1.16

²⁸ Vgl aaO: 125

²⁹ Vgl Bittner et al (2008): 109

³⁰ Vgl Wala/Szauer (2006): 388

Nachfolgend dazu ein Überblick über die steuerlichen Kriterien im Zusammenhang unterschiedlicher Rechtsformen in Österreich:

	Kapitalgesellschaften			Personengesellschaften Einzelunternehmen	Natürliche Person
Rechtsform	AG GmbH			KG OG GesbR e.U.	
Mindestkapital	€ 70.000 € 35.000			Nein	Nein
Haftung	beschränkt			unbeschränkt Kommanditist beschränkt	unbeschränkt
	betriebl. Betriebsvermögen			außerbetriebl. Privatvermögen Vermögensverwaltend Keine gewerblichen Nebenleistungen	
	§5 EStG	§4 Abs. 1 EStG	§4 Abs. 3 EStG		
Einkünfte	§ 23 EStG Einkünfte aus Gewerbebetrieb			Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung	
Einkünfteermittlung	Gewinn- und Verlust Rechnung Buchführungs- pflicht UGB	Gewinn- und Verlust Rechnung Buchführungspflicht UGB freiwillige Bücher	Einnahmen Ausgaben Rechnung	Einnahmen Werbungskosten Überschussrechnung	
	Zeitpunkt der Leistungserbringung			Zufluss-Abfluss-Prinzip	
Veranlagungsperiode	Kalenderjahr abweichendes Wirtschaftsjahr (Bilanzierung)		Kalenderjahr		
Grundanteilsberechnung	tatsächliche Anschaffungskosten Sachverständigengutachten			Pauschal 20% - 30% - 40%	
Anschaffungskosten:					
AfA	2,5%			1,5%	
AfA Wohnen	1,5% (2% BJ vor 1915)			1,5% (2% BJ vor 1915)	
Denkmalschutz	10 Jahre			-	
Außergewöhnliche Abschreibung	Teilwert Abschreibung		Außergewöhnliche technische & wirtschaftliche Abschreibung		
Herstellungskosten	Rest-Nutzungsdauer 10 Jahre bei Denkmalschutz			Rest-Nutzungsdauer über Antrag 15 Jahre bei: - Nach §§3-5 MRG Vollenwendung - Sanierung mit Förderzusage - Denkmalschutz	
Instandsetzung	Wohngebäude Andere			zwingend 15 Jahre Bürogebäude sofort Wahl auf 15 Jahre	
Instandhaltung	sofort			sofort Wahl auf 15 Jahre	
Betriebskosten	Im Rechnungswesen aufzunehmen			Bei Vollenwendung MRG Vereinfachung außer Ansatz lassen	

Abb. 3: steuerliche Kriterien der wesentlichsten Rechtsformen in Österreich³¹

³¹ Vgl Gold (2019): 64

	Kapitalgesellschaften			Personengesellschaften Einzelunternehmen	Natürliche Person
Rechtsform	AG GmbH			KG OG GesbR e.U.	
Mindestkapital	€ 70.000 € 35.000			Nein	Nein
Haftung	beschränkt			unbeschränkt Kommanditist beschränkt	unbeschränkt
	betrieblich			außerbetrieblich	
	Betriebsvermögen			Privatvermögen Vermögensverwaltend Keine gewerblichen Nebenleistungen	
	§5 EStG	§4 Abs. 1 EStG	§4 Abs. 3 EStG		
Gewinnfreibetrag	Nein	Ja bis zu EUR 45.350		Nein	
Verluste	Verlustvortrag Gruppenbesteuerung	Verlustvortrag Ausgleichsfähig mit anderen		kein Verlustvortrag Ausgleichsfähig mit anderen	
Entnahmen Grund & Boden	Steuerfrei Buchwert				
Entnahmen Gebäude	Steuerpflichtig Teilwert-Aufdeckung stille Reserven 25% KapGes. 30% PG	Steuerpflichtig Teilwert Aufdeckung stille Reserven 30%			
Veräußerungsgewinn					
Grund und Boden	25% bei KapGes.				
Neugrundstück	30%	30%		30%	
Altgrundstück	30%	4,2%/18%		4,2%/18%	
Veräußerungsgewinn					
Gebäude	25% bei KapGes.				
Neugrundstück	30% bei PG	30%		30%	
Altgrundstück				4,2%/18%	
Befreiung:	- - behördliche Eingriffe	- - behördliche Eingriffe		Hauptwohnsitz Herstellerebefreiung behördliche Eingriffe	
Entnahmen Veräußerungsgewinn Alternativ Regelbesteuerung	KapGes.: 25% KSt 27,5% KESt (46,652% bei Ausschüttung) PG: Progressiver Steuersatz max. 55% ESt	Progressiver Steuersatz - max. 55% ESt			

Abb. 4: steuerliche Kriterien der wesentlichsten Rechtsformen in Österreich³²

Aufgrund der sehr sophistizierten Materie und häufigen steuerrechtlichen Änderungen wurde hier nur ein grober Überblick gegeben.

³² Vgl ebda

2.4. Vor- und Nachteile Share Deal

Bei Durchführung von Liegenschaftstransaktionen kommt oftmals die Transaktionsform des Share Deals in Betracht, da aus zivilrechtlicher Sicht der bestehende Rechtsträger erhalten bleibt. Daraus ergibt sich der Vorteil, dass dies keine gesonderte Übertragung von Aktiva und Passiva erfordert, da mit der Übertragung von Geschäftsanteilen wirtschaftlich auch das gesamte Vermögen auf den Käufer „uno actu“ übergeht.³³ Da es in diesem Zusammenhang zu keiner Änderung der Eigentumsverhältnisse kommt, entfällt somit die Einhebung des Gebührensatzes der Grundbucheintragung in Höhe von 1,1%.

Da das Subjekt der Gesellschaft im Rahmen eines Share Deals unberührt bleibt, liegt ein wesentlicher Vorteil in der Übernahme und Fortführung bestehender Vertragsverhältnisse, ohne dass dies einer gesonderten Übertragung bedarf. Ungeachtet dessen ist beim Share Deal die Risikosituation im Hinblick auf bestehende, indirekte, nicht mit der Liegenschaft verbundene Haftungsverhältnisse zu prüfen, und gegebenenfalls mittels Sicherheiten, Garantien sowie Gewährleistungs- und Rückabwicklungsklauseln abzusichern.^{34,35}

Als nachteilig anzusehen ist, dass häufig in bestehenden Dienstleistungs- und Finanzierungsverträgen eine Change of control Klausel vereinbart wurde, welche den Vertragspartner ein außerordentliches Kündigungsrecht bzw zur Abänderung vertraglicher Vereinbarungen bei Gesellschafterwechsel einräumt bzw berechtigt.³⁶

Als wesentliches Motiv des Share Deals kommt oftmals der steuerrechtliche Aspekt in Betracht. Dabei ist zu beachten, dass die steuerliche Historie im Zuge des Anteilskaufes auf den Erwerber der Gesellschaft übergehen.³⁷ Als zentraler wirtschaftlicher Vorteil kommt die Ersparnis der Grundbucheintragungsgebühr und die Grunderwerbssteuer in Betracht, sofern an einer Grundstücksgesellschaft die Anteilsübertragung > 5% iS Zwergenanteil beträgt.

³³ Vgl Fellner (2015): Rn 3

³⁴ Vgl Bittner et al (2008): 63

³⁵ Vgl Foerster (2015): 147

³⁶ Vgl aaO: 146

³⁷ Vgl Fuhrmann/Kerbl (2015): 217

Dabei gilt es zu beachten, dass gemäß § 1 Abs 3 Z 1 GrEStG der Tatbestand einer Anteilsvereinigung mit 95% erfüllt wird, wenn entweder vom Käufer selbst oder durch einen Firmenkonzern gemäß § 9 KStG die Anteile gehalten werden, zudem sind treuhändig gehaltene Anteile dem Treugeber zuzurechnen sind.^{38,39}

	Vorteile	Nachteile
Share Deal	- Eintritt in alle Rechtsbeziehungen ohne gesonderte Übertragung	- 25% KESt bei Gewinnausschüttung einer Kapitalgesellschaft
	- Zielgesellschaft bleibt als Vertragspartner unverändert bestehen	- Übernahme steuerliche Historie der Gesellschaft
	- keine Zustimmung von Drittparteien erforderlich	- zeit- und kostenintensive Due Diligence
	- Festlegung /Definition des Kaufgegenstandes	- keine Haftungsbeschränkung im Außenverhältnis
	- Vermeidung Grunderwerbssteuer	(Altverbindlichkeiten)
	- Ersparnis Grundbucheintragungsgebühr	- Risikosituation iZm "verschleierten" Verbindlichkeiten
	- Möglichkeit der Gruppenbesteuerung	- keine Aufdeckung stiller Reserven - Buchwertfortführung
	- Anteilswerb < 95 % - Vermeidung GrESt durch Zwerganteil	- ansteigende Steuerlatenz

Abb. 5: Übersicht Share Deal, Vor- und Nachteile ⁴⁰

Zusammengefasst zeigt obenstehende Aufgliederung prägnant die Vorteile und Nachteile im Rahmen eines Anteilskaufes, wobei der Erfolg einer Liegenschaftstransaktion zum einen von der konkreten Situation und dem Einzelfall abhängig ist, zum anderen maßgeblich von der steuerlichen Gestaltung beeinflusst wird.

Kapitel zwei widmet sich den beiden wesentlichen Formen der Unternehmensübertragung. Das kann zum einen in Form eines Asset Deals (Übertragung einzelner Vermögenswerte) oder in Form eines Share Deals (Anteilskaufes) dh durch Erwerb einer Beteiligung erfolgen. Nach der Wahl der Transaktionsform ist der Share Deal gegenüber dem Asset Deal in der Praxis wesentlich einfacher umzusetzen, da nicht jeder Vermögensgegenstand einzeln übertragen werden muss bzw sämtliche Verträge der Gesellschaft bestehen bleiben. Nicht zuletzt bestehen auch wesentliche steuerliche Vorteile, weswegen in der Praxis dem Anteilswerb große Bedeutung zukommt.

³⁸ Vgl Wehinger-Malang (2021): 217 ff

³⁹ Vgl Fuhrmann/Hiesböck (2021): 433

⁴⁰ Vgl ebda

3. Due Diligence

Dieser Abschnitt widmet sich den verschiedenen Arten der Due Diligence, welche im Rahmen einer Immobilientransaktion im Zuge eines Share Deal Risiken des Zielobjektes iwS aufzeigt und verständlich darlegt.⁴¹ Dabei soll ein möglichst gesamthafte Bild aller relevanten Aspekte und deren Relevanz aufgezeigt werden. In diesem Zusammenhang wird ergänzend auch auf die jeweiligen Checklisten der einzelnen Due Diligence Arbeitsbereiche im Anhang dieser Masterarbeit verwiesen.

3.1. Allgemein

Angesichts der zunehmenden Komplexität von Immobilientransaktionen zählt eine umfassende Vorbereitung und Prüfung im Rahmen der Due Diligence mittlerweile zum Standardprocedere, mit dem Ziel, vor dem Erwerb ein umfassendes Gesamtbild des Kaufgegenstandes bzw im Rahmen einer geplanten Immobilientransaktion in rechtlicher, steuerlicher, wirtschaftlicher, technischer Weise zu erhalten, welche in den nachfolgenden Kapiteln näher beleuchtet wird.

3.2. Definition und Überblick Due Diligence

Im Zuge einer Immobilien Due Diligence sollen die wirtschaftlichen und rechtlichen Stärken und Schwächen einer eventuellen Akquisition erhoben werden, um den Käufer einerseits eine fundierte Basis zu geben und andererseits eine Grundlage für eine Kaufpreisindikation zu schaffen, um dies in weiterer Folge in die Vertragsverhandlungen sowie in die Kaufpreisgestaltung einfließen zu lassen.⁴²

Zudem, über eine fundierte Analyse der Wertbeständigkeit und Qualität eines Immobilienobjektes hinaus, soll eine Immobilien Due Diligence aufgrund der langen Kapitalbindungsdauer sowie der beträchtlichen Transaktionskosten gesamthafte

⁴¹ Vgl Wachter/Mader (2007): 61

⁴² Vgl Wiesner (2021): 364 ff

Potenziale und Risiken der Immobilie prüfen um auch Chancen und Risiken bei künftigen Weiterveräußerungen zu kennen.⁴³

Nachfolgende Darstellung soll den Ablauf einer Immobilien Due Diligence vereinfacht skizzieren:

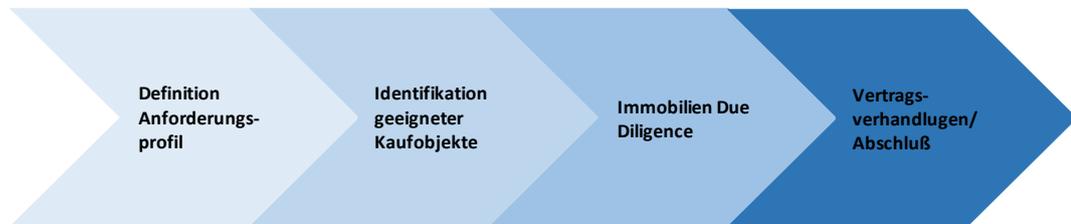


Abb. 6: vereinfachte Darstellung – Ablauf Immobilien Due Diligence⁴⁴

Viele in der deutschen bzw europäischen Rechts- und Wirtschaftssprache übernommenen Begriffe wie Due Diligence, Term Sheet, Letter of Intent etc welche in der Praxis im Unternehmens- und Beteiligungskauf regelmäßig Anwendung finden, stammen aus dem angloamerikanischen Rechtsraum. Mangels gesetzlicher Rahmenbedingungen gibt es für diese Begriffe keine klare rechtliche Abgrenzung und Anwendung nach österreichischem Recht.

Beiliegendes Glossar soll dazu einen Überblick über die üblicherweise bei gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen oder Anteilskäufen häufig verwendeten Begriffe geben. Bei diesen Erläuterungen handelt es sich üblicherweise um verwendete Definitionen, wobei diese durchaus im Einzelfall abweichend verwendet, werden bzw häufig im Verbindung mit den Vertragsverhandlungen zwischen den Kaufvertragsparteien definiert werden.^{45,46,47,48}

Nach *Fischer/Teufelsdorfer*⁴⁹ wird die Due Diligence folgendermaßen interpretiert:

„ein mehrphasiger, transparenter und dokumentierter Prozess, der sämtliche ökonomisch und technisch relevanten Daten, Fakten und Einflussfaktoren sowie

⁴³ Vgl Wiesner (2021): 365

⁴⁴ Vgl Ritz/Matti (2005): 361

⁴⁵ Vgl Brogyányi (2015): Rn 4 ff

⁴⁶ Vgl Wiesner (2021): 366

⁴⁷ Vgl Brugger (2020): Rn 10.6.

⁴⁸ Vgl Glossar, 79

⁴⁹ Vgl Fischer/Teufelsdorfer (2015): 52

Eigenschaften einer Immobilie in objektiver Sicht bezogen auf den gesamten Lebenszyklus nach einheitlichen Parametern vollständig prüft, analysiert und bewertet, und somit eine tragfähige Entscheidungsgrundlage für einen sorgfältigen Unternehmer bildet.“

Eine Due Diligence Prüfung kann als eine grundlegende, vorbereitende und tiefgehende Untersuchung eines Kaufobjektes im Rahmen einer Geschäftstransaktion verstanden werden.⁵⁰

Dabei ist die Due Diligence Prüfung als unverzichtbares, standardisiertes Instrumentarium anzusehen, welches im Rahmen eines mehrstufigen und übergreifenden Erhebungs-, Prüfungs- und Dokumentationsprozesses ein gesamthafte, klares Bewertungsergebnis generiert, um eine resiliente Entscheidungsgrundlage im Rahmen einer Kauf- oder Verkaufstransaktion zu bieten.⁵¹

Sohin ist die zeitliche Abfolge, der Umfang bzw Tiefe der Prüfung, die gesetzten Schwerpunkte in der Due Diligence als auch die Entscheidung der Prüfungsergebnisse und deren Aufnahme in den Due Diligence Bericht festzulegen.⁵² Eine Due Diligence Prüfung verlangt Experten aus den verschiedensten Fachbereichen, wobei es idR zu Überlappungen in einzelnen Bereichen kommen kann, die somit eine enge Abstimmung und Interaktion erfordert.

Auch wenn sich gegenständliche Arbeit auf eine käuferseitig begleitende Due Diligence fokussiert, wird ergänzender Weise der verkäuferseitig vorgelagerten Vendor Due Diligence nächstfolgendes Kapitel gewidmet.⁵³

3.2.1. Verkäufer Due Diligence

Eine durch den Verkäufer beauftragte Verkäufer Due Diligence ermöglicht ihm, rechtliche Unsicherheiten und Schwachstellen im Zusammenhang mit

⁵⁰ Vgl Hüttner/Schorn (2019): Rn 1/196

⁵¹ Vgl Fischer/Teufelsdorfer (2015): 52

⁵² Vgl aaO: 49

⁵³ Vgl aaO: 50

Vertragsverhältnissen zu erfassen, beispielsweise durch Einschränkungen im Zuge von Change of Control Klauseln.

Weiters können mögliche verkäuferseitigen Haftungsrisiken sowie das Ausmaß an Zusicherungen und Gewährleistungen, die gegenüber dem Erwerber abgegeben werden, erhoben und entsprechende Vorsorgen getroffen werden. Zudem dient die Vendor Due Diligence dazu, maßgebende Empfehlungen in der Vertragsgestaltung, Verkaufsstrategie und Verhandlungstaktik abzugeben, beispielsweise wie in den Vertragsverhandlungen mit vorliegenden Problemen auf der Käuferseite argumentiert werden kann.⁵⁴

Anhand der zuvor genannten Gründe ist eine der Verkaufstransaktion vorgelagerte Vendor Due Diligence jedenfalls zu unterstützen, da bei deren Umsetzung der Verkäufer ein aktuelles, umfangreiches Bild sowie Detailkenntnisse über die Zielgesellschaft samt Immobilienvermögen gewinnt.

Mithilfe dieser Ergebnisse können rechtliche Unsicherheiten, mögliche Schwachstellen und erkannte Restrisiken bewusst identifiziert und vorweggenommen werden, mit dem Ziel, eine realistische Einschätzung des zu erzielenden Kaufpreises zu erhalten bzw die Kaufpreisvorstellungen zu überprüfen. Gleichmaßen steht verkäuferseitig eine klare Datenstruktur mit einer einhergehenden Verkürzung der Transaktionsdauer zur Verfügung.⁵⁵

Die Vendor Due Diligence erfüllt somit die Rolle, die Beschaffenheit und den Zustand des Unternehmens zu durchleuchten, welches der Verkäufer bezweckt zu verkaufen.⁵⁶

3.2.2. Käufer Due Diligence

In der Praxis versucht der Käufer mit der Durchführung einer Due Diligence, detaillierte und umfangreiche Informationen des Transaktionsobjektes iS einer Offenlegung der rechtlichen und aktuellen Verhältnisse zu erhalten, um zum einen

⁵⁴ Vgl Wachter/Mader (2007): 65

⁵⁵ Vgl Fischer/Teufelsdorfer (2015): 50 ff

⁵⁶ Vgl Brogyányi (2015): Rn 74

eine weitestgehende Verminderung der Informationsasymmetrie zu erzielen und zum anderen eine fundierte Entscheidung treffen zu können.^{57,58}

Üblicherweise werden die nicht öffentlichen Daten, welche mittels einer detaillierten Anforderungsliste vorbereitet bzw erstellt wurden, für eine festgelegte Zeitspanne und definierten Zugangsbeschränkungen in einem virtuellen Datenraum – oftmals auch physisch in separaten, externen Räumlichkeiten – dem prospektiven Erwerber zur Einsichtnahme zur Verfügung gestellt.⁵⁹

Der Reihenfolge gemäß, erfolgt die durch den prospektiven Käufer durchgeführte Due Diligence nach den ersten Sondierungsgesprächen und Verhandlungen mit dem Verkäufer samt Unterfertigung und Übersendung eines Term Sheets bzw eines Letters of Intent (LOI), iS einer rechtlich unverbindlichen Absichtserklärung zur Vereinbarung der maßgeblichen Eckpunkte der beabsichtigten Transaktion.⁶⁰

Dieser detaillierte Immobilien Due-Diligence-Prozess erfordert im Vorfeld idR die Unterfertigung einer Vertraulichkeits- und DSGVO-Vereinbarung⁶¹ durch den prospektiven Käufer, sowie den Abschluss einer Exklusivitätsvereinbarung durch den Verkäufer. Bewährter Weise bietet sich in der Praxis oftmals auch die Vereinbarung einer Break-Up Fee im Zusammenhang mit einem vorzeitigen Abbruch der Verhandlungen an.⁶²

3.2.3. Ablauf Due Diligence

Wenngleich keine Verpflichtung zur Prüfung des beabsichtigten Kaufobjektes besteht, sollte dennoch bei Geschäftstransaktionen eine Due Diligence Überprüfung vorausgehen. Aus Kosten- und Zeiteffizienzgründen ist eine sorgfältige Planung der Prozesse im Rahmen einer Due Diligence unumgänglich und führt zu einem sichtbaren Vorteil auf Käufer- und Verkäuferseite. Vor diesem Hintergrund sollten

⁵⁷ Vgl Wiesner (2021): 367

⁵⁸ Vgl Brogyányi (2015): Rn 48 ff

⁵⁹ Vgl Hüttner/Schorn (2019): Rn 1/218

⁶⁰ Vgl Hutterer (2019): Rn 1/113, 1/116

⁶¹ Vgl EU-Verordnung 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (DSGVO)

⁶² Vgl aaO: Rn 1/113

Analyseschwerpunkte, abgestellt auf den Komplexitätsgrad der Immobilien-
transaktion, gesetzt werden.

Die nachfolgende Skizze zeigt den Ablauf einer Due Diligence im Rahmen eines
mehrstufigen Prozesses, welcher eine enge Abstimmung und Interaktion zwischen
den einzelnen Fachbereichen in zeitlich strukturierter Abfolge erfordert.⁶³



Abb. 7: Strukturablauf einer Due Diligence⁶⁴

Vor dem Hintergrund, dass mittlerweile in einer Due Diligence die Fachbereiche
Legal, Tax, Financial, Commercial, Technical zum Standardformat zählen, werden
diese in den nächstfolgenden Kapiteln überblicksartig vorgestellt.

3.3. Arten der Due Diligence

Eine Due Diligence Prüfung verlangt Spezialisten aus den verschiedensten
Fachbereichen, wobei es idR zu Überlappungen in einzelnen Bereichen kommen
kann, die somit eine enge Abstimmung und Interaktion erfordert. Demnach lassen

⁶³ Vgl Fischer/Teufelsdorfer (2015): 52 ff.

⁶⁴ Vgl aaO: 53

sich nach dem jeweiligen Fachgebiet folgende Arten der Due Diligence unterscheiden.⁶⁵

- Rechtliche Due Diligence (LDD – Legal Due Diligence)
- Steuerliche Due Diligence (TaxDD – Tax Due Diligence)
- Wirtschaftliche Due Diligence (CDD/FDD – Commercial/Financial Du Diligence)
- Technische Due Diligence (TDD – Technical Due Diligence)

In den letzten Jahren konnten nachstehende Fachbereiche im Zuge von Due Diligence Prüfungen zusätzlich an Terrain gewinnen (welche in gegenständlicher Arbeit nicht näher behandelt werden):

- Umwelt Due Diligence (EDD – Environmental Due Diligence)
- Human Resources Due Diligence (HRDD – Human Resources Due Diligence)
- Nachhaltigkeits Due Diligence (SDD – Sustainability Due Diligence)
- Kartellrechtliche Audits⁶⁶

3.3.1. Rechtliche Due Diligence

Die rechtliche Due Diligence befasst sich zum einen mit der Prüfung der rechtlichen Verhältnisse des Zielunternehmens um den Käufer einen ausführlichen und detaillierten Einblick in das Zielunternehmen – auch unter dem Blickwinkel der Berücksichtigung des Immobilienvermögens – zu geben, zum anderen Haftungsrisiken, bestehende Rechte und Pflichten etc sowie rechtliche Schwachpunkte festzustellen.⁶⁷ Beispielsweise sind die Eigentumsverhältnisse der im Anteilskauf gegenständlichen Liegenschaften, der Fortbestand von Verträgen bzw vertraglichen Verpflichtungen, die Rahmen einer Transaktion vorliegen können, zu prüfen.⁶⁸

Im Zuge von Immobilientransaktionen durch Anteilserwerb ist die rechtlichen Due Diligence Prüfung nicht nur auf die Liegenschaft selbst, sondern auch – aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive betrachtet – auf alle sonstigen Rechtspositionen

⁶⁵ Vgl Brogyányi (2015): Rn 18

⁶⁶ Vgl Hüttner/Schorn (2019): Rn 1/204

⁶⁷ Vgl Brogyányi (2015): Rn 21

⁶⁸ Vgl Bittner et al (2008): 22

der Zielgesellschaft gerichtet, beispielsweise mögliche Gesellschafterwechsel, in Vertragsverhältnissen bestehende Change of Control Klausel etc.⁶⁹

Sohin liegt der Fokus beim Anteilskauf im Rahmen der rechtlich Due Diligence darauf, wie zum einen die Geschäftsanteile oder Aktien an der Zielgesellschaft schuldenfrei erworben werden können, zum anderen – demnach es beim Anteilskauf zu keiner Identitätsänderung kommt – in der Erhebung der jeweiligen spezifischen Haftungsrisiken der Zielgesellschaft.⁷⁰

In der Literatur wird zwischen einer Legal Due Diligence ieS und einer Legal Due Diligence iwS differenziert. Während die Legal Due Diligence ieS – losgelöst davon, dass der Fokus der rechtlichen Due Diligence im Hinblick auf die Kaufentscheidung und die Strukturierung des Kauf- und Abtretungsvertrages vor allem auf die Analyse der rechtlichen Schwachpunkte des Zielunternehmens liegt – nur auf die Prüfung des Zielunternehmens, deren Immobilien und rechtlichen Thematiken selbst bezieht, betrifft die Legal Due Diligence iwS auch auf alle zusätzlichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Gestaltung der Transaktion sowie die rechtliche Umsetzung von Umgestaltungsmaßnahmen für die Zeit nach dem Ankauf ergeben. Konkret sind dazu beispielhaft die Transaktionsgestaltung als Share Deal oder als Asset Deal und vertragliche Gestaltung von earn-out Klauseln anzuführen.⁷¹

Gesellschaftsrechtliche Gesichtspunkte der rechtlichen Due Diligence umfassen im Wesentlichen die Durchsicht des Gesellschaftsvertrages als auch der Satzung der Zielgesellschaft, aktuelle Abfragen zur Firmenbucheintragung der Vertretungsorgane und Geschäftsführung sowie bestehende Syndikatsverträge, existente Nachschusspflichten, Verpfändungen von GmbH-Geschäftsanteilen⁷² sowie die Durchführung eines Title Check (Veräußerungsverbot).⁷³

Bei der auf die Liegenschaft selbst bezogenen Due Diligence sind insbesondere die Nutzungs- und Eigentumsrechte (beispielsweise Leasing, Baurechte, Fruchtgenussrechte, Superädifikate, auch ev Heimfallklauseln etc zu prüfen) sowie deren Historie, weiters mögliche Verkaufsbeschränkungen aufgrund der jeweils angewend-

⁶⁹ Vgl Foerster (2015): 146

⁷⁰ Vgl Heidinger/Albeseder (2001): 28

⁷¹ Vgl Brogyányi (2015): Rn 23

⁷² Vgl Wiesinger (2011): ecolx 2011, 11

⁷³ Vgl Brugger (2020): Rn 10.200

baren Grundverkehrsgesetze, bestehende Rechte oder Lasten bzw Prüfung gelöschter Eintragungen auf der transaktionsgegenständlichen Liegenschaft, der Verlauf der Grundstücksgrenzen sowie Einsichtnahme in die Urkundensammlung. Weiters sind auch mögliche Kontaminationen zu prüfen, da sich eine Haftung des Liegenschaftseigentümers auf Basis des Privatrechts als auch des öffentlichen Rechts, ergeben kann und die Entsorgung dieser idR mit hohen Kosten beziffert sein kann. In diesem Zusammenhang ist neben einer Legal Due Diligence parallel eine Umwelt Due Diligence durchzuführen.⁷⁴

In Verbindung mit den auf der prospektiv zu erwerbender Liegenschaft errichteten Gebäuden ist neben der Einsichtnahme in den bestehenden Bauakt die vorhandene Bau- und Benützungsbewilligung sowie allfällige Betriebsanlagenbewilligungen, der Energieausweis und ein eventuell gegebener Denkmalschutz zu prüfen.^{75,76}

Als weiteres wesentliches rechtliches und wirtschaftliches Fachgebiet nimmt die Durchleuchtung von Bestandsverträgen ein, auch im Hinblick auf Anwendbarkeit des MRG, die rechtliche Qualifikation - Miete oder Pacht - welches Gesetz ist anzuwenden (ABGB, MRG, WGG oder WEG), die Wertsicherung des Bestandzinses im Zusammenhang mit Indexierung und Anpassungsschwellen, weiters die Umlegbarkeit der Betriebskosten sowie allfällige Kündigungsverzichte, Kündigungsfristen und Weitergabe Rechte.^{77,78}

Ferner sind bestehende Versicherungsverträge (Gebäudehaftpflichtversicherung, Feuer- und Sturmschadenversicherung, Betriebsunterbrechungsversicherung, etc) sowie noch eventuell bestehende Hausbesorger Verträge und sonstige liegenschaftsbezogene Verträge (Wartungsverträge, Hausverwaltungsvertrag, Facility Managementvertrag, etc) zu hinterfragen.⁷⁹

Zudem ist idR auch eine Aufstellung anhängiger Gerichtsverfahren, drohender Rechtsstreitigkeiten oder sonstiger laufender Verfahren zB Streitigkeiten mit

⁷⁴ Vgl Bittner et al (2008): 22 ff

⁷⁵ Vgl Brugger (2020): Rn 10.273

⁷⁶ Vgl Bittner et al (2008): 23 ff

⁷⁷ Vgl Brugger (2020): Rn 10.275

⁷⁸ Vgl Größ (2008): ecolex 2008, 308

⁷⁹ Vgl Brugger (2020): Rn 10.275 ff

Bestandsnehmern welche aktuell bei gegenständlicher Transaktionsgesellschaft anhängig sind, in die Prüfung mitaufzunehmen.⁸⁰

Im Rahmen der Legal Due Diligence ist die Prüfung der vertraglichen Grundlagen in Verbindung mit bestehenden Kredit- und Darlehensverträgen, insbesondere aufgrund der Fortführung der Verträge bei Gesellschafterwechsel, vorzunehmen. Neben der Prüfung von Sicherheiten beispielsweise Pfandrechte, Patronatserklärungen als auch Verfügungsberechtigungen bei Bankkonten der Gesellschaft sind auch die Jahresabschlüsse und testierten Wirtschaftsprüfungsberichte der vergangenen drei bis fünf Wirtschaftsjahre, losgelöst von der wirtschaftlichen Due Diligence⁸¹ parallel durch ein Rechtsanwalts-Team zu prüfen.

Wenngleich diese Ausführungen keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben, so ist das Ziel, zumindest einen Überblick über die wesentlichen Schwerpunkte der liegenschafts- bzw gesellschaftsbezogenen Gewährleistungszusagen⁸² in Verbindung mit der Due Diligence und Gewährleistungsbestimmungen des Kauf- und Abtretungsvertrages zu geben.

Aus diesen Darlegungen ergibt sich, dass der rechtlichen Due Diligence Prüfung eine zentrale Stellung im gesamten Due Diligence Prozesses zukommt. Eine detaillierte, nach Checklisten⁸³ durchgeführte Due Diligence bildet eine essentielle Entscheidungsgrundlage für die von Rechtsanwälten und Beraterteams durchgeführten Vertragsverhandlungen und deren Vertragsgestaltung, welche für eine erfolgreiche Umsetzung einer Geschäftstransaktion unverzichtbar ist.^{84,85}

Nächstfolgendes Kapitel widmet sich der wirtschaftlichen Due Diligence.

⁸⁰ Vgl Wachter/Mader (2007): 79

⁸¹ Vgl Kapitel 3.3.2.

⁸² Vgl Kapitel 4.3.2., 4.3.3.

⁸³ Vgl Anhang

⁸⁴ Vgl Wachter/Mader (2007): 82

⁸⁵ Vgl Heidinger/Graf (2001): 43

3.3.2. Wirtschaftliche Due Diligence

Zweck der Financial Due Diligence ist die Prüfung der wirtschaftlichen und finanziellen Lage der Zielgesellschaft mit dem Ziel, mittels testierter Jahresabschlüsse der letzten drei bis fünf Jahre sowie der Planungsrechnungen und Liquiditätsplanung die betriebswirtschaftlichen Verhältnisse der Zielgesellschaft auszuwerten und zu interpretieren.

Die für die Durchführung einer Financial Due Diligence beurteilten und ausgewerteten Informationen dienen als Basis für eine Bewertung des Zielunternehmens und somit als Entscheidungsgrundlage ob und unter welchen Bedingungen die Transaktion umgesetzt werden soll – auch vor dem Hintergrund der Nutzung von Synergieeffekten. Dies erfordert – unter Beiziehung von Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern – eine detaillierte Prüfung der finanziellen Verhältnisse des Zielunternehmens, um zum einen eine genaue Einschätzung der wirtschaftlichen Ertragslage und Risikosituation zu bekommen, sowie zum anderen bilanzielle Problematiken zu erkennen.^{86,87}

Erfolgt im Rahmen einer Immobilientransaktion eine wirtschaftliche Due Diligence, so ist neben der Analyse des Standortes (Verkehrsanbindung, Nahversorgung, Infrastruktur, etc) auch die Analyse des Objektes (Image, Bauweise und Architektur, Zustand, etc) von hoher Relevanz. Zudem fließen in die wirtschaftliche Due Diligence die Ermittlung des Verkehrswertes der prospektiven Liegenschaft und zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit umfassende Rentabilitätsberechnungen ein.⁸⁸

Resümierend kann festgestellt werden, dass die wirtschaftliche Due Diligence darauf abzielt, jegliche Pläne und Beweggründe zu prüfen, die mit der Umsetzung einer potenziellen Liegenschaftstransaktion einhergehen, um auf Basis dessen eine Beurteilung und Einschätzung des zukünftigen Entwicklungs- und Ertragspotenzials zu ermöglichen.⁸⁹

⁸⁶ Vgl Brogyányi (2015): Rn 27

⁸⁷ Vgl Hüttner/Schorn (2019): Rn 1/202

⁸⁸ Vgl Fischer/Teufelsdorfer (2015): 283, 285, 293, 301, 312

⁸⁹ Vgl Brogyányi (2015): Rn 30

Daraus folgend, erfüllt die wirtschaftliche Due Diligence eine übergreifende Rolle, da die Summe der Ergebnisse aus den rechtlichen, steuerlichen und technischen Fachbereichen zusammengeführt werden, um – entsprechend ausgewertet – die Ergebnisse eine nachvollziehbare Grundlage zur Entscheidungsfindung bieten. Schlussendlich kann nur auf Basis einer gesamthaften, qualitativen Betrachtung der Due Diligence Ergebnisse, die Entscheidung, ob eine Immobilien-Transaktion realisiert werden soll, erzielt werden.⁹⁰

Nachstehende Grafik veranschaulicht den zuvor beschriebenen Prozess:

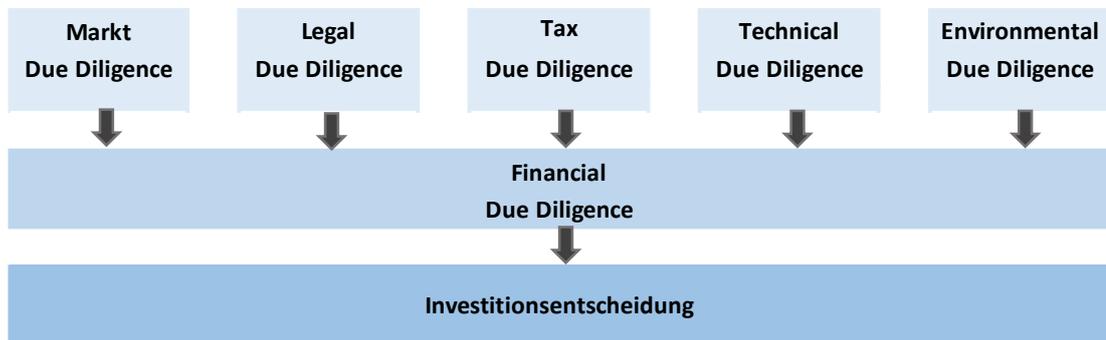


Abb. 8: Kernprozesse der Immobilien Due Diligence⁹¹

3.3.3. Commercial Due Diligence

Mit Hilfe der Commercial Due Diligence, sollen die markt- und wettbewerbseitigen Konstanten eines Transaktionsobjektes in ihrem wirtschaftlichen Einflussbereich untersucht werden, vor allem im Hinblick auf die aktuelle und zukünftige Marktposition. Darüber hinaus werden, neben den Unterlagen über das Zielobjekt bzw der transaktionsgegenständlichen Immobilien auch zusätzliche Research Unterlagen über Markt- und Branchenberichte herangezogen, die eine Einschätzung der Entwicklungspotenziale des Marktes im Hinblick auf Perspektiven und der zu erwartenden Renditen gibt.⁹²

⁹⁰ Vgl Fischer/Teufelsdorfer (2015): 317

⁹¹ Vgl Ritz/Matti (2005): 364

⁹² Vgl Brogyányi (2015): Rn 30

3.3.4. Steuerliche Due Diligence

Zweck der Tax Due Diligence im Rahmen von Immobilientransaktionen durchzuführenden Share Deals, ist die Erhebung und Überprüfung von bestehenden und zukünftigen steuerlichen Risiken der Zielgesellschaft. Die steuerliche Due Diligence zielt zum einen in ihren Recherchen darauf ab, steuerliche Risikofaktoren im Zuge von Liegenschaftstransaktionen zu filtern, zum anderen eventuelle Risiken in Form Steuerrückständen bzw Nachzahlungen aufzudecken. Ferner soll die steuerliche Due Diligence die Basis für eine ideale steuerliche Strukturierung unter Berücksichtigung sämtlicher Risiken und Chancen in einer Immobilientransaktion darstellen.⁹³

Verständlicherweise ist der Umfang einer steuerlichen Due Diligence bei einem Share Deal erheblicher als bei einem Asset Deal, da neben den unmittelbar die Liegenschaft betreffenden Steuerverpflichtungen auch das durch den Anteilskauf erworbene eigentliche Steuersubjekt mit allen verknüpften Steuerverpflichtungen sowie Steuerrisiken aus der gesamten steuerlichen Historie der Gesellschaft übernommen wird. Vor diesem Hintergrund ist es aufgrund der Komplexität der steuerlichen Thematiken essentiell, das Prüfungsausmaß anhand von Anforderungs- bzw Checklisten auf den konkreten Einzelfall festzulegen, um die maximal zu erwartenden Belastungen abzuschätzen, auch im Hinblick auf eventuelle Steuer Latenzen und ungeprüfte Betriebsprüfungszeiträume.⁹⁴

Dem Kern nach werden im Zuge einer Tax Due Diligence Prüfung gesamthaft alle Maßnahmen zur Durchleuchtung sämtlicher steuerlichen Faktoren sowie abgaberechtlichen Risiken und Chancen gesetzt.⁹⁵

Angenähert an die rechtliche Due Diligence zielt das Ergebnis bei der Tax Due Diligence in Verbindung mit Immobilienankäufen neben einer steueroptimierten Transaktionsstruktur im speziellen auf die Erhebung des aktuellen Steuer-Status-Standes des Zielobjektes ab, wobei auch hier eventuell auftretende Schwachstellen

⁹³ Vgl Brogyányi (2015): Rn 25

⁹⁴ Vgl Wiesner (2021): 376

⁹⁵ Vgl aaO: 373

und Haftungsrisiken mitaufgenommen werden, um diese in der Vertragsgestaltung mitberücksichtigen zu können.⁹⁶

3.3.5. Technische Due Diligence

Im Wesentlichen ist die Umsetzung und die Thematik einer technischen Due Diligence sehr umfangreich und intensiv und erfordert zudem ein spezielles, kompetentes Fachwissen, welches in der Praxis in Verbindung mit vertraglichen Garantie- und Gewährleistungsvereinbarungen von großer Bedeutung und Wichtigkeit ist.⁹⁷

Im Rahmen von Immobilientransaktionen besteht die Hauptaufgabe der technischen Due Diligence einen gesamthafter Überblick der bautechnischen und umwelttechnischen Verhältnisse sowie des Instandhaltungsaufwandes festzustellen – wobei zum einen nach den geltenden Gesetzen und dem Stand der Technik, zum anderen nach den Vorgaben des prospektiven Erwerbers die Bewertung zu erfolgen hat.⁹⁸ Bei größeren Transaktionsobjekten ist der Einsatz von Multidisziplinären Prüfungsteams erforderlich, welche die Fachmaterie der Architektur, Gebäudetechnik, Tragwerksplanung, Bauphysik und des Facility Managements beherrscht.⁹⁹

Zweck der technischen Due Diligence ist das Erkennen möglicher Risiken beim Immobilienerwerb, beispielsweise wie ein unvollständiger Gebäudestandard für die beabsichtigte Nutzung (fehlende Kühlung, Lüftungs- und Stromkapazitäten, Raumhöhen, technische Infrastruktur wie Security mit Zutrittskontrolle und Videoüberwachung, etc), eine mangelhafte Tragsicherheit (beispielsweise Problemen für Altbauten aufgrund neuer gesetzliche Bestimmungen), reduzierte Nutzung (beispielsweise erhöhte Nutzlasten für bestimmte Flächennutzungen), Sicherheitsmängel (beispielsweise Mängel von Brandschutzeinrichtungen, Absturzsicherungen, Verglasungen, etc), baubehördliche Probleme (beispielsweise Gebäude oder Gebäudeteile ohne behördliche Bewilligung, etc),

⁹⁶ Vgl Fuhrmann/Kerbl (2015): 195 ff

⁹⁷ Vgl Helbl/Schindler (2015): 85

⁹⁸ Vgl ebda

⁹⁹ Vgl Wiesner (2021): 371

Gebäudebeschaffenheit (zB Zustand, die eine kurz- bis mittelfristige Investition für Sanierung erforderlich machen und hohe Instandhaltungskosten aufgrund der fortgeschrittenen technischen Lebensdauer aufweisen), Baumängel (beispielsweise Feuchtigkeitseintritte, bauphysikalische Fehler in Wandaufbauten, Fenster und Dachkonstruktionen), Kontamination des Objektes oder der Liegenschaft.¹⁰⁰

Wesentliche Bedeutung kommt in der Praxis im Rahmen der Due Diligence Prüfung einer fachübergreifenden Zusammenarbeit zu, da neben der rechtlichen Prüfung des Vorhandenseins einer rechtskräftigen Baubewilligung inklusive Benützungsbewilligung, eine technische Prüfung der identen Bauausführung mit den bewilligten Einreichplänen sowie der Berücksichtigung möglicher Auflagen von hoher Wichtigkeit ist.¹⁰¹

Aus dem Blickwinkel des Erwerbers sind die Erkenntnisse einer technischen Due Diligence, insbesondere Nutzungspotenziale, Altlasten, Bauzustand, korrekte Flächenangaben, Investitionsstau, Sanierungszyklen, etc sowie die zu erwartenden in der Zukunft liegenden Folgekosten und deren Planung, von großer Bedeutung, nicht nur für den prospektiven Ankauf, sondern auch für eine Evaluierung des Kaufpreises. Vor diesem Hintergrund stellt in der Praxis die fachübergreifende und enge Zusammenarbeit der Legal und Technical Due Diligence Teams im Hinblick auf die Analyse und Ersichtlichmachung technischer Risiken die Basis für die vertraglich aufzunehmenden Garantie- und Gewährleistungszusagen dar.^{102,103,104}

3.4. Rechtliche Auswirkungen einer Due Diligence Prüfung

Am Ende einer Due Diligence Prüfung sind die aus den jeweiligen Fachbereichen Steuern, Recht, Wirtschaft und Technik erkannten potenziellen Risiken und Mängel einer Immobilie bzw des Zielobjektes festzustellen, und das Ergebnis des Risikoausmaßes – bestehend aus den beiden Komponenten Eintrittswahrscheinlichkeit und monetärer Risikohöhe – präzise zu bewerten. Darauf

¹⁰⁰ Vgl Helbl/Schindler (2015): 85 ff.

¹⁰¹ Vgl Foerster (2015): 169

¹⁰² Vgl Wiesner (2021): 380

¹⁰³ Vgl Hüttner/Schorn (2019): Rn 1/300

¹⁰⁴ Vgl Brugger (2020): Rn 10.278

basierend sind Maßnahmen für den Umgang dieser erhobenen Risiken zu erstellen und käuferseitig ein Entschluss zu fassen, wie in weiterer Folge mit den ersichtlichen Risiken und Schwachstellen vorgegangen werden soll. Die Einteilung der bewerteten Risiken erfolgt in verschiedenen Kategorien mit unterschiedlichen Auswirkungen auf die Risikoverteilung zwischen Käufer und Verkäufer.^{105,106}

Eine übliche Gliederung ist in diesem Zusammenhang die Unterteilung in Deal Breaker, Risiken, die vor Vertragsabschluss beseitigt werden können, Risiken, die im Kauf- und Abtretungsvertrag geregelt werden (Zusagen der Verkäufers, Gewährleistung, Kaufpreis Einbehalt) und Risiken, die akzeptiert werden müssen.

Ein unzureichendes Resultat führt zur einer Beendigung bzw Abbruch einer Transaktion, welche eintritt, wenn der potenzielle Kaufinteressent bereits im Verlauf des Due Diligence Prozesses Deal Breaker identifiziert hat, die keiner der nachfolgenden gezeigten Lösungen zugeführt werden können.¹⁰⁷ Naturgemäß führen eine Summe an unterschiedlichen, der im Due Diligence Prozess als beachtlich bewerteten Risiken zum Scheitern einer Transaktion, die aufgrund ihrer Komplexität für den Käufer nicht tragbar sind.¹⁰⁸

Zum Unterschied davon können wesentliche, im Rahmen des Due Diligence Prozesses, sichtbar gewordene Probleme auftreten, die durch den Verkäufer einer Heilung zugeführt werden können, jedoch idR von dem zur Verfügung stehenden Zeitrahmen abhängig sind.

Wenngleich oftmals ein stringenter Zeitplan vorliegt, kann der Kaufinteressent die Behebung der identifizierten Lücke als Bedingung für den Fortgang der Verhandlungen setzen, oder alternativ – beispielsweise aufgrund hohen Zeitdrucks – bei Kaufvertragsabschluss eine Absicherung durch Aufnahme einer aufschiebenden Bedingung iS Conditions Precedents vornehmen, mit dem Ziel, dass die in der Sphäre des Verkäufers gelegenen Probleme im Zeitpunkt des Closings als Auflage für dessen Umsetzung nachzuweisen hat.¹⁰⁹

Eine mögliche Resonanz auf das Vorliegen von wesentlichen Haftungsrisiken zieht oftmals eine Änderung der Transaktionsstruktur nach sich; so kann beispielsweise der Kaufinteressent angesichts von schwerwiegenden Haftungsrisiken in Verbindung

¹⁰⁵ Vgl Foerster (2015): 144

¹⁰⁶ Vgl Harasser (2013): ZLB 2013/9, 8

¹⁰⁷ Vgl Brogyányi (2015): Rn 62

¹⁰⁸ Vgl Harasser (2013): ZLB 2013/9, 9

¹⁰⁹ Vgl Mittendorfer/Hütter (2019): Rn 2/176 ff

mit der Zielgesellschaft einen Share Deal außer Betracht ziehen, sodass die prospektive Liegenschaft in Form eines Asset Deals erworben werden.¹¹⁰ Eine weitere denkbare Reaktion kann eine nachträgliche Korrektur des Kaufpreises sein. In der Praxis sind solche Anpassungsmechanismen, die zu einer Übertragung des Risikos auf den Käufer und im Gegenzug zur Minderung des Kaufpreises führen, durchaus üblich, wenngleich die Vertragsverhandlungen in diesem Zusammenhang herausfordernd sind.¹¹¹

Neben Kaufpreisanpassungen gibt es noch weitere Gestaltungsmöglichkeiten in Form einer Staffelung der Kaufpreiszahlung, welche die Koppelung an den (Nicht-) Eintritt bestimmter Ereignisse vorsieht.¹¹² Zentrale Bedeutung im Hinblick auf die Vorgangsweise der im Rahmen der Due Diligence ermittelten Risiken und festgestellten Mängel, kommt der vertraglichen Vereinbarung von Zusicherungen, Garantie- und Gewährleistungszusagen zu.^{113,114}

Zudem von wesentlicher Bedeutung, sind die im Kauf- und Abtretungsvertrag seitens des Verkäufers abzugebenden Zusicherungen, die in der Folge zu einer ausgewogenen Risikoverteilung zwischen Erwerber und Verkäufer führen soll. Die aus dem Due Diligence Prozess gewonnenen Erkenntnisse bilden die Basis für den Gewährleistungskatalog sowie für dessen Verhandlungen und sind auf die Spezifikation des transaktionsgegenständlichen Zielobjektes anzupassen.¹¹⁵

Ferner bestehen noch zusätzliche Möglichkeiten von im Zuge der Due Diligence ermittelten Risiken und offenbarer Schwachstellen in den Kauf- und Abtretungsvertrag miteinzubeziehen, wobei eine Adaption hinsichtlich der vertraglich vorgesehenen Verjährungsfristen¹¹⁶ sowie die Festlegung von Bagatellschwellen iS Haftungsobergrenzen bzw Haftungsuntergrenzen¹¹⁷ in Betracht zu ziehen sind.

Im Rahmen des dritten Kapitels lässt sich als Fazit zusammenfassen, dass zur Umsetzung einer Anteilsübertragung eine umfassende Vorbereitung bzw optimales Konzept erforderlich ist. Aus diesem Grund ist es empfehlenswert, vor dem Erwerb von Geschäftsanteilen das Ziel-Unternehmen einer detaillierten Due Diligence

¹¹⁰ Vgl Brogyányi (2015): Rn 62

¹¹¹ Vgl Mittendorfer/Hütter (2019): Rn 2/167

¹¹² Vgl Heidinger/Albeseder (2001): 32

¹¹³ Vgl Hüttner/Schorn (2019): Rn 1/299, 1/300

¹¹⁴ Vgl Kapitel 4.

¹¹⁵ Vgl Mittendorfer/Hütter (2019): Rn 2/209

¹¹⁶ Vgl Kapitel 4.2.3.

¹¹⁷ Vgl Kapitel 4.4.1.

Prüfung zu unterziehen, um als Basis für eine Kaufentscheidung eine ausreichende Informationsgrundlage zur Verfügung zu haben. Auch für die Verkäuferseite kann in der Praxis eine umfassende Due Diligence von entscheidender Bedeutung sein.

Die Ergebnisse einer Due Diligence dienen zudem zum einen zur Analyse und Beurteilung von möglichen Chancen und Risiken und dienen gleichzeitig als Basis für die Vertragsverhandlungen (Regelungen der Gewährleistung und Haftung) sowie zur Strukturierung des Kauf- und Abtretungsvertrages.

4. Gewährleistung

Nachdem sich das vorangegangene Kapitel eingehend mit dem Due Diligence Prozess beschäftigt hat, deren Ergebnisse als Grundlage zur Verhandlung des Garantie- und Gewährleistungskataloges herangezogen werden, widmet sich dieses Kapitel der Beurteilung der Anwendbarkeit des gesetzlichen Gewährleistungsregelungen auf den Anteilskauf (Liegenschaftserwerb durch Anteilskauf) da der Gegenstand des Anteilskaufes und somit der Gewährleistung eben an und für sich eine Beteiligung und nicht wie beim Asset Deal unmittelbar die Immobilie ist.

4.1. Zivilrechtliche Rahmenbedingungen

Im Hinblick auf die Prüfung der Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechtes im Rahmen von Liegenschaftskäufen wird grundsätzlich zwischen den beiden Transaktionsformen¹¹⁸ unterschieden: Bei einem Asset Deal (Liegenschafts Kauf ieS) kommen, da das Unternehmen selbst als Gesamtsache nach § 302 ABGB der Kaufgegenstand¹¹⁹ ist, die Gewährleistungsregeln des §§ 922 ff ABGB direkt zur Anwendung, da der weit dienende Sachbegriff des § 285 ABGB dem Gewährleistungsrecht zugrunde liegt.¹²⁰

Bei einem Share Deal (Liegenschaftserwerb iwS), im Rahmen dessen die Unternehmensanteile jenes Unternehmens gesamthaft übertragen werden, welche eine Liegenschaft im Eigentum hält, ist §§ 922 ff ABGB von Relevanz. Da es sich bei dem Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft rein rechtlich betrachtet um einen Rechtskauf handelt, finden darüber hinaus die speziellen Bestimmungen der §§ 1397 ff ABGB als Sondergewährleistungsrecht des Forderungskaufes – so weit der Anteilskauf und Forderungserwerb gleich gelagert sind – Anwendung.^{121,122,123}

Sohin haftet der Veräußerer nach § 1397 Abs 2 ABGB bei einer entgeltlichen Abtretung einer Forderung nicht nur für den rechtlichen Bestand der Richtigkeit (Verität), sondern darüber hinaus für die Einbringlichkeit (Bonität), also die

¹¹⁸ Vgl Kapitel 2.1.

¹¹⁹ Vgl Krejci (2013): 147 ff

¹²⁰ Vgl Welser/Siegwart (2015): Rn 2 ff

¹²¹ Vgl Reich-Rohrwig/Thiery (1991): ecolex 1991, 89 (90)

¹²² Vgl Wahl (2007): 491

¹²³ Vgl Hasenauer Pracht (2015): Rn 22

wirtschaftliche Tauglichkeit des Rechts, dass dem Anteilsinhaber einen vermögenswerten Anteil an der Zielgesellschaft und dem betriebenen Unternehmen verschafft. Beide Kriterien sind nach der Rsp „gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften“ iSd § 922 ABGB.¹²⁴ Demgemäß kann der Veräußerer auch beim Anteilsverkauf für die Eigenschaften des Vermögens einer Gesellschaft bzw die Beschaffenheit des Objektes, auf das sich das Recht bezieht, in die Gewährleistungspflicht einbezogen werden.^{125,126}

Beim Erwerb aller Anteile durch den Käufer wird nach der Verkehrsauffassung das Unternehmen als wirtschaftlicher Gegenstand des Beteiligungskaufes angesehen. Daher wird aus gewährleistungsrechtlicher Sicht von Lehre¹²⁷ und Rsp¹²⁸ dem Kern nach, dem Unternehmenskauf ieS (Asset Deal) gleichgestellt, da die Art des Erwerbes, hier der Anteilskauf nur eine besondere gesellschaftsrechtlich zulässige Variante darstellt, um Verfügungsgewalt über eine Gesellschaft zu erlangen.¹²⁹

Unklar ist nun, ob diese Grundsätze auch für den Kauf einer Minderheitsbeteiligung gelten, die in der Lit^{130,131} nicht einheitlich beantwortet wird. Grundsätzlich kommt es darauf an, ob die Parteien beim Share Deal die Eigenschaften der Gesellschaft

¹²⁴ Vgl Wahl (2007): 491

¹²⁵ Vgl OGH 06.09.1990, 6 Ob 564/90 ecolex 1991, 24

¹²⁶ Vgl Welser/Siegwart (2015): Rn 8

¹²⁷ Vgl Kepplinger/Duursma (2001): ZfRV 2001, 90f

¹²⁸ Vgl OGH 30.08.1995, 3 Ob 520/94, 559/95, ecolex 1996, 15 (Puck); OGH 24.10.1995, 4 Ob 1657/95; OGH 27.06.1996, 2 Ob 2140/96m, ecolex 1996, 910; OGH 18.04.2002, 8 Ob 37/02b; OGH 12.05.2009, 10 Ob 21/08y, ecolex 2009/257

¹²⁹ Vgl Reich-Rohrwig/Thiery (1991): ecolex 1991, 89 (90)

¹³⁰ Vgl Reischauer in Rummel³ § 933 Rn 4; stellt den Share deal wirtschaftlich dem Asset deal gleich, wenn entweder alle Anteile, Mehrheitsbeteiligungen oder zumindest ein Anteil im Ausmaß der Sperrminorität erworben wurde; *Reich-Rohrwig/Thiery* (1991), ecolex 1991, 90 und *Kepplinger/Duursma* (2001), ZfRV 2001, 86 (92) sprechen sich für eine grundsätzliche Gleichbehandlung von dem Erwerb einer Mehrheits- oder Minderheitsbeteiligung aus; *Hasenauer/Pracht* (2015), Rn 23, treten für eine Einstandspflicht bei Minderheitsbeteiligungen bei Unternehmensmängel ein, sofern nicht eine reine Finanzbeteiligung existiert und der Käufer durch die Ausübung von Minderheitsrechten, insbesondere Sperrminorität, eine Art Mitbestimmung über das Unternehmen ausüben kann; *Wilhelm* (2005), ecolex 2005, 741, stellt beim Anteilserwerb auf die Auslegung des Vertrages ab. Es kommt darauf an, ob nach dem Parteiwillen das Unternehmen selbst zum wirtschaftlichen Gegenstand des Kaufvertrages des Anteilskaufes zu betrachten ist; *Dorda/Wolf* (2015), Rn 11, unterstellen dem Erwerber einer Minderheitsbeteiligung grundsätzlich ein geringes Interesse an der Beschaffenheit des Gesellschafts-vermögens und setzen sich in diesem Zusammenhang für eine Einschränkung der vorvertraglichen Informationspflichten für die Verkäuferpartei ein; *Lindenbauer* (2019), 43, ist hingegen der Ansicht, dass „selbst bei noch so kleinen Anteilsgrößen das Vorliegen einer vertraglichen Verpflichtung in Bezug auf eine gewisse Unternehmensbeschaffenheit nicht auszuschließen ist“. Im Hinblick auf die gewährleistungsrechtliche Einstandspflicht des Anteilsveräußerers sieht *Lindenbauer* (2019), 35 die „*einzig und allein im konkreten Fall vorliegenden bedungenen sowie gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften [...] welche sich auf die Beschaffenheit des Unternehmens beziehen können*“, als maßgeblich an und muss – entgegen der überwiegenden Ansicht der Lit – „*im Einzelfall nicht zusätzlich noch geprüft werden*“. Aus seiner Sicht zeigen sich beim Share Deal „*keinerlei Besonderheiten im Vergleich*“ zum Asset Deal.

¹³¹ Vgl auch die Übersicht der Lehrmeinungen in *Kepplinger/Duursma* (2001): ZfRV 2001, 86

konkudent zu den relevanten Eigenschaften der Beteiligung erhoben haben. Weiters gilt es zu klären, wieweit die Güte eines Anteils ausdrücklich oder stillschweigend bestätigt worden ist bzw als Risikogeschäft zu betrachten ist.¹³²

Wesentlich ist dabei aus dem Blickwinkel des Gewährleistungsrechts, dass der Mangel auf den Unternehmenswert als Gesamtes bzw auf den Beteiligungswert durchschlägt.^{133,134} Die Anwendbarkeit der Gewährleistungsregeln beim Share Deal wird jedenfalls dann bestehen, wenn sämtliche relevanten Eigenschaften der Gesellschaft ausdrücklich zugesichert wurden oder eine Garantie vorlag.^{135,136,137}

Nach der jüngeren Rsp des OGH sind die Gewährleistungsregelungen der §§ 922 ABGB auch bei einem Erwerb einer Minderheitsbeteiligung von Relevanz.¹³⁸ Daher ist im konkreten Einzelfall mittels Auslegung des konkreten Vertrages zu beurteilen, *„wie weit beim Anteilserwerb die vom Zustand des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens abhängige Güte (Qualität) eines Anteils ausdrücklich oder stillschweigend zum Gegenstand des Geschäfts gemacht worden ist“*.¹³⁹

Im gegenständlichen Fall wurde beim Aktienkauf – dem vordergründig ein Spekulationsgeschäft zugrunde lag – die Bedeutsamkeit von Mängeln des Unternehmens verneint bzw der abtretende Aktionär hat auch nicht für bestimmte

¹³² Vgl OGH 17.12.2012, 5 Ob 136/12d, OGH 05.07.2011, 4 Ob 44/11s

¹³³ Vgl Brugger (2020): Rn 11.6, 11.7.

¹³⁴ Vgl Oberlechner (2006): ecolex 2006, 628

¹³⁵ Vgl Reich-Rohrwig/Thiery (1991): ecolex 1991, 89 (91)

¹³⁶ Vgl Hasenauer/Pracht (2015): Rn 22

¹³⁷ Auch Lindenbauer (2019), 36 ff, teilt die Sichtweise des OGH in der E 5 Ob 136/12d, dass die *„für den Unternehmenskauf geltenden Gewährleistungsregeln grundsätzlich bei Erwerb einer Minderheitsbeteiligung anwendbar“* und *„dass bei Veräußerung von Geschäftsanteilen für ausdrücklich zugesagte oder gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften [...] Gewähr zu leisten ist*. Seiner Ansicht nach *„stelle sich auch nach jüngerer Rsp nicht, unter welchen Voraussetzungen beim Anteilskauf „Unternehmensmängel durchschlagen“*.

¹³⁸ Vgl OGH 30.03.2000, 2 Ob 68/00i, RdW 2000; OGH 05.07.2011, 4 Ob 44/11s

¹³⁹ Vgl OGH 05.07.2011, 4 Ob 44/11s; OGH 17.04.2012, 4 Ob 174/11h, (RIS-Justiz, RS0127038)

Beim außerbörslichen Kauf von Aktien hängt es von der Auslegung des konkreten Vertrages ab, ob der Verkäufer auch für bestimmte Eigenschaften des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens Gewähr zu leisten hat. Dies ist – abgesehen vom Fall ausdrücklich zugesicherter Eigenschaften – umso weniger anzunehmen, je weniger der Aktienerwerb einen beherrschenden Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ermöglicht und je mehr Anlage- und Spekulationszwecke im Vordergrund des Geschäftes stehen (RIS-Justiz, RS0127038); In OGH 17.12.2012, 5 Ob 136/12d, (RIS-Justiz, RS0014894) wiederholte der OGH die Erkenntnisse früherer E, insbesondere dass beim Kauf eines Anteilrechtes, unabhängig von der Höhe der erworbenen Beteiligung neben den §§ 1397 ABGB auch die §§ 922ff ABGB zur Anwendung kommen. Darüber hinaus stellte er – wie bereits s.o. zu 4 Ob 44/11s fest, dass die *„Veräußerung von Geschäftsanteilen für ausdrücklich zugesagte oder gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens Gewähr zu leisten ist“*. Dies gelte auch für den Erwerb von Minderheitsbeteiligungen, wobei sich der Gewährleistungsumfang nur anhand der konkreten vertraglichen Vereinbarungen beurteilen lässt.

Eigenschaften des Unternehmens Gewähr zu leisten.^{140,141} Gleiches gilt, wenn Geschäftsanteile zum Nominale oder um ein symbolisches Entgelt gekauft wurden, hier ist nicht davon auszugehen, dass für eine bestimmte Beschaffenheit des Unternehmens zu haften sein wird.¹⁴²

§§ 922ff ABGB normiert für die Gewährleistung bei einem Anteilskauf, dass der Verkäufer für die vertraglich vereinbarten Eigenschaften des Kaufobjektes und für bedungene oder gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften Gewähr leistet; zeigt sich, dass diese Eigenschaften abweichen und daraus ein Rechts- oder Sachmangel vorliegt, kann der Erwerber Gewährleistung, sowie bei Verschulden Schadenersatz geltend machen.¹⁴³

Neben der grundsätzlichen Thematik der Anwendbarkeit der gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen bei Anteilskäufen bestehen in den unterschiedlichsten Fragen Unklarheiten, beispielsweise in Verbindung mit der Vermutung des § 922 Abs 2 ABGB, demnach öffentliche Aussagen des Gewährleistungsverpflichteten im Zuge der Erwartungen des Käufers zum Vertragsgegenstand werden, der in § 924 ABGB enthaltenen Vermutung einer Mangelhaftigkeit, wenn der Mangel innerhalb von sechs Monaten ab Übergabezeitpunkt hervorkommt.

Weiters geht aus gesetzlichen Gewährleistungsbehelfen gemäß § 932 ABGB hervor, wonach – in der Praxis oftmals bevorzugte – Preisminderung nur zweitrangig – sofern Verbesserung als auch Austausch durch Unmöglichkeit, Unverhältnismäßigkeit, Verweigerung, Verzug oder eine Unzumutbarkeit aus dem Blickwinkel des Übernehmers vorliegt, oder vom Übergeber ein Austausch in einer angemessenen Frist nicht durchführbar ist – zusteht.¹⁴⁴

Nicht abschließend geklärt ist auch die Frage, insbesondere ab welcher Anteilsgröße beim Share Deal Mängel des Unternehmens bzw Mängel der Liegenschaft auch als

¹⁴⁰ Vgl ebda

¹⁴¹ Anders offenbar *Lindenbauer (2019)*, 34 ff, welche der Ansicht ist, dass auch bei Vorliegen eines „Spekulationsgeschäftes“ es auf die „*bedungenen und gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften ankomme*“; vgl RIS-Justiz RS0127038

¹⁴² Vgl Welser/Siegwart (2015): Rn 6

¹⁴³ Vgl Fischer/Foerster (2015): 339 ff.

¹⁴⁴ Vgl Hasenauer/Pracht (2015): Rn 17 ff

Mängel der Beteiligung anzusehen sind. Nach herrschender Meinung soll dies im Fall der Veräußerung für alle Anteile einer Gesellschaft gelten.¹⁴⁵

Ebenso unklar ist auch die Anwendbarkeit der in §§ 1397 ff ABGB vorgesehenen Haftungsbeschränkung auf den Anteilskauf, die von der Lit mehrheitlich abgelehnt wird.¹⁴⁶

Dieser kurze Überblick über die beispielhafte Aufführung an Unklarheiten verdeutlicht, dass das gesetzliche Gewährleistungsrecht nicht für den Anteilskauf im Rahmen von Liegenschafts- oder Unternehmenstransaktionen zugeschnitten ist – weshalb in der Vertragspraxis, zur Erhöhung der Rechtssicherheit und zur Sicherung einer zielgerichteten Durchführung eines eventuellen Ausgleichs für Leistungsstörungen, ein genauer Zusicherungskatalog der bedungenen Eigenschaften sowie des Kaufgegenstandes im Rahmen eines Kauf- und Abtretungsvertrages unumgänglich ist.

Naturgemäß zählen zu den zugesagten Eigenschaften beispielsweise Bilanzgarantien, kein Vorliegen an Steuer- und Abgabenrückständen sowie lastenfreie bzw keine eingetragenen Pfandrechte der gegenständlichen Liegenschaft.^{147,148}

4.2. Ausprägungen von Gewährleistung

4.2.1. Sach- und Rechtsmängel

Das Gewährleistungsrecht differenziert zwischen Sachmängeln und Rechtsmängeln. Sachmängel sind Mängel, wenn es einer Sache an körperlicher Substanz fehlt.¹⁴⁹ Dabei ist vorrangig – als Bewertungsmaßstab für die Beurteilung des Mangels – auf den Vertragsinhalt abzustellen. Etwa wird als Sachmangel das Vorliegen einer Altlast auf einer Liegenschaft verstanden.

¹⁴⁵ Vgl Wilhelm (2005): ecolex 2005, 741

¹⁴⁶ Vgl Walch (2013): NZ 2013/78, 171

¹⁴⁷ Vgl Puck (1996): ecolex 1996, 247

¹⁴⁸ Vgl Fischer/Foerster (2015): 341

¹⁴⁹ Vgl Hasenauer/Pracht (2015): Rn 16

Ein Rechtsmangel wird angenommen, wenn der Verkäufer dem Käufer nicht die vertraglich vereinbarte und beabsichtigte Rechtsstellung gewährt.¹⁵⁰ Ein Rechtsmangel ist bereits dann anzusehen, wenn der Umstand, aus dem der Rechtsmangel entspringt, mit mehrheitlicher Wahrscheinlichkeit feststeht.¹⁵¹

In diesem Kontext sind auch privatrechtliche Fehler, beispielsweise ist als Rechtsmangel der Verkauf einer mit Pfandrecht belasteten Liegenschaft oder eine fehlende Betriebsanlagengenehmigung, als öffentlich-rechtlicher Mangel in Betracht zu ziehen.¹⁵²

Wenngleich die Behandlung von Sach- und Rechtsmängel durch den Verkäufer gleichwertig zu erfolgen hat, bestehen in diesem Zusammenhang wichtige Unterschiede, welche in Kapitel 4.2.3. näher behandelt werden.

4.2.2. Gewährleistungsbefehle

Liegt ein Gewährleistungsfall vor, stehen dem Käufer gemäß § 932 ABGB folgende Gewährleistungsbefehle zur Verfügung: Demnach kann der Erwerber primär

- (i) Verbesserung des Mangels (iS Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden)
- (ii) Austausch der Leistung und in einem zweiten Schritt
- (iii) Minderung (iS Preisminderung) sowie
- (iv) Wandlung (Rückabwicklung des Vertrages) beanspruchen.

Die Methodik der Gewährleistungsbefehle gemäß § 932 Abs 2 ABGB besteht aus einem zweistufigen System, wobei auf erster Ebene die beiden Rechtsbefehle Verbesserung und Austausch anzuwenden sind.¹⁵³

¹⁵⁰ Vgl OGH 02.04.1998, 6 Ob 312/97v, wobl 1998/229

¹⁵¹ Vgl OGH 03.04.2008, 1 Ob 21/08g

¹⁵² Vgl Artner/Kohlmaier (2020): 63 ff

¹⁵³ Vgl Hasenauer/Pracht (2015): Rn 17

Nachfolgende Grafik zeigt die Terminologie der gesetzlichen Gewährleistungsbehelfe:

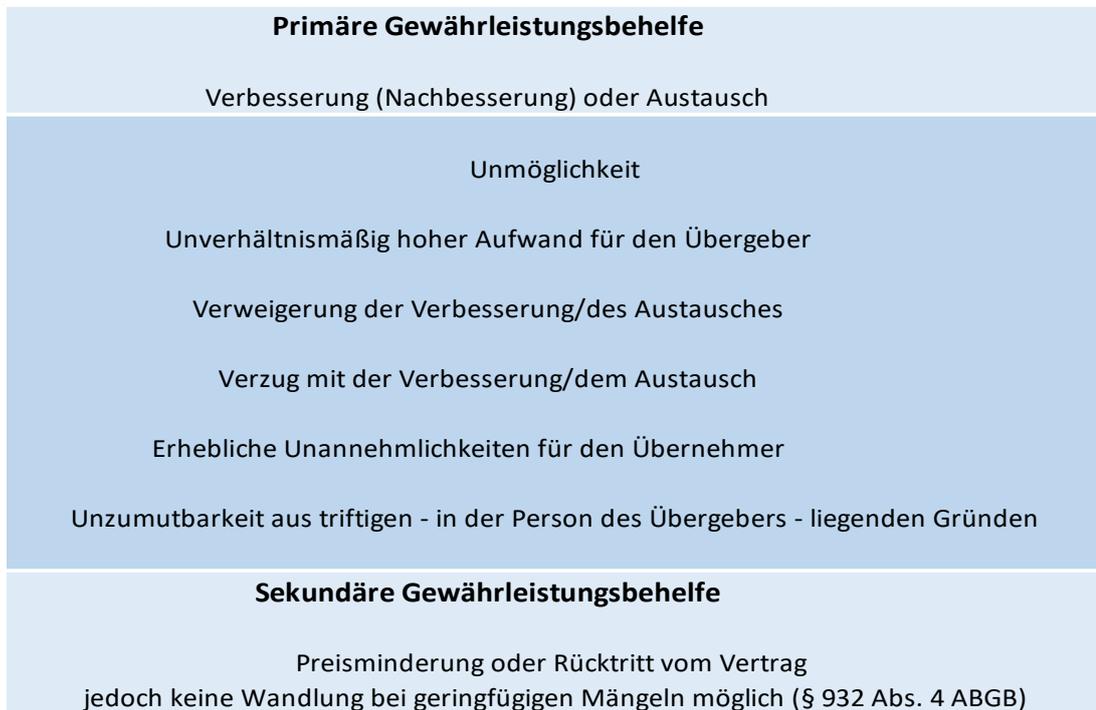


Abb. 9: gesetzliche Gewährleistungsregeln (in Anlehnung an Brugger)¹⁵⁴

Die Rechtsbehelfe der Sekundärstufe, Preisminderung oder Rückabwicklung des Vertrages kommen erst bei deren (i) Unmöglichkeit, (ii), wenn einer dieser Rechtsbehelfe für den Übergeber mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden ist oder (iii), wenn der Übergeber dem Verlangen des Übernehmers nicht oder nicht in angemessener Frist nachkommt, zur Anwendung.¹⁵⁵

Durch diese Vorrangregelung kann der Übernehmer von seinem Wahlrecht aus den primären Rechtsbehelfen Verbesserung oder Austausch Gebrauch machen, sofern diese Abhilfeform für den Übergeber möglich und tunlich ist, bzw darf der Übergeber erst bei dessen Unmöglichkeit oder Untunlichkeit auf die zweite Sekundärebene verweisen. Grundsätzlich zielt das Gewährleistungssystem darauf ab, dem Verkäufer eine zweite Möglichkeit zur Mängelbehebung einzuräumen.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Vgl Brugger (2020): Rn 11.13

¹⁵⁵ Vgl Leitner (2001): immolex, 210

¹⁵⁶ Vgl Hasenauer/Pracht (2015): Rn 17

Bei Liegenschaftstransaktionen ist zumeist im Rahmen des gesetzlichen Gewährleistungsbehelfes innerhalb einer festgelegten Frist eine Nachbesserung seitens des Verkäufers vorgesehen.¹⁵⁷ Sohin kommen im Rahmen des Gewährleistungsrechtes - bei Immobilientransaktionen im Zuge von Anteilskäufen - vorgesehene Austausch als primärer Gewährleistungsbehelf nicht in Betracht.¹⁵⁸

Im Hinblick einer Immobilientransaktion im Zuge eines Anteilskaufes ist eine Preisminderung als sekundärer Gewährleistungsbehelf, auf Basis der relativen Berechnungsmethode erwägbar, wobei die bei Kaufvertragsabschluss festgelegte subjektive Äquivalenz wiederherzustellen ist.

Sohin ist, ursprünglicher Kaufpreis (P) zum geminderten Kaufpreis (p) sowie der objektive Wert des Anteils ohne Mangel (W) zum objektiven Wert des Anteils mit Mangel (w), in das Verhältnis zu setzen, dh $P : p = W : w$. Aufgrund der Komplexität ist die Berechnung des Wertes der mangelhaften Sache in der Praxis mit hohem Aufwand verbunden.¹⁵⁹

Hingegen nach § 932 Abs 3 hat der Verkäufer die Verbesserung oder den Austausch in angemessener Frist mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten zu bewirken. Erst im nächstfolgenden Schritt kann der Käufer die sekundären Rechtsbehelfe, als Wahlrecht, Preisminderung oder Wandlung, nach § 932 Abs 4 ABGB verlangen, insbesondere wenn:

- (i) die Unmöglichkeit auf Verbesserung und Austausch
- (ii) Unverhältnismäßigkeit für den Übergeber im Hinblick des hohen Aufwandes der Verbesserung oder des Austausches
- (iii) Verweigerung der Verbesserung oder des Austausches durch den Übergeber
- (iv) Zeitverzug der Verbesserung oder des Austausches durch den Übergeber
- (v) Erheblichkeit is Unannehmlichkeit für den Übernehmer in der Verbesserung oder des Austausches
- (vi) Unzumutbarkeit aus triftigen – in der Person des Übergebers – liegenden Gründen.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Vgl aaO: Rn 56

¹⁵⁸ Vgl Fischer/Foerster (2015): 342

¹⁵⁹ Vgl Fischer/Foerster (2015): 342

¹⁶⁰ Vgl Leitner (2001): immoex 2001, 210

Wenngleich der Anspruch auf Wandlung durch den Erwerber besteht, dann insofern nur, wenn es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt. Die Qualifikation eines geringfügigen Mangels bedarf jedoch regelmäßig einer individuellen Interessensabwägung.^{161,162} Im Allgemeinen wird die Wandlung bzw. Aufhebung und Rückabwicklung von Verträgen in der Praxis aufgrund der zahlreichen Schwierigkeiten vertraglich ausgeschlossen.¹⁶³

4.2.3. Gewährleistungsfristen

Aufgrund des dispositiven Charakters der Gewährleistungsbestimmungen können gemäß § 933 Abs 1 letzter Satz ABGB abweichende bzw. vertraglich verlängerte oder verkürzte Vereinbarungen getroffen werden. Für spezielle Rechtsvorschriften beispielsweise das KSchG stehen solchen Verfügungen entgegen.¹⁶⁴

Der Fristenlauf im Rahmen der Gewährleistung richtet sich im Allgemeinen nach der Unterscheidung zwischen Sach- und Rechtsmangel.¹⁶⁵ Grundsätzlich wird die Gewährleistungsfrist bei einem Sachmangel ab der physischen Übergabe der Sache ausgelöst, bei Rechtsmangel mit der Erkennbarkeit des Mangels.¹⁶⁶ Häufig wird bei Sachmängeln als Beginn der Frist, der Abschluss des Rechtsgeschäftes, ausgelöst. Diese ist für die Primär- und Sekundärrechtsbehelfe gleichermaßen anzuwenden.¹⁶⁷

Im Rahmen des Anteilskaufes ist nach hL¹⁶⁸ der Zeitpunkt der Übergabe der Sache jener, in dem der Käufer durch seinen Eintritt Gesellschafterstellung rechtsgültig erwirbt und seine Kontrollrechte, beispielsweise Informationsrechte wahrnehmen kann. Erfolgt der tatsächliche Erwerb mittels aufschiebender Bedingung, beispielsweise aufgrund abzuwartender Zustimmung durch die Aufsichtsbehörden, so ist der spätere Zeitpunkt des Closings¹⁶⁹ fristverursachend und nicht das Signing¹⁷⁰ heran-

¹⁶¹ Vgl Brugger (2020): Rn 11.13 ff

¹⁶² Vgl Welser/Siegwart (2015): Rn 40

¹⁶³ Vgl Flener (2007): 613

¹⁶⁴ Vgl Bittner et al (2008): 57

¹⁶⁵ Vgl Lindenbauer (2019): 146

¹⁶⁶ Vgl Artner/Kohlmaier (2020): 64

¹⁶⁷ Vgl Welser/Siegwart (2015): Rn 60

¹⁶⁸ Vgl aaO: Rn 56

¹⁶⁹ Anm: Das Verfügungsgeschäft wird als Closing bezeichnet, vgl Glossar

¹⁷⁰ Anm: Der Abschluss eines Verpflichtungsgeschäftes wird als Signing bezeichnet, vgl Glossar

zuziehen.¹⁷¹ Grundsätzlich beträgt die Gewährleistungsfrist gemäß § 933 Abs 1 ABGB beim Verkauf von beweglichen Sachen zwei Jahre und beim Verkauf von unbeweglichen Sachen drei Jahre. Bei einem Anteilskauf ist die Dauer der Gewährleistungsfrist differenziert zu sehen: nach hL¹⁷² und Rsp wird ein Unternehmen als bewegliche Sache behandelt, weshalb die zweijährige Frist bei unmittelbar dem Anteil anhaftenden Rechtsmängeln beim Share Deal anzuwenden ist, beispielsweise durch unvollständige Kapitaleinzahlung.¹⁷³

Bezieht sich der Mangel auf die im Eigentum des Unternehmens stehende Immobilie, kommt grundsätzlich für eine unbewegliche Sache eine Gewährleistungsfrist von drei Jahren zur Anwendung.¹⁷⁴

Gemäß § 933 Abs 1 ABGB, welcher eine lex specialis zu § 1502 ABGB darstellt¹⁷⁵ können Verlängerungen oder Verkürzungen der Gewährleistungsfristen in Verbindung mit der Ausgestaltung von Kaufverträgen vorgenommen werden, wobei in der Praxis von dieser Möglichkeit der Modifikation – insbesondere bei Immobilientransaktion im Zuge von Anteilskäufen – Verwendung findet.¹⁷⁶

Im Zusammenhang mit der Dauer von Gewährleistungsfristen bei Anteilskäufen sind im Zweifel konkrete Regelungen in den Kaufverträgen im Rahmen von Immobilientransaktionen mitaufzunehmen, auch vor dem Hintergrund der Interessenwahrung der Parteien sowie einer entsprechenden Rechtssicherheit nachzukommen.¹⁷⁷

4.2.4. Abgrenzung Garantie und Gewährleistung

Da in der Praxis häufig bei Liegenschaftstransaktionen die gesetzlichen Gewährleistungsbehelfe ausgeschlossen werden, ist es erforderlich diese Lücke durch vertragliche Gewährleistungsregelungen bzw Zusicherungen auszufüllen. In diesem Kontext werden bestimmte Eigenschaften in Kaufverträgen zugesichert.

¹⁷¹ Vgl aaO: Rn 57

¹⁷² Vgl Kogler (2010): ecolex 2010, 239

¹⁷³ Vgl Welser/Siegwart (2015): Rn 61

¹⁷⁴ Vgl Wahl (2007): 495

¹⁷⁵ Vgl Welser/Siegwart (2015): Rn 65

¹⁷⁶ Vgl ebda

¹⁷⁷ Vgl Flener (2007): 617

Dabei ist die rechtliche Einordnung und Interpretation solcher Zusagen, zu differenzieren zwischen schlichten Eigenschaftszusagen und Garantiezusagen is unechter und echte Garantie.^{178,179} Im Hinblick auf die Unterschiedlichkeit der Rechtsfolgen sowie der Begrifflichkeiten unechter und echter Garantie ist eine genau Abgrenzung erforderlich.^{180,181}

Demnach liegt eine unechte Garantie dann vor, wenn der Verkäufer eine Verlängerung über die gesetzlichen Gewährleistungsfrist hinaus - beispielsweise ein nach Anteilsübergabe auftretender Mangel – zusichert.¹⁸² Auch die regelmäßig abgegebene Garantie für die ordnungsgemäße Erstellung eines Jahresabschlusses kann nach Rsp nur als unechte Eigenschaftsgarantie qualifiziert werden.¹⁸³

Allerdings darf lediglich im Zweifel vermutet werden, dass die verkaufende Partei ausschließlich für die Mängel, die schon zum Zeitpunkt der Anteilsübertragung zumindest als Anlage existent waren, haften will und darf dementsprechend von keiner Erweiterung der gesetzlichen Einstandspflicht ausgegangen werden.¹⁸⁴

Ein echter Garantievertrag bewirkt die Begründung einer selbstständigen Schuld, welches sich durch Unabhängigkeit von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldverhältnisses auszeichnet;¹⁸⁵ Von einer echten Garantie gemäß § 880 a 2. Halbsatz ABGB spricht man, wenn ein selbstständiger Verpflichtungsgrund vorliegt.¹⁸⁶ Die Haftung des Verkäufers kommt – mangels abweichender Vereinbarung – verschuldensunabhängig für das Erfüllungsinteresse, wenn der garantierte Erfolg nicht eintritt, zum Tragen.¹⁸⁷

Der echte Garantievertrag tritt grundsätzlich neben des eigentliche Veräußerungsgeschäft, infolgedessen existieren die aus der Garantie bestehenden Ansprüche neben etwaigen Gewährleistungsansprüchen.¹⁸⁸

¹⁷⁸ Vgl Brugger (2020): Rn 11.78

¹⁷⁹ Vgl Wiedenbauer/Klauninger (2003): ecolex 2003, 397

¹⁸⁰ Vgl Havranek/Kocsan (2015): 458

¹⁸¹ Vgl Artner/Kohlmaier (2020): 66

¹⁸² Vgl Reich-Rohrwig (2015): Rn 47

¹⁸³ Vgl OGH 25.03.2003, 1 Ob 41/03s, JBI 2003, 853;

¹⁸⁴ Vgl Reich-Rohrwig (2015): Rn 48

¹⁸⁵ Vgl Hasenauer/Pracht (2015): Rn 51

¹⁸⁶ Vgl Wiedenbauer/Klauninger (2003): ecolex 2003, 397

¹⁸⁷ Vgl Hasenauer/Pracht (2015): Rn 51

¹⁸⁸ Vgl Wiedenbauer/Klauninger (2003): ecolex 2003, 397

Betreffend der Verjährungsfristen bietet die echte Garantie den Vorteil, dass Schadenersatzansprüche in drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger gemäß § 1489 ABGB verjähren, zudem kommt gemäß § 1484 ABGB die 30-jährige Verjährungsfrist zur Anwendung.¹⁸⁹

Häufig scheitern Vertragsverhandlungen aufgrund unterschiedlicher Auslegungen zwischen unechter und echter Garantie, welche sohin unmissverständliche und klare Vertragsregelungen erfordern um Klarheit und Rechtssicherheit in diesem Zusammenhang zu erzielen, welche zum einen durch die Referenz auf den § 880 a 2. Halbsatz ABGB oder durch ausdrückliche Anweisung einer verschuldens-unabhängigen Haftung im Falle des Nichtvorliegens konkreter Eigenschaften, können im Nachhinein unnötige Grabenkämpfe und Interpretationsprobleme nach Möglichkeit vermieden werden.¹⁹⁰

Rechtlich sind auch Freistellungsverpflichtungen als echte Garantie gemäß § 880 a 2. Halbsatz ABGB anzusehen, wobei diese idR in Verbindung mit Risiken – die für den Käufer sichtbar jedoch nicht nach ihrem Ausmaß bzw Höhe und Eintreten einschätzbar sind – mit der Zielgesellschaft vereinbart werden. Daher wird eine Einstandspflicht des Verkäufers im Zuge einer Gewährleistung nicht in Erwägung gezogen, da meist dem Käufer durch die Offenlegung der Risiken die Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen sind.¹⁹¹

Häufig sind in Anteilskaufverträgen neben Gewährleistungs- und Garantiezusagen auch Covenants vorgesehen, welche sich insofern unterscheiden, dass eine Nichteinhaltung der Verpflichtung sanktioniert wird, beispielsweise die Verpflichtung des Verkäufers für die Zeit zwischen Signing und Closing keine organisatorischen Gesellschafterbeschlüsse bei der Zielgesellschaft ohne Zustimmung des Erwerbers zu fassen, keine außerordentlichen Geschäftsführungs-Betätigungen zu setzen.¹⁹²

Zusammenfassend betrachtet, zeigt sich der hohe Stellenwert, welcher eine klare und umfassende Regelung von Haftungszusagen im Zuge der Vertragsverhandlung zukommt. Wenngleich auch die Umstände jeden Einzelfalls gesondert berücksichtigt werden müssen, kann anhand des Spielraumes einer eindeutigen, zielgerichteten

¹⁸⁹ Vgl ebda

¹⁹⁰ Vgl Hasenauer/Pracht (2015): Rn 54

¹⁹¹ Vgl aaO: Rn 46

¹⁹² Vgl aaO: Rn 44

und autonomen Vertragsregelung gleichzeitig zu Rechtssicherheit der Parteien beitragen. Ergänzt werden sollte in diesem Zusammenhang die Rechtsfolgen bei Verletzung einer verpflichtenden Zusage – losgelöst von den Begrifflichkeiten Garantie und Gewährleistung – final im Vertrag aufgenommen werden, um in der Folge Unstimmigkeiten sowie auch häufiger Debatten betreffend Gewährleistung und Garantie zu entgehen.¹⁹³

4.3. Gewährleistungszusagen in der Praxis

Grundsätzlich kommen die gesetzliche Gewährleistungsregelungen des § 922 ABGB auch bei Anteilskäufen zur Anwendung¹⁹⁴, wobei sich in der Praxis aus Gründen der Rechtssicherheit, sowie zur Vermeidung nachträglicher Streitigkeiten eine eindeutige vertragliche Vereinbarung als sinnvoll erwiesen hat.¹⁹⁵

Zudem soll im Rahmen des vertraglichen Prozesses neben den Regelungen über zugesagte Eigenschaften auch Regelungen für Eigenschaften, wo nicht Gewähr geleistet wird, berücksichtigt werden, insbesondere zwecks Vermeidung von Unsicherheiten und Unklarheiten. Als sinnhaft wäre dabei auch der Haftungsausschluss für nicht konkret zugesagte Eigenschaften anzusehen.¹⁹⁶

Auch vor dem Hintergrund der Gleichschaltung von Gewährleistung und Schadenersatz sollte der ausdrückliche Ausschluss von Schadenersatzansprüchen oder dem für Gewährleistungsansprüche vertraglich vereinbarten Rechtsfolgenregime angefügt werden.¹⁹⁷

Eine weitere Verknüpfung stellt die wirtschaftliche Betrachtung zwischen Kaufpreis und Gewährleistungszusagen dar, bzw ist insofern gegeben, dass oftmals bei beachtlichen Gewährleistungszusagen sowie einem höheren Käuferrisiko ein hoher Kaufpreis gefordert ist. Sohin bemisst sich die Höhe des Kaufpreises direkt proportional zum Ausmaß der Gewährleistung. Ergebnis daraus ist, dass Kaufpreis

¹⁹³ Vgl Flener (2007): 601

¹⁹⁴ Vgl detaillierte Ausführungen, Kapitel 4.1.

¹⁹⁵ Vgl Walch (2013): NZ06/2013, 175

¹⁹⁶ Vgl Hasenauer/Pracht (2015): Rn 17

¹⁹⁷ Vgl Flener (2007): 611

und Gewährleistungszusagen zum einen frühzeitig zum anderen gleichlaufend in die Kaufvertragsverhandlungen und Vereinbarungen eingebunden werden sollten.¹⁹⁸

In diesem Zusammenhang werden von den involvierten Parteien gesamthaft Kataloge von Eigenschaftszusagen in die Ausgestaltung und Verhandlung von Kaufverträgen¹⁹⁹ mitaufgenommen, mit dem Ziel einen unterschriftsreifen Kompromiss zu erreichen.²⁰⁰ Nachstehender Katalog gibt einen zusammenfassenden Überblick (ohne Anspruch auf Vollständigkeit):

Katalog der Gewährleistungszusagen	
Bereich	Zusage
Berechtigung zum Vertragsabschluss	<ul style="list-style-type: none"> • Berechtigung zur Erfüllung der Verpflichtung aus Vertrag • Kein Verstoß gegen vertragliche Verpflichtungen aus anderen Verträgen • Ausreichende Bevollmächtigung der Handelnden zum Vertragsabschluss
Gesellschafts- und Beteiligungsverhältnis	<ul style="list-style-type: none"> • Rechtswirksame Gründung/Bestehen der Gesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften • Unbelastetes, unbeschränktes Eigentum an Anteilen und freie Verfügung über Anteile • Vollständigkeit und Richtigkeit der Gesellschaftsverträge • Richtigkeit des korrekten Firmenbuchstandes • Einzahlung des Stammkapitals • Keine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit/Insolvenz • Richtigkeit der Beteiligungsverhältnisse • Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern (Syndikatsverträgen)
Buchführung und Jahresabschluss, Forderungen und Verbindlichkeiten sowie Gesellschaftsvermögen	<ul style="list-style-type: none"> • Vorkaufs- und Aufgriffsrechte • Keine Zustimmungserfordernisse, Vinkulierungen • Stammkapital, Eigenkapital und Vermögenseinlagen • Bilanzgarantie (Vermögens-, Finanz- und Ertragslage) • Keine verdeckten Gewinnausschüttungen, Einlagenrückgewähr
Fortführung des Unternehmens	<ul style="list-style-type: none"> • Keine außergewöhnlichen Veränderungen im Vermögen seit der Bilanz, Weiterführung mit Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes • Keine Insolvenz, Überschuldung • Richtigkeit der Forderungen und Verbindlichkeiten, Haftung für Einbringlichkeit • Richtigkeit der Anlage- und Umlaufvermögen, Zustand, Gebrauchsfähigkeit • Richtigkeit der Rückstellungen • Eigentum an wesentlichen Vermögensgegenständen
Erfolg und Risiko	<ul style="list-style-type: none"> • Möglichkeit, Zulässigkeit • Bestimmter wirtschaftlicher Erfolg • Nichteintritt eines bestimmten Risikos
Liegenschaften und Bestandsverhältnisse	<ul style="list-style-type: none"> • Eigentum oder eigentumsähnliche Rechte an der Liegenschaft • Belastungen, Übertragungsbeschränkungen • Bestandsverträge, Mietrechte §12a MRG • Baurechte, Superädifikate

¹⁹⁸ Vgl aaO: 600

¹⁹⁹ Vgl Kapitel 4.2.4. und Kapitel 4.3.1.

²⁰⁰ Vgl Hasenauer/Pracht (2015): Rn 48

Abb. 9: Gewährleistungszusagen-Katalog²⁰¹

Katalog der Gewährleistungszusagen	
Bereich	Zusage
Öffentlich rechtliche Bewilligungen und Vorschriften	<ul style="list-style-type: none"> • Behördliche Auflagen • Bestand von Lizenzen und Genehmigungen • Gewerbeberechtigungen • Baubewilligung, Benützungsbewilligung • Umweltverträglichkeitsprüfung • Betriebsanlagengenehmigungen, evtl. Erweiterungen • Wasserrechtliche Bewilligungen • Umweltschutz, Altlasten, Kontamination • Emissionen • Behördliche Beschränkungen des Betriebes, Kontingente
Arbeitnehmer	<ul style="list-style-type: none"> • Anzahl der Arbeiter, Gehalt, Abfertigungen, Urlaubsansprüche, Krankenstände, Provisionsansprüche, Bestandsschutz • Inhalt der Dienstverträge • Pensionszusagen und sonstige freiwillige Sozialleistungen • Betriebsvereinbarungen, Einzelvereinbarungen • Drohende arbeitsrechtliche Verfahren
Rechtsstreitigkeiten	<ul style="list-style-type: none"> • Aktuelle und drohende Zivil-, Schieds-, Verwaltungs-, Steuer- oder Strafrechtsverfahren oder Untersuchungen • Produkthaftungen
Finanzierungen, Versicherungen	<ul style="list-style-type: none"> • Finanzierungsverträge (Kredite, Darlehen) und Sicherheiten • Versicherungsverträge, Zahlungen der Prämien • Versicherungsfälle
Vertragsverhältnisse	<ul style="list-style-type: none"> • Bestand an Dauerschuldverhältnissen • Erfüllung • Abgegebene annahmefähige Angebote • Risiken aufgrund der Abwicklung von Verträgen • Change-of-control-Klauseln • Zustimmung Dritter zu Vertragsübergang
Gewerbliche Schutzrechte	<ul style="list-style-type: none"> • Bestehende gewerbliche Schutzrechte (Marken, Muster, Patente) • Lizenzverträge • Regelung für Diensterfindungen
Wettbewerbs- und Kartellrecht Subventionen	<ul style="list-style-type: none"> • Verletzungen von Wettbewerbs- und/oder Kartellrecht • Erhaltene Subventionen oder sonstige Beihilfen
Steuern und Gebühren	<ul style="list-style-type: none"> • Steuerklärungen und sonstige Erklärungen rechtzeitig, vollständig und richtig • Zahlung aller fälligen Steuern, Abgaben und Vorauszahlungen • Bildung von Rückstellungen • Einbehaltung von Steuern • Sozialversicherungen
Förderungen	<ul style="list-style-type: none"> • Erhalt von Subventionen, Förderungen, etc. • Übergang
Ansprüche Dritter	<ul style="list-style-type: none"> • Ansprüche Dritter im Zusammenhang mit dem Abschluss des Vertrages
Offenlegungen	<ul style="list-style-type: none"> • Offenlegungen aller wesentlichen Verhältnisse, Informationen • Korrektheit der übergebenen Unterlagen und Wiedergabe der wirtschaftlichen Situation

Abb. 10: Gewährleistungszusagen-Katalog²⁰²

²⁰¹ Vgl Flener (2007): 602

²⁰² Vgl ebda

Bevor in den folgenden Kapiteln auf die Inhalte der vertragliche Haftungseinschränkung näher eingegangen wird, soll jetzt der wesentlichen Frage in der Unterscheidung, ob es sich um eine objektive oder subjektive Gewährleistungszusage handelt, nachgegangen werden.

4.3.1. Objektive / subjektive Gewährleistungszusagen

Die häufig verwendete Aussage - nach besten Wissen des Verkäufers – hat vor allem bei liegenschaftsbezogenen Eigenschaftszusagen eine relevante Bedeutung für das Ausmaß der jeweiligen Zusage und der damit in Verbindung stehenden Risikozusammensetzung zwischen Verkäufer und Erwerber.

Da die exakte Ausformung der Gewährleistung bzw Garantie Vereinbarungssache ist, ist es für die Schaffung eines vernünftigen Interessensausgleiches wesentlich, dass sich die Verhandlungspartner den Auswirkungen der getroffenen Formulierungen bewusst sind. Als Basis dafür steht der in der Due Diligence erworbene Wissenstransfer über die Zielgesellschaft sowie das transaktionsgegenständliche Liegenschaftsvermögen.²⁰³

Gewährleistungszusagen die den angeführten Zusatz – nach bestem Wissen des Verkäufers – nicht beinhalten, sind als objektive Gewährleistungszusagen zu verstehen. In diesem Kontext wird nicht auf das Erfordernis von Kenntnissen durch den Verkäufer abgestellt, sondern der Verkäufer hat verschuldensunabhängig für bestimmte Umstände, Ereignisse, Zustände oder einen bestimmten Erfolg einzustehen. Derartige Gewährleistungszusagen sollten von der Verkäuferseite nur dann geleistet werden, wenn die relevante Sachlage bekannt sowie das damit einhergehende Haftungsrisiko kalkulierbar ist.²⁰⁴

Demgemäß ist der Stellenwert einer Vendor Due Diligence²⁰⁵, welche bereits im Vorfeld seitens des Verkäufers ausgeführt werden sollte, klar ersichtlich. Verfügt der Verkäufer nicht über die maßgeblichen Informationen, welche für die Vertragsverhandlungen sowie für objektive Zusagen erforderlich sind, könnte uU in der Folge die Transaktion gänzlich scheitern. Aus Käufersicht betrachtet sind

²⁰³ Vgl Flener (2007): 608

²⁰⁴ Vgl Hasenauer/Pracht (2015): Rn 59

²⁰⁵ Vgl Kapitel 3.2.1.

objektive Gewährleistungen, die einen weiten Spielraum einnehmen, von Vorteil, da dadurch die Risikolast bei der Verkäuferseite liegt und sohin vollumfänglich der Schutz der Käuferinteressen gegeben ist.²⁰⁶

Gemäß den zuvor ausgeführten Gründen ist die Verkäuferpartei oftmals nur für subjektive Gewährleistungszusagen unter der Einschränkung – Best Knowledge – bereit, speziell im Zusammenhang auf derartige Eigenschaften, die weder von der Verkäuferpartei beauftragt noch innerhalb seiner Wahrnehmung liegen.²⁰⁷

Somit verweisen oftmals solche Vertragsbestimmungen auf den Zusatz – nach bestem Wissen des Verkäufers – um eine Einigung der Parteien bei Vertragsverhandlungen zu erzielen. Durch diese Best-Knowledge-Klausel wird die Haftung des Verkäufers auf konkrete Tatsachen, Umstände, Ereignisse, die ihm nach bestem Wissen bekannt sind, eingeschränkt, wobei diese Klausel in Form einer positiven (Bestehen oder Eintreten von geforderten Eigenschaften) oder negativen Form (Nicht-Bestehen oder Nicht-Eintreten geforderten Eigenschaften) ausgeführt werden kann.²⁰⁸

Aus der subjektiven Gewährleistung des Verkäufers folgend kommt es zu einer Erhöhung der Haftungsschwelle und demgemäß zu einer Reduktion des Käuferschutzes bzw zur einer Risikoverschiebung auf die Käuferseite. Sohin wird die Käuferpartei in der Praxis nur in Ausnahmefällen einer Best-Knowledge-Klausel zustimmen.²⁰⁹

Um die daraus hervorgegangenen Rechtsunsicherheiten auszuräumen, sollte in den Kaufvertragsverhandlungen eine klare Erläuterung des Begriffs - bestes Wissen - mitaufgenommen werden.

²⁰⁶ Vgl Hasenauer/Pracht (2015): Rn 60

²⁰⁷ Vgl Flener (2007): 608

²⁰⁸ Vgl Hasenauer/Pracht (2015): Rn 61

²⁰⁹ Vgl ebda

4.3.2. Liegenschaftsbezogene Gewährleistungszusagen

Den gewonnenen Erkenntnissen der Käufer- und Vendor Due Diligence²¹⁰ bzw des Due Diligence Reports, kommt im Hinblick auf Gewährleistungs- und Garantiezusagen bzw deren Zusicherungen im Zusammenhang mit dem Immobilienvermögen großes Augenmerk zu. Je nach Verhandlungsposition und Geschick wird die Verkäuferseite versuchen, weitestgehend Zusagen aufgrund der in der Due Diligence ermittelten mangelhaften Eigenschaften der Liegenschaft zu entgehen, vice versa wird die Käuferseite versuchen, Vereinbarungen zur Risikoverteilung und entsprechenden Gewährleistungszusagen dahingehend anzupassen, bzw als Alternative eine Kaufpreisanpassung auf Basis der ermittelten Risiken und festgestellten Mängel zu erwirken.²¹¹

Wie bereits ausgeführt,²¹² gilt als Grundvoraussetzung der standardisierten Vertragsmethodik ein Katalog an Zusicherungen, anhand dieser die Verkäuferseite Gewährleistungszusagen in einem definierten Ausmaß zusichert oder die Gewährleistung ausschließt. Auf Basis dieses Zusicherungskataloges hat sich aus Gründen der Transparenz und Überschaubarkeit die Vornahme der Untergliederung in Einzelabschnitte, zur Unterscheidung zwischen Gewährleistungszusagen des Immobilienvermögens und jenen der Zielgesellschaft, bewährt.

Wenngleich der grundsätzliche Gewährleistungskatalog in der Struktur dem Spiegelbild einer Due Diligence Checkliste ähnlich ist, so unterschiedlich ist der Gewährleistungskatalog auf das Zielobjekt bzw der transaktionsgegenständlichen Immobilie im Hinblick auf Inhalt, Umfang etc. zugeschnitten. Wenngleich Wohnimmobilien und Zinshäuser von der Betrachtung als Standard-Immobilie mit einem klassischen Gewährleistungskatalog definiert sind, ist bei Spezialimmobilien – beispielsweise Land- und Forstwirtschaft, Logistikimmobilien, Fachmarktzentrum, Hotelimmobilie – ein individuell ausgearbeiteter Katalog an angemessenen Gewährleistungszusagen zu definieren.²¹³

²¹⁰ Vgl Kapitel 3.2.1, Kapitel 3.2.2

²¹¹ Vgl Kapitel 3.4.

²¹² Vgl Kapitel 4.3.

²¹³ Vgl Hasenauer/Pracht (2015): 106

Beim Anteilskauf regelmäßig in den Entwürfen des Kauf- und Abtretungsvertrages mit aufzunehmen ist das tatsächliche rechtliche und wirtschaftliche Eigentum der Projektgesellschaft an der Liegenschaft – welche als maßgeblichste Gewährleistungszusage anzusehen ist.²¹⁴

Einer weiterer wesentlicher Baustein, den es zu berücksichtigen gilt, stellt aus Käuferperspektive der aktuelle Grundbuchstand bzw dessen Übereinstimmung mit den tatsächlichen Eigentumsverhältnissen und die ordnungsgemäße Hinterlegung bestehender Superädikate und Baurechtsverträge, dar. In diesem Zusammenhang sind somit sämtliche einverlebte Aktiva in öffentlichen Büchern der Liegenschaft zu prüfen, und den auf der Liegenschaft erbauten Bauwerken über die grundbücherlichen Lasten darüber hinaus frei von bücherlichen und außerbücherlichen Lasten und Rechten Dritter ist.^{215,216}

Eine weitere wesentliche Materie, die im Zusammenhang mit Liegenschaften regelmäßig auftritt, ist das Thema der Altlasten bzw Kontamination. Da es sich beim Umweltschutz um eine Querschnittmaterie handelt, ist jedenfalls eine Umwelt-Due-Diligence durchzuführen, um in weiterer Folge das Risiko und die Kosten bezüglich Probebohrungen, Gutachtenserstellung sowie die Höhe des Abfall- und Entsorgungsaufwand beziffern zu können. In dieser Thematik kann nur eine subjektiven Garantie- und Gewährleistungszusage²¹⁷ mit den Parteien in den Verträgen aufgenommen werden.²¹⁸

Aus Käuferperspektive ist zudem eine Zusicherung seitens des Verkäufers im Hinblick darauf erforderlich, dass keine gerichtlich oder behördlich bestehenden Verfahren anhängig sind bzw in der Zukunft drohen könnten. Sohin ist – im Rahmen Due Diligence durchgeführten Offenlegung – für eine eventuell zukünftige Zahlungsverpflichtung eine Rückstellung zu bilden, welche Kaufpreismindernden Charakter hat. Im Rahmen von Anteilskäufen wird in diesem Zusammenhang eine Bilanzgarantie²¹⁹ abgegeben.²²⁰

²¹⁴ Vgl Bittner et al (2008): 22

²¹⁵ Vgl Anhang

²¹⁶ Vgl Bittner et al (2008): 22

²¹⁷ Vgl Kapitel 4.3.1.

²¹⁸ Vgl Bittner et al (2008): 23

²¹⁹ Vgl Kapitel 4.3.3.

²²⁰ Vgl Flener (2007): 605

Wesentlicher Fachbereich – die technische Due Diligence betreffend – bezieht sich auf Liegenschaften errichtete Objekte, wobei die Zusicherungen sich nach dem Ausmaß der Durchführung der technischen Due Diligence richtet. In diesem Kontext zielt der Gewährleistungskatalog auf das Gebäude, die Einreichpläne, Bauplatzschaffung, Baugenehmigungen, Widmung etc ab, unter Beachtung der öffentlich-rechtlichen Bewilligungen und Vorschriften sowie der Errichtung oder Sanierung durch gewerberechtlich Befugte.^{221,222}

Ein weiterer Schwerpunkt betrifft – auch aus wirtschaftlicher Perspektive – bestehende Bestandsverhältnisse und vertraglichen Verpflichtungen, welche Verkäuferseitig im Rahmen der Due Diligence offengelegt werden sollten, um zu sicherzustellen, dass keine Nebenabreden mit Bestandsnehmern beispielsweise Untermietverträge, Bestandzinsreduktionen etc existieren.^{223,224}

4.3.3. Gesellschaftsbezogene Gewährleistungszusagen

Im Zuge des Immobilien-Share Deals sind neben den zuvor dargestellten Liegenschaftsbezogenen Gewährleistungen auch die gesellschaftsrechtlichen Zusicherungen im Rahmen der Vertragserrichtung mitaufzunehmen.

Hinsichtlich der Anteile im Rahmen der Zusicherungen sollte sichergestellt sein, dass der eigentliche Kaufgegenstand - die Geschäftsanteile der GmbH bzw die Aktien an der AG im Eigentum des Verkäufers bzw Zielgesellschaft – unbelastet und unbeschränkt und zur freien Verfügung über die Anteile – stehen.²²⁵ Auch die Sicherung von Zusagen im Hinblick etwaiger Vorkaufs- und Aufgriffsrechte, sonstigen dinglichen oder schuldrechtlichen Rechten Dritter oder an Anteilen der Zielgesellschaft bzw des Vermögens, Nichtbestehen von Optionen, welche im Rahmen der Due Diligence des Verkäufers offengelegt wurden, ist empfehlenswert. Ergänzt werden diese Zusicherungen durch Zustimmungserfordernisse im Fall einer möglichen

²²¹ Vgl aaO: 602

²²² Vgl Bittner et al (2008): 23

²²³ Vgl Bittner et al (2008): 22

²²⁴ Vgl Flener (2007): 603

²²⁵ Vgl Bittner et al (2008): 30

Vinkulierung bzw bei Bestehen der Vinkulierung die Zustimmungserteilung der Gesellschaft, zu sichern.^{226,227,228,229,230,231}

Eine weitere wesentliche Zustimmungsvoraussetzung von Seiten des Käufers – neben etwaigen Gesellschafts- und Syndikatsverträgen (Unterbeteiligungen, Stimmbindungsverträge etc) – bedarf es im Hinblick auf bestehende Finanzierungsverträge, wonach die Zustimmung des Kreditgebers zur Anteilsübertragung aufgrund bestehender Change-of-control-Klauseln, erforderlich ist.^{232,233} Entscheidende Vertragspunkte in den Garantie- und Gewährleistungszusagen beinhalten zum einen die Aktualität und Richtigkeit des Firmenbuchstandes iS keine Änderungen, welche noch nicht in das Firmenbuch eingetragen wurden, existieren, die Einzahlung des Stammkapitals in voller Höhe, die rechtswirksame Errichtung der Zielgesellschaft inklusive der Hinterlegung des Gesellschaftsvertrages samt Errichtungserklärung und Satzung im Firmenbuch. Darüber hinaus sind zum einen die lückenlosen Nachweise eventuell bestehender Abtretungsurkunden hinsichtlich anderweitig verbriefter Geschäftsanteile einer GmbH zu erbringen, zum anderen, dass keine Änderungen des Gesellschaftsvertrages, die noch nicht im Firmenbuch ersichtlich sind, bestehen.^{234,235}

Zu den usuelle Klauseln des Zusicherungskataloges zählen die Nachweise, dass die Zielgesellschaft keine Überschuldung noch Insolvenz iS der Invsolvenzordnung bzw kein Insolvenz- oder Ausgleichsverfahren beantragt, hat bzw anhängig ist, sowie kein Reorganisationsbedarf nach dem URG Gesetz, vorliegt. Zudem hat der Verkäufer im Rahmen von Immobilientransaktionen neben den liegenschaftsbezogenen Zusicherungen,²³⁶ zu gewährleisten, dass neben der – im Rahmen der Due Diligence – offengelegten Verfahren keine schwebenden zivilrechtlichen Rechtsstreitigkeiten, schiedsgerichtlichen Verfahren, Schlichtungsverfahren anhängig sind, die den Fortbestand der Zielgesellschaft gefährden könnten.²³⁷

²²⁶ Vgl aaO: 49

²²⁷ Vgl Fellner (2015): 619

²²⁸ Vgl aaO: 448

²²⁹ Vgl Dorda (2007): 591

²³⁰ Vgl Heidinger/Albeseder (2001): 35

²³¹ Vgl Bittner et al (2008): 39

²³² Vgl Wachter/Mader (2007): 79

²³³ Vgl Dorda (2007): 593

²³⁴ Vgl Heidinger/Albeseder (2001): 35

²³⁵ Vgl Bittner et al (2008): 40

²³⁶ Vgl Kapitel 4.3.2.

²³⁷ Vgl Heidinger/Albeseder (2001): 42

Festgehalten werden sollen weiters, dass bei Bestehen dienstnehmerähnlichen Vereinbarungen iS individueller Vergütungspakete, Alt-Abfertigungsansprüche, Pensionsansprüche etc entsprechende Vorsorgen iS Rückstellung getroffen werden. Darüber hinaus ist bei Abberufung der bestehenden Organmitglieder iS Geschäftsführer bzw Vorstand ebenso eine Zusicherung aufzunehmen, dass alle Ansprüche aus der Vergangenheit als auch für die Zukunft erbracht wurden.²³⁸

Aus Käuferperspektive ist zur Deckung von eventuellen Steuerrisiken auf Basis gesetzlicher Bestimmungen beispielsweise § 14 Abs 1 BAO, § 15 Abs 2 BAO, § 67 Abs 4a ASVG bzw auch zur Absicherung gegen Wertverluste – begründet durch Steuerrückstände der Zielgesellschaft – eine Steuerklausel in den Anteilskauf- und Abtretungsvertrag im Rahmen von Immobilientransaktionen, mitaufzunehmen. Dadurch gewährleistet der Erwerber die zeitgerechte Entrichtung und Einreichung aller Erklärungen und Abgaben sowie dazu entsprechende Vorsorge durch Bildung von Rückstellungen, die die Zeitspanne vor den zu vereinbarenden Stichtag betreffen, getroffen zu haben.²³⁹

Im Zusammenhang mit Steuerklauseln ist es uU sinnvoll, definierte Verjährungsregelungen mitaufzunehmen, da die gesetzlichen Gewährleistungsfristen oftmals zu kurz sind.^{240,241}

In der Praxis werden häufig im Zuge der Vertragsverhandlungen bei Immobilientransaktionen im Zuge von Anteilskäufen die Zusicherung einer Bilanzgarantie mitaufgenommen.²⁴² Dabei erfolgt idR die Offenlegung der Jahres- und Schlussbilanz sowie des konsolidierten Konzernabschlusses samt Anhang, um die Richtigkeit und Vollständigkeit der Bilanzen oder etwaige Divergenzen zwischen den in der Bilanz veröffentlichten Zahlen und den tatsächlichen Verhältnissen der Gesellschaft feststellen zu können.²⁴³

Die Zusicherung der vollständigen und richtigen Bilanzergebnisse kann auch als echte oder unechte Garantie²⁴⁴ im Rahmen des Gewährleistungsrechtes vereinbart

²³⁸ Vgl Bittner et al (2008): 45

²³⁹ Vgl Flener (2007): 605

²⁴⁰ Vgl Kapitel 4.2.3

²⁴¹ Vgl Flener (2007): 605

²⁴² Vgl Karollus-Bruner (2007): ecolex 2007, 824

²⁴³ Vgl Reich-Rohrwig (2015): Rn 9

²⁴⁴ Vgl Kapitel 4.2.4.

werden, wohingegen sich der Begriff der Bilanzgarantie in der Praxis etabliert hat. Häufig werden daher ergänzender Weise Zusicherungen als Erweiterung zur Bilanzgarantie vereinbart, die zum einen am Tag des Closings das Erstellen einer Zwischenbilanz bzw Übergabebilanz bedingt, sowie die Regelung der Ausübung bestehender Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechte vorsieht, welche im Zuge von Immobilientransaktionen bedeutsam sind.²⁴⁵ Zweck dieser Erweiterung dient vor allem der entsprechende Kaufpreis-Anpassung im Zuge von Immobilientransaktionen sowie auch ein am Tag des Closings vertraglich vereinbartes Working Capital.²⁴⁶

4.3.4. Stichtag Gewährleistungszusagen

Wesentliche Bedeutung kommt – neben der objektiven und subjektiven Ausformung der einzelnen Garantie- und Gewährleistungszusagen²⁴⁷ – dem Themengebiet, auf welchen Zeitpunkt sich die Zusagen beziehen sollen sowie der genauen vertraglichen Festlegung, zu.

Als zweckmäßig haben sich unterschiedliche Bezugspunkte jeweils abhängig vom zeitlichen Procedere der Transaktion sowie der darauf angepassten Vertragsgestaltung erwiesen. Tritt der einfachste Fall des Transaktionsablaufs ein, nämlich das Zusammentreffen des Tages des Vertragsabschlusses (Signing) mit dem Tag des tatsächlichen Übergabezeitpunktes (Closing), werden die Garantie- und Gewährleistungszusagen zwischen Verkäuferseite und Erwerberseite auf diesen Stichtag bezogen.²⁴⁸

Signing²⁴⁹ und Closing²⁵⁰ können teilweise zeitlich weit auseinander liegen, begründet durch vertragliche Vereinbarungen in Verbindung mit der Einlösung aufschiebender Bedingungen, wie beispielsweise der Einholung kartellrechtlicher Genehmigungen; in diesen Fällen wird die Verkäuferseite darauf abzielen, das Signing als relevanten Zeitpunkt festzulegen, mit dem Ziel seine Haftung zu reduzieren.²⁵¹

²⁴⁵ Vgl Reich-Rohrwig (2015): Rn 28

²⁴⁶ Vgl aaO: Rn 11

²⁴⁷ Vgl Kapitel 4.3.1.

²⁴⁸ Vgl Brugger (2020): Rn 11.249 ff

²⁴⁹ Anm: Der Abschluss eines Verpflichtungsgeschäftes wird als Signing bezeichnet. vgl Glossar

²⁵⁰ Anm: Das Verfügungsgeschäft wird als Closing bezeichnet, vgl Glossar

²⁵¹ Vgl aaO: Rn 11.252

In der Praxis werden oftmals Kaufverträge mit Garantie- und Gewährleistungszusagen geschlossen, welche den Tag des Vertragsabschlusses (Signing) und dem Tag des Übergabezeitpunkt (Closing) beinhalten, mit dem Zweck, dass diese Zusagen, welche zum Zeitpunkt des Signings bereits bei Kaufvertragsunterfertigung bestätigt wurden, für den Zeitpunkt des Closings wiederholt werden.

Naturgemäß erfolgt dies im Rahmen eines Closing-Memorandums, wo die angeführten Closing Maßnahmen Zug um Zug zu setzen sind iS wirksame Übertragung der Geschäftsanteile und Wiederholung der Gewährleistungszusagen, nach deren Erfüllung das Closing Memorandum zu unterzeichnen ist.²⁵²

Im Zusammenhang mit der vertraglichen Regelung der Stichtage ist zwischen subjektiven und objektiven Gewährleistungszusagen zu unterscheiden.²⁵³ Für subjektive Gewährleistungszusagen hat sich als Standard der Tag des Vertragsabschlusses als relevanter Stichtag definiert, da für diesen Tag eine Aussage seitens der Verkäuferpartei getroffen werden kann, nicht jedoch – mangels Kenntnis – für ein in der Zukunft liegendes Closing.

Daher sollte für ein in der Zukunft liegendes Closing eine Regelung den Parteien getroffen werden, dass dem Käufer in diesem Übergangszeitraum durch den Verkäufer alle Umstände und Informationen übermittelt werden, auch wenn die Praxis zeigt, dass auch subjektive Gewährleistungszusagen zum Closing Memorandum wiederholt werden.²⁵⁴

4.4. Vertragliche Haftungseinschränkungen

Nicht nur den Gewährleistungszusagen und Rechtsfolgen kommt im Zuge von Anteilskäufen durchgeführten Immobilientransaktionen Augenmerk zu, sondern auch der vertraglichen Gestaltung von Haftungseinschränkungen. In diesem Kontext werden die wesentlichen Haftungseinschränkungen, welche im Rahmen von Vertragsverhandlungen große Bedeutung zukommt, näher durchleuchtet.

²⁵² Vgl Mittendorfer/Hütter (2019): Rn 2/204

²⁵³ Vgl Kapitel 4.3.1.

²⁵⁴ Vgl Flener (2007): 610

Im Folgenden werden neben

- (i) Haftungsobergrenzen²⁵⁵ und Haftungsuntergrenzen²⁵⁶, die
- (ii) vertragliche Regelung der Verjährung von Garantie- und Gewährleistungsansprüchen²⁵⁷ und
- (iii) Gewährleistungsausschluss offenkundiger Mängel²⁵⁸ hervorgehoben.

Eine möglichst umfassende Vertragsregelung – auch wenn diese oftmals einen technischen Charakter aufweist – ist im Zuge eines später auftretenden Mangels bzw Gewährleistungsanspruches unabdingbar.

4.4.1. Haftungsuntergrenzen

Im Rahmen der Ausgestaltung von Anteilskaufverträgen ist es im Zusammenhang mit Immobilientransaktionen in der Praxis durchaus üblich, die Haftung des Verkäufers mittels Bagatellgrenzen bzw auch als De-minimis-Schwelle oder Floor bezeichnet, vertraglich zu beschränken. Eine solche De-Minimus-Regelung bewirkt, dass Gewährleistungsansprüche bei deren betraglichen Unterschreiten für den Einzelfall einer Vertragsverletzung unberücksichtigt bleiben und somit die Geltendmachung von Ansprüchen entfällt.²⁵⁹ Für den Verkäufer hat dieser Haftungsausschluss zur Folge, dass nicht relevante Einzelschäden als Bagatellfälle anzusehen sind, wodurch die im Zuge eines Unternehmenskaufes verbliebenen Ungenauigkeiten ausgeglichen werden.²⁶⁰

Im Rahmen von Vertragsverhandlungen ist daher auf die Angemessenheit der Höhe einer Bagatellgrenze im Verbindung mit den Aufwendungen zur Geltendmachung eines Anspruches und dem Anteilskaufpreis zu achten. Naturgemäß wird die verkaufende Partei mit Geschick versuchen, über diese Regelung eine möglichst großzügige Haftungsbeschränkung zu erzielen.²⁶¹

²⁵⁵ Vgl Kapitel 4.4.2.

²⁵⁶ Vgl Kapitel 4.4.1.

²⁵⁷ Vgl Kapitel 4.2.3.

²⁵⁸ Vgl Kapitel 4.4.3.

²⁵⁹ Vgl Mittendorfer/Hütter (2019): Rn 2/226

²⁶⁰ Vgl Flener (2007): 615

²⁶¹ Vgl Mittendorfer/Hütter (2019): Rn 2/224

Abhängig von der jeweiligen Vertragsgestaltung, kann sich eine Haftungsgrenze auf den jeweiligen einzelnen Anspruch oder für sämtliche, kumulierte Gewährleistungsansprüche iS Basket beziehen.²⁶² Im Normalfall bezieht sich die Beschränkung bei Bagatellgrenzen auf den Wert des jeweiligen betreffenden Gewährleistungsanspruches.²⁶³

Eine weitere Möglichkeit der vertraglichen Ausgestaltung kann vereinbart werden, indem ab Überschreiten der Grenze in voller Höhe für den Gesamtbetrag eine Haftung für den Verkäufer iS Freie Grenze besteht, oder ob der Verkäufer ausschließlich nur für den, die festgelegte Haftungsuntergrenze übersteigenden Betrag haftet, iS Freibetrag.^{264,265}

Marktübliche Standardregelungen sehen Vereinbarungen vor, indem der Käufer später hervorkommende Ansprüche, welche uU festgelegte Bagatellgrenzen, jedoch keine Überschreitung von Freigrenzen oder Freibeträgen geltend machen kann, sofern einmal eine Überschreitung der Freigrenze oder Freibetrag erfolgt ist; allenfalls bei einer gegensätzlichen Vereinbarung müsste der Käufer bis zum Ende der Gewährleistungsfrist zuwarten und gesamthaft alle Ansprüche geltend machen, wengleich dies schwierig wäre, wenn der Vertrag vorsieht, dass die Geltendmachung der Ansprüche durch den Käufer binnen eines bestimmten Zeitraumes ab Kenntnis zu erfolgen hat.²⁶⁶

4.4.2. Haftungsobergrenzen

Wichtigste Standardvereinbarung in Kaufverträgen aus dem Blickwinkel des Verkäufers stellt die Haftungsbegrenzung – sogenanntes Caps – dar, wonach die maximale Haftung aus sämtlichen Gewährleistungszusagen mit einem bestimmten Höchstbetrag beschränkt bzw oberhalb einer festgelegten Schwelle ausgeschlossen werden kann. Dieser vertraglich vereinbarte Cap sichert die Verkäuferseite im Hinblick darauf ab, dass ohne Haftungshöchstgrenze Risiken entstünden und im Falle

²⁶² Vgl Hasenauer/Pracht (2015): Rn 63

²⁶³ Vgl Thierrichter (2012): RdW 2012/341, 319

²⁶⁴ Vgl Flener (2007): 616

²⁶⁵ Vgl Brugger (2020): Rn 11.321

²⁶⁶ Vgl Thierrichter (2012): RdW 2012/341, 322

der Gewährleistung gegebenenfalls Gefahr bestünde den Verkaufspreis zu verlieren und darüber hinaus noch weiteren Verpflichtungen zu unterliegen.²⁶⁷

Im Sinne der Verfolgung der Verkäuferinteressen wird üblicherweise ein Vertragsbaustein über derartige Haftungshöchstgrenzen mitaufgenommen, um somit die Absicherung und Kalkulierbarkeit von Risiken zu erhöhen, womit gleichzeitig auch Übertragung des Unternehmerrisikos auf die Käuferpartei verdeutlicht wird.²⁶⁸

Die Höhe solcher Haftungshöchstbeträge, ist zum einen von der Verhandlungsposition zum anderen vom individuellen Einzelfall abhängig.²⁶⁹ Üblicherweise sehen Kaufvertragsvereinbarungen in der Praxis entweder absolute Beträge oder einem bestimmten Prozentsatz des Kaufpreises als Haftungshöchstbetrag vor. Entscheidende Grundlage für die Definition des Verhandlungsspielraumes bilden die Erkenntnisse der Due Diligence im Hinblick auf die Kalkulierbarkeit des Eintrittes sowie das Verhältnis der jeweiligen Risiken zum Schaden. In der Praxis werden oftmals – alternativ zu allgemeinen Haftungsobergrenzen – spezielle Caps für einzelne Gewährleistungszusicherungen getroffen.²⁷⁰

Üblicherweise werden – je nach Ausgestaltung der Vertragsvereinbarungen – mitunter bestimmte Gewährleistungszusagen von der Haftungsbegrenzung ausgenommen, insbesondere zählen dazu die Zusicherung des tatsächlichen Bestehens der zu verkaufenden Gesellschaft, weiters des frei verfügbaren Eigentums des Verkäufers an den Anteilen des betreffenden Kaufobjektes.²⁷¹

Anknüpfend daran, im Zusammenhang auf die Geschäftsanteile an der transaktionsgegenständlichen Gesellschaft bezogenen Zusicherung, werden bei Immobilientransaktionen, die im Zuge von Anteilskäufen erfolgen, auch auf das unbelastete Eigentum der transaktionsgegenständlichen Gesellschaft an der Liegenschaft erweitert bzw. ausgedehnt.²⁷² Zudem können sich als Ausnahme je nach

²⁶⁷ Vgl. Hasenauer/Pracht (2015): Rn 64

²⁶⁸ Vgl. ebda

²⁶⁹ Vgl. Flener (2007): 616

²⁷⁰ Vgl. Mittendorfer/Hütter (2019): Rn 2/225

²⁷¹ Vgl. Hasenauer/Pracht (2015): Rn 65

²⁷² Vgl. Mittendorfer/Hütter (2019): Rn 2/225

Ausgestaltung mitunter auf spezielle Schad- und Klagloshaltungsklauseln oder auch die Eigenkapitalgarantie verweisen.²⁷³

4.4.3. Ausschluss der Haftung / offenkundiger Mängel

Die Überlegungen der Reichweite an Folgewirkungen einer vor dem Anteilskauf durchgeführten Due Diligence Prüfung auf Gewährleistung wird in der Praxis ein zentraler Stellenwert eingeräumt. Basierend auf den gesetzlichen Grundlagen, sollen die Folgewirkungen von Due Diligence Prüfungen im Hinblick offengelegter Unterlagen nachfolgend untersucht werden.

Nach § 928 ABGB entfällt für Mängel die in die Augen fallen^{274,275} bzw die ohne besondere Prüfung der Sache erkennbar sind, wie offenkundige, aus dem Firmenbuch, Grundbuch ersichtliche Mängel²⁷⁶, der gesetzliche Gewährleistungsanspruch. Eine Gewährleistungsverpflichtung trifft den Übergeber jedoch bei arglistigem Verschweigen eines Mangels oder wenn eine ausdrückliche Zusicherung einer nicht bestehenden Eigenschaft erfolgt.²⁷⁷

Wenn somit der Erwerber zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses einen Sach- oder Rechtsmangel kennt oder aufgrund grober Fahrlässigkeit nicht kannte, besteht für den Verkäufer keine Haftung, beispielsweise für auf der Liegenschaft eingetragenen Servituten oder eingetragene Lasten.²⁷⁸

Diese haftungsbefreiende Wirkung nach § 928 ABGB kann in der Praxis – wenngleich sie bei arglistigem Verschweigen oder konkreter Zusicherung einer bestehenden Eigenschaft nicht wirkt – von großer Bedeutung sein, da der Erwerber im Anteilskauf großes Augenmerk darauflegt, Detailinformationen über die Zielgesellschaft, Firmenbuch, Grundbuch sowie in alle weiteren Geschäftsunterlagen zu erhalten, sohin auch Kenntnis von Mängeln und Risiken im Rahmen der Due Diligence Prüfung. Durch diese Detailkenntnisse über die Zielgesellschaft, kann der Käufer gemäß § 880

²⁷³ Vgl aaO: Rn 2/215

²⁷⁴ Vgl Bittner et al (2008): 57

²⁷⁵ Vgl Boscheinen-Duursma/Wiesinger (2019): Rn 5/29

²⁷⁶ Vgl Oberlechner (2006): ecolex 2006, 628

²⁷⁷ Vgl Hasenauer/Pracht (2015): Rn 31

²⁷⁸ Vgl Bittner et al (2008): 58

a ABGB umfassende Freistellungserklärungen vereinbaren, da diese ihre Gültigkeit auch bei Offenkundigkeit der Mängel, behalten.²⁷⁹

Da Kaufpreis und Gewährleistungsthematik eng miteinander verknüpft sind, kommt dieser im Rahmen der Due Diligence Prüfung eine essenzielle Bedeutung zu, insbesondere um Detailkenntnisse über das Zielobjekt bzw deren Immobilienvermögen zu erhalten, damit auf dessen Grundlage eine genaue Kalkulation der Kaufpreisfestlegung erfolgen – unter Berücksichtigung eventueller beträchtlicher Mängel – und eine oder keine Kaufentscheidung getroffen werden kann.²⁸⁰

Häufig finden sich in der Praxis Vertragsvereinbarungen die einen Haftungsausschluss für offengelegte Details vorsehen, wobei der Verkäufer durch die Offenlegung im Rahmen der Due Diligence Prüfung für die Richtigkeit und Vollständigkeit die Gewährleistung übernimmt und auch dafür eintritt, dass keine wesentlichen Umstände, welche für die Bewertung der transaktionsgegenständlichen Liegenschaft wesentlich sind, verschwiegen wurden.²⁸¹

Zentrale Bedeutung kommt in der Praxis den sogenannten Disclosure Exhibits/Schedules zu, welche in der Beilage des Kauf- und Abtretungsvertrages berücksichtigt werden. Hierbei übernimmt der Verkäufer – vor Kaufvertragsabschluss – für die seinerseits offengelegten konkreten Umstände des Zielunternehmens keine vertragliche Gewährleistung bzw keine vertragliche Zusicherung.

Aus dem Blickwinkel des Käufers ist es wesentlich, die Disclosure Schedules so genau wie möglich zu verfassen, um einen Haftungsausschluss zu vermeiden, der Verkäufer wird hingegen im Rahmen der Kaufvertragsverhandlungen versuchen, einen möglichst umfangreichen Haftungsausschluss aller – auf Basis der Due Diligence Prüfung offengelegter Unterlagen – zu erzielen bzw zu verhandeln.²⁸²

Abschließend ergibt sich aus der dargelegten Anwendbarkeit der Gewährleistungsbestimmungen die Wichtigkeit einer umfassenden, detaillierten Due Diligence Prüfung, um nicht das Risiko einzugehen bei geltend gemachten Mängeln

²⁷⁹ Vgl Hasenauer/Pracht (2015): Rn 32

²⁸⁰ Vgl ebda

²⁸¹ Vgl Fischer/Foerster (2015): 343

²⁸² Vgl Hasenauer/Pracht (2015): Rn 34

Gewährleistungsansprüche zu verlieren, da diese bei Prüfung der Unterlagen offensichtlich gewesen wären.²⁸³

4.4.4. Ausschluss einer Doppelerfassung

Eine weitere wesentliche Haftungseinschränkung von Verkäuferseite ist die Vermeidung von Doppelerfassungen. Bei der Erstellung und Prüfung des Kauf- und Abtretungsvertrages sollte durch einen beauftragten Rechtsanwalt ein Vertragspunkt in Hinblick auf die Vermeidung einer Doppelerfassung für ein und denselben Sachverhalt aufgenommen werden. Ziel dieser Vertragsbestimmung ist, dass der Erwerber für ein und derselbe Sachverhalt nur eine Anspruchsgrundlage aus Garantie und Gewährleistung geltend machen kann, auch wenn dieser Tatbestand zu einer Verletzung von mehreren vertraglichen Zusicherungen führt.²⁸⁴

Eine doppelte Haftung kann sich aus einer Überlagerung zwischen einzelnen vertraglichen Zusicherungen ergeben, wie einer nicht erfüllten Eigenkapitalgarantie und einem nicht erreichten Bilanzgewinn.²⁸⁵ Sind möglicherweise einzelne Gewährleistungszusicherungen mit unterschiedlichen Rechtsfolgen definiert, sollte mit den Parteien verhandelt werden, welche Rechtsfolgen eintreten sollen bzw häufig die weitestreichende Rechtsfolge Vorrang gegeben wird.²⁸⁶

4.4.5. Anrechnung von Vorteilen

Als weitere Haftungseinschränkung, welche in den Kauf- und Abtretungsvertrag berücksichtigt werden sollte, ist die Regelung der Anrechnung von Vorteilen. In der Annahme, dass die transaktionsgegenständliche Gesellschaft von dritter Seite eine Entschädigung oder Schadenersatz zufließt oder sich die Zielgesellschaft bzw der Erwerber in Verbindung mit einem Haftungsfall einen Kostenaufwand ersparen sollte, wird im Rahmen dieser Klausel bestimmt, dass Erwerberseitig eine Anrechnung dieser Entschädigung bzw Ersparnis auf den Geldersatzanspruch aus der

²⁸³ Vgl Thierrichter (2012): RdW 2012, 324

²⁸⁴ Vgl Flener (2007): 614

²⁸⁵ Vgl Thierrichter (2012): RdW 2012, 319 (325)

²⁸⁶ Vgl Flener (2007): 614

Gewährleistungszusage beispielsweise auf Minderung des Kaufpreises oder Schadenersatz²⁸⁷ erfolgt.²⁸⁸

Auch im Zusammenhang mit einer vertraglich vereinbarten Bilanzgarantie²⁸⁹ kommt der Vertragsbestimmung über die Anrechnung von Vorteilen bzw Vorteilsausgleich große Bedeutung zu. Es stellt sich in diesem Kontext die Frage, ob ein wirtschaftlicher und/oder rechtlicher Nachteil die dem Erwerber bzw der transaktionsgegenständlichen Gesellschaft entsteht und für die er durch die Bilanzgarantie eine Entschädigung erhalten soll, mit Vorteilen, die zugleich aus dem Ursprungsereignis stammen, auszugleichen sind, stellt sich im speziellen mit zu niedrig oder zu hoch gebildeten Rückstellungen bzw mit wertberechtigten und nicht wertberechtigten Forderungen, aber auch ganz grundlegend.²⁹⁰

4.4.6. Abwehr von Ansprüchen Dritter

Die Vertragsparteien sollten eine Vereinbarung schließen, auf welchem Weg Erwerber und Verkäufer im Fall der Geltendmachung von Ansprüchen Dritter gegen den Erwerber oder die Zielgesellschaft, deren Befriedigung einen Anspruch des Erwerbers aus einer Gewährleistungszusage begründen würde, zusammenwirken müssen.²⁹¹

Nächster Abschnitt widmet sich der Haftung gegenüber Gesellschaften und deren Organen, wobei im Rahmen dieser Masterthesis ausschließlich auf Kapitalgesellschaften in Österreich, insbesondere auf die Rechtsform der GmbH eingegangen wird. Darüber hinaus wird davon ausgegangen, dass die transaktionsgegenständliche Zielgesellschaft grundbücherliche Liegenschaftseigentümerin ist.

²⁸⁷ Vgl Kapitel 4.2.2.

²⁸⁸ Vgl Flener (2007): 615

²⁸⁹ Vgl Kapitel 4.3.3.

²⁹⁰ Vgl Reich-Rohrwig (2015): Rn 78

²⁹¹ Vgl Flener (2007): 615

Resümierend wird für Kapitel 4 wird festgehalten, dass die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen des §§ 922 ff, 1397 ff ABGB nicht für den Anteilskauf im Rahmen von Liegenschafts- oder Unternehmenstransaktionen zugeschnitten sind, – weshalb in der Vertragspraxis, zur Erhöhung der Rechtssicherheit und zur Sicherung einer zielgerichteten Durchführung eines eventuellen Ausgleichs für Leistungsstörungen, ein genauer Zusicherungskatalog der bedungenen Eigenschaften sowie des Kaufgegenstandes im Rahmen eines Kauf- und Abtretungsvertrages unumgänglich ist.

Darüber hinaus gilt es dem Interesse der Vertragsparteien, den Verhandlungsspielraum für eine individuelle auf die Transaktion zugeschnittene Vertragsgestaltung bestmöglich zu nutzen. Dabei ist insbesondere auf die relevanten branchenspezifischen Gewährleistungszusagen Bedacht zu nehmen, welche beispielhaft und ohne Anspruch auf Vollständigkeit²⁹² in dieser Arbeit aufgeführt wurden.

²⁹² Vgl Kapitel 4.3.

5. Haftung

Aufgrund der Tatsache, dass bei der GmbH nur das Gesellschaftsvermögen als Haftungsschirm für die Gläubiger der Gesellschaft zur Verfügung steht, begründet ua auch die Bedeutung und Häufigkeit der in Österreich gewählten Gesellschaftsform.²⁹³

Der Grundcharakter der GmbH als juristische Person definiert sich als selbständige Trägerin von Rechten und Pflichten. Aus dieser rechtlichen Ausgestaltung der Kapitalgesellschaft gemäß § 61 Abs 1 GmbHG folgt das Trennungsprinzip zwischen den Vermögenssphären der Gesellschaft, Gesellschafter und Organe. Daraus ergibt sich nach § 61 Abs 2 GmbHG, dass weder Gesellschafter der GmbH für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft noch die Gesellschaft für die vom Gesellschafter eingegangenen Verbindlichkeiten haftet.

Ein Haftungsdurchgriff entgegen § 61 Abs 2 GmbHG auf die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft kann in Einzelfällen eine unbeschränkte Haftung mit ihrem gesamten Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zur Folge haben. Diesem liegt jedoch als Voraussetzung ein schuldhaftes und rechtswidriges Verhalten eines Gesellschafters zugrunde. Nach hL und Jud²⁹⁴ kann die Gesellschafterhaftung nicht nur in Missbrauchsfällen bejaht werden – sofern es beispielsweise zu einer Sphärenvermischung, Unterkapitalisierung, Beherrschung der Gesellschaft oder die faktische Geschäftsführung kommt.^{295,296, 297}

Da es im Rahmen des Share Deals zu keiner Änderung des Zurechnungssubjektes kommt, bleiben sämtliche Vertragsverhältnisse, Rechte und Pflichten sowie Verbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern unverändert. Lediglich durch den daraus erfolgten Gesellschafterwechsel – welcher durch Übertragung von GmbH-Anteilen im Wege der Abtretung mittels Notariatsakt²⁹⁸ erfolgt – gilt es zu prüfen, ob gesellschaftsrechtliche Haftungen für den Erwerber selbst als Gesellschafter bestehen, welche im nachfolgenden Kapitel näher ausgeführt werden.²⁹⁹

²⁹³ Vgl Ratka/Rauter (2011): Rn 1/6

²⁹⁴ Vgl OGH 29.04.2004, 6 Ob 313/03b, Artmann (2005): ÖZW 2005,21

²⁹⁵ Vgl Artmann (2002): DRdA 2002, 370 ff

²⁹⁶ Vgl OGH 12.04.2001, 8 ObA 98/00w

²⁹⁷ Vgl Flener (2010): Rn 61

²⁹⁸ Vgl § 76 GmbHG

²⁹⁹ Vgl Mittendorfer/Duursma (2019): Rn 3/72

5.1. Haftung gegenüber Gesellschaften und Organen

Im Rahmen von Anteilskäufen bzw bei Übertragung der Geschäftsanteile haftet der Anteils-Erwerber nach § 78 Abs 2 GmbHG für fällige und rückständige Stammeinlagen mit dem Veräußerer zur ungeteilten Hand, wohingegen bei noch nicht fälligen Stammeinlagen die Haftung für den Erwerber grundsätzlich alleine gilt. Zudem sind neben den offenen Stammeinlagen-Verpflichtungen auch gem. § 10a GmbHG der Unterschiedsbetrag aus einer Differenzhaftung durch den Anteilserwerber zu bemessen.³⁰⁰

Weiters können offene Stammeinlagen durch eine anteilige Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter eingebracht werden, wobei die relativ zwingende Norm des § 70 GmbHG keinen Vertragsausschluss vorsieht. In diesem Zusammenhang ist nach hL für den säumigen Gesellschafter die Kaduzierung (Ausschluss) einzuleiten, um nach § 70 GmbHG die Haftung wirksam werden zu lassen.^{301,302,303}

Ebenso alleine haftet der Erwerber für verbotene, rückgewährte Einlagen des Rechtsvorgängers.³⁰⁴ Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist in § 82 GmbHG normiert, wobei damit nicht nur der ungesicherte Kapitalabfluss des Gesellschaftsvermögens verstanden wird, sondern jeglicher Abfluss, welcher nicht unter die Ausnahmetatbestände wie Ausschüttung des festgestellten Bilanzgewinnes etc ableitbar ist, sondern insbesondere keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht.

Einlagenrückgewähr kann in Form einer verdeckten oder offenen Gewinnausschüttung auftreten, wobei diese nach § 82 GmbHG als rechtswidrig anzusehen ist.^{305,306,307} Darunter fällt beispielsweise im Zuge eines Anteilskaufes – die Abfindung der Alt-Gesellschafter aus Gesellschaftsmitteln – indem der Erwerber bzw der neue Gesellschafter dazwischen geschaltet wird, dem die Gesellschaft die erforderlichen Mittel unter Verstoß des § 82 GmbHG zur Verfügung stellt.³⁰⁸

³⁰⁰ Vgl Schopper/Moser (2020): Rn 20/98

³⁰¹ Vgl Mittendorfer/Duursma (2019): Rn 3/76

³⁰² Vgl Schopper in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 70 (Stand 1.11.2015, rdb.at) Rn 2

³⁰³ Vgl Schopper in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 70 (Stand 1.11.2015, rdb.at) Rn 16

³⁰⁴ Vgl Mittendorfer/Duursma (2019): Rn 3/76

³⁰⁵ Vgl Kalss/Torggler (2014): 22,23

³⁰⁶ Vgl GesRZ 2009, 65 (69)

³⁰⁷ Vgl Brunmayr/Eisenmagen (2021): 458, 459

³⁰⁸ Vgl Reich-Rohrwig (2003): ecollex 2003, 152

Eine Haftung gemäß § 38 UGB kommt beim Anteilskauf nicht in Betracht.³⁰⁹ Hingegen, in Verbindung mit § 1409 ABGB wird die Ansicht vertreten, wenn die Anteilsübertragung das „*im Wesentlichen gesamte Vermögen*“ des Veräußerers darstellt und der Erwerber diesen Umstand kennt oder fahrlässig nicht kennt, und somit als Haftungsträger für Schulden des Veräußerers in Anspruch genommen werden kann. In diesem Zusammenhang können als Richtwertgröße 10 Prozent angenommen werden, welche im Rahmen der Verhandlungen des Gewährleistungskataloges Eingang finden sollte.

Das Trennungsprinzip gem § 61 Abs 2 GmbHG bleibt in diesem Zusammenhang unberührt, da der Anteilserwerber nicht für die Verbindlichkeiten der GmbH, sondern für die privaten Schulden des Alt-Gesellschafters bzw Veräußerers haftet, beispielsweise für Unterhaltsverbindlichkeiten.^{310,311,312,313}

5.2. Möglichkeiten der Haftungseinschränkung

Bei der Verhandlung und Errichtung des Kauf- und Abtretungsvertrages liegt der Blick – auch aus den Gesichtspunkten der Rechtssicherheit – in einer klaren Regelung der Haftungszusagen. Wesentliche Bedeutung in diesem Zusammenhang kommt auch einer genauen Rechtsfolgenregelung bei Verletzung einer Zusicherung, welche abschließend in den Vertrag aufgenommen werden sollte, zu.

Angesichts gegenläufiger Interessen in Haftungsfragen – der Erwerber zielt auf weitgehende Zusicherungen über Eigenschaften des Anteilskaufes ab – während die Verkäuferseite die Beschränkung von Haftungsrisiken verfolgt, werden durch den Abschluss einer M&A Versicherung diese Risiken abgedeckt.

Diese Versicherung auch Warranty & indemnity Insurance (W&I Insurance) genannt, kommt sowohl für den Erwerber als auch für den Verkäufer in Betracht, wobei sich diese an den Vereinbarungen der gegenständlichen Parteien orientiert. Voraussetzung für den Abschluss einer Garantieverversicherung ist allerdings die

³⁰⁹ Vgl Fellner (2007): 454

³¹⁰ Vgl Aigner (2007): ecolex 2007, 16 ff

³¹¹ Vgl Aigner (2007): ecolex 2007, 93 ff

³¹² Vgl Fellner (2007): 454

³¹³ Vgl OGH 13.09.2001, 8 Ob 51/01k, ecolex 2001/328

Durchführung einer umfassenden Vendor Due Diligence³¹⁴. Zudem variieren die Kosten gemessen am Ergebnis der Due Diligence, welche zwischen 1 Prozent bis 3 Prozent der Versicherungssumme betragen können.^{315,316,317}

Wesentlicher Vorteil einer W&I Versicherung für die Verkäuferseite liegt in der sofortigen Verfügung des Kaufpreises, während der Käufer seinen Anteilskauf vor dem Insolvenzrisiko des Veräußerers absichert bzw von seiner Investition profitiert.³¹⁸

Als weiteres haftungseinschränkendes Instrument, welches in der Praxis zum Einsatz kommt, ist die Vereinbarung eines teilweisen Einbehaltens des Kaufpreises. Grundsätzliches Ziel des Verkäufers ist die Übergabe der Geschäftsanteile gegen Erhalt des vereinbarten Gesamtkaufpreises, wohingegen der Käufer für etwaige Mängel und auftretende Risiken einen teilweisen prozentualen Einbehalt des Kaufpreises bevorzugt, welcher idF am Ende der Verjährungsfrist zur Auszahlung gelangt.³¹⁹ Überdies hat der Käufer die Möglichkeit, bei einem Treuhänder den Kaufpreisteil durch Hinterlegung auf einem Treuhandkonto unter Festlegung der Auszahlungsvoraussetzungen, einzubehalten.³²⁰

Wird seitens des Veräußerers die vollständige Auszahlung des Kaufpreises eingefordert, hat der Käufer die Alternative – um seine Rückforderung Ansprüche begehren zu können bzw abzusichern – die Ausstellung einer Bankgarantie nach § 880 a ABGB³²¹ zu verlangen.³²²

5.3. Das Zug-um-Zug Prinzip als Instrument der Risikominimierung

Grundsätzlich sind bei allen zweiseitig verbindlichen und entgeltlichen Verträgen – so auch bei Kaufverträgen, Leistung und Gegenleistung nach dem Zug-um-Zug Prinzip

³¹⁴ Vgl Kapitel 3.2.1.

³¹⁵ Vgl Hörlsberger (2015): Rn 95

³¹⁶ Vgl aaO: Rn 82

³¹⁷ Vgl Brugger (2020): Rn 11.369

³¹⁸ Vgl Hörlsberger (2015): Rn 85, Rn 97, Rn 98

³¹⁹ Vgl Dorda (2007): 586

³²⁰ Vgl Bittner et al (2008): 56

³²¹ Vgl Kapitel 4.2.4.

³²² Vgl Reich-Rohrwig (2015): Rn 45

auf Basis des § 1052 ABGB, § 1062 ABGB zu erbringen.³²³ Sohin hat keine Vertragspartei das Kreditrisiko der anderen Partei ohne abweichender Vereinbarungen zu tragen.³²⁴

Hintergrund dieses Instrumentes besteht darin, wenn die Vertragspartei die Gegenleistung nicht oder nicht gehörig erfüllt, kann sohin die vertragstreue Partei Einrede des nicht erfüllten Vertrages ausüben. Für die vorleistende Partei entsteht regelmäßig eine nachteilige Position. Daraus folgt bei Nichterbringung der Gegenleistung eine Klage auf Erfüllung bzw nach § 918 ABGB ein Vertragsrücktritt und Rückforderung der Leistung durch den Vorleistenden.

Häufig ist in der Praxis bei Liegenschaftstransaktionen und sowie der daraus regelmäßig erforderlichen Fremdfinanzierung durch den Liegenschaftskäufer, die Zug-um-Zug Umsetzung mit Herausforderungen im Hinblick auf die erforderliche Mitwirkung Dritter sowie dem Eintragungsgrundsatz gem § 431 ABGB, verbunden.³²⁵ Auch im Zuge eines GmbH-Anteilskaufes kann das Zug-um-Zug Prinzip dargestellt werden, da zum einen die Firmenbucheintragung des Gesellschafterwechsels deklarativen Charakter hat, zum anderen die Übertragung des Eigentums an den Geschäftsanteilen nicht an die Firmenbucheintragung gebunden ist.

In der Praxis zeigt sich oftmals im Rahmen von Anteilskäufen die Notwendigkeit nach Hilfskonstruktionen, da es in der Zug-um-Zug Abwicklung auch zu Herausforderungen kommen kann. Gegebenenfalls kann mittels aufschiebender Bedingung die Abtretung der Anteile an der Gesellschaft erst übergehen, wenn der Kaufpreiserlag mit einem vertraglich definierten Treuhänder eingegangen ist. Zudem ist verkäuferseitig dem Kaufvertrag zugrunde zu legen, dass dem Treuhänder eine unterfertigte Anmeldung des Gesellschafterwechsels für das Firmenbuchgericht übermittelt wird.³²⁶

Kapitel 5 bildet neben Kapitel 4 den Kern der Arbeit und beschäftigt sich mit den zivil- und unternehmensrechtlichen Haftungsbestimmungen. Des Weiteren wird das Zug-um-Zug Prinzip in Verbindung mit dem Anteilskauf erläutert sowie die in der Praxis übliche Zwischenschaltung von Treuhändern.

³²³ Vgl § 1052 ABGB, § 1062 ABGB

³²⁴ Vgl Bittner et al (2008): 56

³²⁵ Vgl Artner (2020): 82

³²⁶ Vgl Bittner et al (2008): 55

6. Conclusio

Zentrale Bedeutung in den Vertragsverhandlungen im Zuge von Anteilskäufen – Übertragung von Anteilen an einen Rechtsträger, der zivilrechtlicher Eigentümer der Liegenschaft ist – nimmt die Gestaltung der Regelungen der Garantie- und Gewährleistungsklauseln und Sicherheitenvereinbarungen ein. Ein weiteres Hauptaugenmerk gilt auch in der Durchführung einer wirtschaftlichen, rechtlichen, steuerlichen und technischen Due Diligence.

Ziel der Arbeit war es, die zivilrechtlichen Besonderheiten im Zuge eines Anteilskaufes bei Immobilientransaktionen zu untersuchen. Im Wesentlichen handelte es sich um folgende Punkte:

- Welche wirtschaftlichen Vorteile ergeben sich im Rahmen von Anteilskäufen bei Kapitalgesellschaften in Österreich?
- Unter welchen Voraussetzungen ist ein Anteilskauf bei Immobilientransaktionen anzustreben?

Die wesentlichen wirtschaftlichen Vorteile des mittelbaren Erwerbes von Immobilien durch Anteilskauf liegen in der Übernahme und Fortführung einer großen Anzahl an bestehenden Vertragsverhältnissen, insbesondere wenn eine grundstücksbesitzende Kapitalgesellschaft eine Reihe an unterschiedlichen Grundstücken hält, sowie einer höheren Flexibilität im Falle eines Anteilsverkaufs zugrundliegt und darüber hinaus auch in geringeren Transaktionskosten besteht.³²⁷

Als weiterer, wirtschaftlicher Aspekt kommt der Ersparnis der Grundbucheintragungsgebühr und die Grunderwerbssteuer in Betracht, sofern an einer Grundstücksgesellschaft die Anteilsübertragung > 5 % iS Zwergenanteil beträgt. Dabei gilt es zu beachten, dass gemäß § 1 Abs 3 Z 1 GrEStG der Tatbestand einer Anteilsvereinigung mit 95% erfüllt wird, wenn entweder vom Käufer selbst oder durch einen Firmenkonzern gemäß § 9 KStG die Anteile gehalten werden, zudem sind treuhändig gehaltene Anteile dem Treugeber zuzurechnen.³²⁸ Anzumerken ist hierbei, dass der Erfolg einer Liegenschaftstransaktion im Zuge eines Anteilskaufes zum

³²⁷ Vgl Bittner et al (2008): 7

³²⁸ Vgl Wehinger-Malang (2021): 217 ff

einen von der konkreten Situation, von individuellen Faktoren und dem jeweiligen Einzelfall abhängig ist – und wie zuvor ausgeführt – maßgeblich von der steuerlichen Gestaltung beeinflusst wird.

Obwohl die Anwendbarkeit des gesetzlichen Gewährleistungsregimes in der Praxis bei Anteilskäufen maßgebend ist, wird bei näherer Betrachtung sichtbar, dass in diesem Zusammenhang in der Praxis eine entsprechende Gestaltung eines gezielten, umfassenden und vertraglich autonomen Gewährleistungssystems – auch aus Gründen der Rechtssicherheit – geeigneter erscheint. Angesichts dessen ist es empfehlenswert die Spezifikationen des jeweiligen Einzelfalls im Zuge von Immobilien-Anteilskäufen gesondert zu behandeln.

In diesem Zusammenhang sollte bei Verhandlung und Errichtung des Kauf- und Abtretungsvertrages für Immobilien-Anteilskäufe neben einer exakten und umfassenden Regelung der Haftungszusagen auch eine genaue Rechtsfolgenregelung bei Verletzung einer Zusicherung abschließend in den Vertrag mit aufgenommen werden. Gleichmaßen gilt dies auch bei Haftungseinschränkungen oder Vorliegen eines offenkundigen Mangels, die einer möglichst konkreten Regelung bedürfen, wobei diese möglichst frühzeitig im Zuge einer erfolgreichen Due Diligence der transaktionsgegenständliche Gesellschaft bzw der prospektiven Liegenschaft geklärt werden sollte, da das Gesetz keine – über § 928 ABGB hinausgehende für Mängel die in die Augen fallen bzw die ohne besondere Prüfung erkennbar sind – eindeutige Bestimmung vorsieht.

Aufgrund der zentralen Bedeutung der Due Diligence in Verbindung mit den vertraglichen Gewährleistungsbestimmungen, ist in der Praxis die Einräumung eines stringenten und strukturierten Zeitrahmens, die der Durchführung einer Liegenschaftstransaktion im Rahmen eines Share Deals zukommt von wesentlicher Relevanz und zielt darauf ab, die Ergebnisse einer umfassenden rechtlichen, wirtschaftlichen, steuerlichen und technischen Due Diligence – bei der Errichtung und Verhandlung des Kauf- und Abtretungsvertrages mitaufzunehmen bzw. zu berücksichtigen.

Dabei ist die im Zuge der Organisation und Ausrichtung der Informationsweitergabe auf das eingesetzte Spezialisten Due Diligence Team sowie den Vorständen bzw dem leitenden Management Bedacht zu nehmen. Wesentliche Schlüsselfunktion

bzw. Rolle kommt dabei der nominierten Anwaltskanzlei bzw dem ausgewählten Anwaltsteam im Zuge der Durchführung einer Due Diligence zu – welche neben der Vertragserrichtung und Verhandlung auch die Leitung der Koordination der gegenständlichen Liegenschaftstransaktion erfüllt. Inhaltlich sind bei Immobilientransaktionen im Zuge von Anteilskäufen die Erkenntnisse neben zivil- und immobilienrechtlichen Spezialwissen zudem auch steuerrechtliche Fachkompetenz einhergehend mit technischen und wirtschaftlichen Verständnis aus den einzelnen Fachbereichen – unabdingbar.

Die Master-Thesis zeigt in sichtbarer Art und Weise, dass der Ausfluss aus den Ergebnissen einer umfassenden Due Diligence gleichermaßen eine Schlüsselstellung im Hinblick des spezifischen Risikobefundes einnimmt: Es besteht zum einen die Möglichkeit einer klaren Ankaufsentscheidung und Kaufpreisbemessung sowie eines detailgenau verhandelten Zusicherungskataloges im Zuge der Vertragserrichtung, zum anderen kann auf Basis der Due Diligence Ergebnisse ein Wechsel von Share zu einem Asset Deal oder eine Umstrukturierung der Transaktion vollzogen werden.

Literaturverzeichnis

Bücher, Monographien, Reihen:

Althuber Franz/Schopper Alexander (Hrsg.) (2015): *Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence*. Band I: Legal. 2. Aufl., LexisNexis Verlag, Wien

Artner Stefan/Kohlmaier Katharina (Hrsg.) (2020): *Praxishandbuch Immobilienrecht*. 3. Aufl., Linde Verlag, Wien

Bergmann Sebastian/Kalss Susanne (Hrsg.) (2020): *Rechtsformwahl*. Verlag Österreich, Wien

Bittner Ludwig/Fida Stefan/Rosam Karl Josef/Zwinscher Peter (Hrsg.) (2008): *Liegenschaftserwerb durch Anteilskauf aus zivilrechtlicher, gesellschaftsrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht*. Linde Verlag, Wien

Braunisch Klemens /Fuhrmann Karin/Ledl Rupert (Hrsg.) (2021): *Handbuch Immobilienbewirtschaftung*. 3. Aufl., Linde Verlag, Wien

Brugger Walter (Hrsg.) (2020): *Unternehmenserwerb. Der Unternehmens- und Anteilskauf aus juristischer Sicht*. 2. Aufl., Manz Verlag, Wien

Brugger Walter (Hrsg.) (2018): *Einführung in das Wirtschaftsrecht*. 4. Aufl., BoD Verlag, Norderstedt

Haunold Peter/Kovar Herbert/Schuch Josef/Wahrlich Ronald (Hrsg.) (2021): *Immobilienbesteuerung*. 5. Aufl., Linde Verlag, Wien

Heidinger Franz Josef/Albeseder Werner (Hrsg.) (2001): *Due Diligence. Ein Handbuch für die Praxis*. Orac Verlag, Wien

Kalss Susanne/Torggler Ulrich (Hrsg.) (2014): *Einlagenrückgewähr*. 2. Aufl., Manz Verlag, Wien

Krejci Heinz (2013): *Unternehmensrecht*⁵. 5. Aufl., Manz Verlag, Wien

Lindenbauer Thomas (2019): *Gewährleistung beim Unternehmenskauf*. Manz Verlag, Wien

Mittendorfer Franz (Hrsg.) (2019): *Unternehmenskauf in der Praxis*. 2. Aufl., Verlag Österreich, Wien

Ratka Thomas/Rauter Roman Alexander (Hrsg.) (2011): *Handbuch Geschäftsführerhaftung*. 2.Aufl., Facultas Verlag, Wien

Teufelsdorfer Herwig (Hrsg.) (2015): *Handbuch Immobilientransaktionen*. 2. Aufl., Linde Verlag, Wien

Beiträge in Büchern:

Artner Stefan: Liegenschafts Kauf. In: Artner Stefan/Kohlmaier Katharina (Hrsg.) (2020): *Praxishandbuch Immobilienrecht*. 3. Aufl., Linde Verlag, Wien, S. 53 - 85

Boscheinen-Duursma Henriette/Wiesinger Harald (2019): Leistungsstörung beim Unternehmenskauf. In: Mittendorfer Franz (Hrsg.): *Unternehmenskauf in der Praxis*. 2. Aufl., Verlag Österreich, Wien, S. 361

Brogyányi Christoph: Grundbegriffe und Funktionen der Legal Due Diligence. In: Althuber Franz/Schopper Alexander (Hrsg.) (2015): *Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence*. Band I: Legal. 2. Aufl., LexisNexis Verlag, Wien, S. 1 – 22

Brunmayr Manfred/Eisenmagen Roman: Finanzierung. In: Braunisch, Klemens/Fuhrmann Karin/Ledl Rupert (Hrsg.) (2021): *Handbuch Immobilienbewirtschaftung*, 3. Aufl., Linde Verlag, Wien, S. 434 - 483

Christiner Michaela: Asset Deal versus Share Deal: Ertragssteuerliche Aspekte für Verkäufer und Käufer. In: Polster-Grüll Barbara/Zöchling Hans/Kranebitter Gottwald (Hrsg.) (2007): *Handbuch Mergers & Acquisitions*, Linde Verlag, Wien, S. 133 - 170

Dorda Christian: Knackpunkte in der Vertragsgestaltung. In: Polster-Grüll Barbara/Zöchling Hans/ Kranebitter Gottwald (Hrsg.) (2007): *Handbuch Mergers & Acquisitions*, Linde Verlag, Wien, S. 581 – 596

Christian Dorda/Wolf Sabine: Culpa in contrahendo, List und Irrtum bei Unternehmenskauf und Due Diligence. In: Althuber Franz/Schopper Alexander (Hrsg.) (2015): *Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence*. Band I: Legal. 2. Aufl., LexisNexis Verlag, Wien, S. 63 - 91

Fellner Markus: Asset versus Share Deal – Ausgewählte Probleme im Zusammenhang mit den Rechtswirkungen und Haftungsfragen beim Unternehmensübergang. In: Polster-Grüll Barbara/Zöchling Hans/ Kranebitter Gottwald (Hrsg.) (2007): *Handbuch Mergers & Acquisitions*, Linde Verlag, Wien, S. 437 - 460

Fellner Markus: Immobilienrechtliche Aspekte im Rahmen einer Due Diligence. In: Althuber Franz/Schopper Alexander (Hrsg.) (2015): *Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence*. Band I: Legal. 2. Aufl., LexisNexis Verlag, Wien, S. 609 – 650

Fischer Peter/Foerster Martin: Vertragliche Gestaltung des Ankaufs. In: Teufelsdorfer Herwig (Hrsg.) (2015): *Handbuch Immobilientransaktionen*, 2. Aufl., Linde Verlag, Wien, S. 334 - 345

Fischer Peter/Teufelsdorfer Herwig: Die wirtschaftliche Due Diligence – Zusammenführung der Ergebnisse. In: Teufelsdorfer Herwig (Hrsg.) (2015): *Handbuch Immobilientransaktionen*, 2. Aufl., Linde Verlag, Wien, S. 283 - 332

Fischer Peter/Teufelsdorfer Herwig: Due Diligence Prozess. In: Teufelsdorfer Herwig (Hrsg.) (2015): *Handbuch Immobilientransaktionen*, 2. Aufl., Linde Verlag, Wien, S. 48 - 84

Flener Lukas: Die Gewährleistung beim Unternehmenskauf. In: Polster-Grüll Barbara/Zöchling Hans/ Kranebitter Gottwald (Hrsg.) (2007): *Handbuch Mergers & Acquisitions*, Linde Verlag, Wien, S. 597 – 620

Flener Lukas: Unternehmen. In: Gruber Michael, Kalss Susanne, Müller Katharina, Schauer Martin (Hrsg.) (2010): *Erbrecht und Vermögensnachfolge*. 1. Aufl., Springer Verlag, Wien, S. 859 - 905

Foerster Martin: Die rechtliche Due Diligence. In: Teufelsdorfer Herwig (Hrsg.) (2015): *Handbuch Immobilientransaktionen*, 2. Aufl., Linde Verlag, Wien, S. 144 - 193

Fuhrmann Karin/Hiesböck Alfred: Asset Deal versus Share Deal. In: Braunisch Klemens /Fuhrmann Karin/Ledl Rupert (Hrsg.) (2021): *Handbuch Immobilienbewirtschaftung*, 3.Aufl., Linde Verlag, Wien, S. 423 - 432

Fuhrmann Karin/Kerbl Gerald: Die steuerliche Due Diligence. In: Teufelsdorfer Herwig (Hrsg.) (2015): *Handbuch Immobilientransaktionen*, 2. Aufl., Linde Verlag, Wien, S. 195 - 282

Haberer Thomas/Purtscher Victor: Wirtschaftliche und rechtliche Fragen der Unternehmensbewertung. In: Althuber Franz/Schopper Alexander (Hrsg.) (2015): *Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence*. Band I: Legal. 2. Aufl., LexisNexis Verlag, Wien, S. 163 - 210

Hasenauer Clemens/Pracht Lorenz: Gewährleistungsrecht und Due Diligence. In: Althuber Franz/Schopper Alexander (Hrsg.) (2015): *Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence*. Band I: Legal. 2. Aufl., LexisNexis Verlag, Wien, S. 93 – 112

Havranek Hannes/Kocsan Melanie: Handhabung bekannt gewordener Risiken in Transaktionen. In: Althuber Franz/Schopper Alexander (Hrsg.) (2015): *Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence*. Band I: Legal. 2. Aufl., LexisNexis Verlag, Wien, S. 455 – 468

Heidinger Franz Josef/Graf Bernd U.: Rechtliche Due Diligence. In: Heidinger Franz Josef/Albeseder Werner (Hrsg.) (2001): *Due Diligence. Ein Handbuch für die Praxis*. Orac Verlag, Wien, S. 27 - 42

Helbl Andreas/Schindler Hartwig: Die technische und umwelttechnische Due Diligence. In: Teufelsdorfer Herwig (Hrsg.) (2015): *Handbuch Immobilientransaktionen*, 2. Aufl., Linde Verlag, Wien, S. 85 - 140

Hörlsberger Franz: Versicherungsrechtliche Aspekte der Legal Due Diligence. In: Althuber Franz/Schopper Alexander (Hrsg.) (2015): *Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence*. Band I: Legal. 2. Aufl., LexisNexis Verlag, Wien, S. 889 - 908

Hutterer Alois: Letter of Intent („LOI“). In: Mittendorfer Franz (Hrsg.): *Unternehmenskauf in der Praxis*. 2. Aufl., Verlag Österreich, Wien, S. 24 - 48

Hüttner Alexander/Schorn Andreas: Due Diligence-Prüfung beim Unternehmenskauf. In: Mittendorfer Franz (Hrsg.): *Unternehmenskauf in der Praxis*. 2. Aufl., Verlag Österreich, Wien, S. 59 - 93

Mittendorfer Franz/Duursma Dieter: Gestaltungsvarianten. In: Mittendorfer Franz (Hrsg.) (2019): *Unternehmenskauf in der Praxis*. 2. Aufl., Verlag Österreich, Wien, S. 113 - 153

Mittendorfer Franz/Duursma Dieter: Haftungsfragen beim Share Deal. In: Mittendorfer Franz (Hrsg.) (2019): *Unternehmenskauf in der Praxis*. 2. Aufl., Verlag Österreich, Wien, S. 293 - 294

Mittendorfer Franz/Hütter Sebastian: Wesentliche Vertragsbestimmungen und Formulierungsbeispiele. In: Mittendorfer Franz (Hrsg.) (2019): *Unternehmenskauf in der Praxis*. 2. Aufl., Verlag Österreich, Wien, S. 154 - 210

Reich-Rohrwig Johannes: Auslegung und Reichweite von Bilanzgarantien. In: Althuber Franz/Schopper Alexander (Hrsg.) (2015): *Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence*. Band I: Legal. 2. Aufl., LexisNexis Verlag, Wien, S. 391 - 454

Schopper Alexander/Moser Joseph P: Übertragung von Gesellschaftsanteilen. In: Bergmann Sebastian/Kalss Susanne (Hrsg.) (2020): *Rechtsformwahl*. Verlag Österreich, Wien, S. 597 - 670

Wachter Rainer/Mader Christopher: Ausgewählte Fragen der Legal Due Diligence. In: Polster-Grüll Barbara/Zöchling Hans/ Kranebitter Gottwald (Hrsg.) (2007): *Handbuch Mergers & Acquisitions*, Linde Verlag, Wien, S. 59 - 90

Wahl Philipp: Auswirkungen des UGB auf M&A-Transaktionen. In: Polster-Grüll Barbara/Zöchling Hans/ Kranebitter Gottwald (Hrsg.) (2007): *Handbuch Mergers & Acquisitions*, Linde Verlag, Wien, S. 487 - 502

Wehinger-Malang Claudia: Asset Deal versus Share Deal bei der Übertragung von Liegenschaften aus steuerlicher Sicht. In: Haunold Peter/Kovar Herbert/Schuch Josef/Wahrlich Ronald (Hrsg.) (2021): *Immobilienbesteuerung*. 5. Aufl., Linde Verlag, Wien, S. 199 - 234

Welser Irene/Siegwart Michaela: Die praktische Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen aus Unternehmens- und Anteilskaufverträgen. In: Althuber Franz/Schopper Alexander (Hrsg.) (2015): *Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence*. Band I: Legal. 2. Aufl., LexisNexis Verlag, Wien, S. 113 - 162

Wiesner Wolfgang: (Tax-) Due-Diligence-Prüfung bei Immobilientransaktionen. In: Braunisch Klemens /Fuhrmann Karin/Ledl Rupert (Hrsg.) (2021): *Handbuch Immobilienbewirtschaftung*, 3.Aufl., Linde Verlag, Wien, S. 364 - 380

Artikel in Zeitschriften:

Aigner Andreas (2007): Unternehmenskauf - inwieweit gilt § 1409 ABGB für den Share Deal?. In: *eco/lex*, Heft 1/2007, S. 16

Aigner Andreas (2007): Unternehmenskauf – Besonderheiten der Erwerberhaftung des § 1409 ABGB beim Share Deal. In: *eco/lex*, Heft 2/2007, S. 93

Artmann Eveline (2002): Haftungsdurchgriff im GmbH-Recht. In: *DRdA*, Heft 5/2002, S. 370

Artmann Eveline (2005): OGH 29.04.2004, 6 Ob 313/03b. In: *ÖZW*, Heft 1/2005, S. 21

Größ Stephan (2008): Immobilien Due Diligence. In: *eco/lex*. Heft 4/2008, S. 308

Gold Tanja (2019): Die steuerlichen Aspekte der gängigsten Rechtsformen von direkten Immobilieninvestments in Österreich. Masterthese, Technische Universität Wien, Wien

Harasser Birgit (2013): Due Diligence: Identifikation, Bewertung und Handhabung von Risiken. In: *ZLB* 2013/9, Heft 1/2013, S. 8

Kalss Susanne/Eckert Georg/Schörghofer Paul (2009): Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & Co KG? In: *GesRZ*, Heft 2/2009, S. 65

Karollus-Bruner Daniela (2007): Was garantiert die Bilanzgarantie? In: *ecollex*, Heft 11/2007, S. 824

Henriette-C. Kepplinger/Duursma Dieter (2001): Gewährleistung beim Unternehmenskauf – Eine Gegenüberstellung der österreichischen und deutschen Rechtslage. In: *ZfRV*, Heft 3/2001, S. 86

Kogler Gabriel (2010): Gewährleistungsfrist beim Unternehmenskauf. In: *ecollex*, Heft 3/2010, S. 239

Leitner Max (2001): Überblick über die Gewährleistungsreform. In: *immollex*, Heft 7-8/2001, S. 210

Meckbach Anne/Grau Tobias (2016): Wichtige Begriffe aus M&A und Corporate. In: *CMS-Legal*, 4. Aufl., S. 4 - 128

Oberlechner Peter (2006): Wann ist ein Unternehmen mangelhaft? In: *ecollex*, Heft 8/2006, S. 628

Puck Birgit (1996): OGH 24.10.1995, 4 Ob 1657/95. In: *ecollex* 1996, S. 247

Reich-Rohrwig Johannes (2003): Verbotene Einlagenrückgewähr bei Kapitalgesellschaften. In: *ecollex*, Heft 3/2003, S. 152

Reich-Rohrwig Johannes/Thiery Gottfried (1991): Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf. In: *ecollex*, 1991, S. 89

Ritz Kurt/Matti Daniel (2005): Due Diligence-Prozess bei Immobilientransaktionen - Aspekte einer systematischen Prüfung des Immobilienerwerbs. In: *Der Schweizer Treuhänder*, Heft 2005/05, S. 360 - 365

Thierrichter Maria R. (2012): Haftung des Verkäufers beim Anteilskauf. In: *RdW* 2012/341, Heft 6/2012, S. 319

Wala Thomas/Szauer Stefan (2006): Steueroptimale Rechtsform versus rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung. In: *tax/ex*, Heft 8/2006, S. 388

Walch Mathias (2013): Die Gewährleistungspflicht für Unternehmensmängel bei Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils. In: *NZ 2013/78*, Heft 06/2013, S. 171

Wiedenbauer Martin/Klauninger Johannes (2003): Eigenschaftszusagen und Garantien beim Unternehmenskauf. In: *eco/ex*, Heft 6/2003, S. 397

Wiesinger Harald (2011): Zur Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen. In: *eco/ex*, Heft 1/2011, S. 11

Wilhelm Georg (2005): Gewährleistungsnebel über dem Unternehmenskauf. In: *eco/ex*, Heft 10/2005, S. 741

Judikatur-Verzeichnis:

OGH 06.09.1990, 6 Ob 564/90

OGH 30.08.1995, 3 Ob 520/94

OGH 24.10.1995, 4 Ob 1657/95

OGH 27.06.1996, 2 Ob 2140/96

OGH 30.03.2000, 2 Ob 68/00i

OGH 12.04.2001, 8 ObA 98/00w

OGH 13.09.2001, 8 Ob 51/01k

OGH 18.04.2002, 8 Ob 37/02b

OGH 25.03.2003, 1 Ob 41/03s

OGH 29.04.2004, 6 Ob 313/03b

OGH 02.04.1998, 6 Ob 312/97

OGH 03.04.2008, 1 Ob 21/08g

OGH 12.05.2009, 10 Ob 21/08y

OGH 05.07.2011, 4 Ob 44/11s

OGH 17.04.2012, 4 Ob 174/11h

OGH 17.12.2012, 5 Ob 136/12d

OGH 22.09.2016, 3 Ob 76/16x

Internetquellen:

Schopper Alexander: WK GmbH § 70. In: Straube/Ratka/Rauter, (Stand 1.11.2015, rdb.at),

https://rdb.manz.at/document/1125_2_gmbhg_gmbhg_p0070?execution=e6s2&highlight=Schopper+in+Straube%2FRatka%2FRauter+%2C+WK+GmbHG+%C2%A7+70+%28Stand+1.11.2015%2Crdb.at%29 – abgerufen am 20.03.2021

<https://www.gruenderservice.at/site/gruenderservice/planung/GmbH.html>,

abgerufen am 26.06.2021

Verordnungen:

EU-Verordnung 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (DSGVO)

Abbildungs-, Tabellenverzeichnis

Abb. 1: Gegenüberstellung "Asset Deal vs Share Deal". Eigene Grafik. Quelle: Vgl Brugger (2020): Rn 1.6.....	6
Abb. 2: Übersicht steuerliche Betrachtung Share Deal. Eigene Grafik. Quelle: Vgl Brugger (2020): Rn 9.9.....	8
Abb. 3: Übersicht steuerliche Kriterien Rechtsformen in Österreich. Eigene Grafik. Quelle: Vgl Gold (2019): 64.....	9
Abb. 4: Übersicht steuerliche Kriterien Rechtsformen in Österreich. Eigene Grafik. Quelle: Vgl Gold (2019): 64.....	10
Abb. 5: Übersicht Share Deal – Vor- und Nachteile. Eigene Grafik. Quelle: Vgl Fuhrmann/Hiesböck (2021): 433.....	12
Abb. 6: Ablauf Immobilien Due Diligence. Eigene Grafik. Quelle: Vgl Ritz/Matti (2005): 361.....	13
Abb. 7: Strukturablauf Due Diligence. Eigene Grafik. Quelle: Vgl Fischer/Teufelsdorfer (2015): 53.....	17
Abb. 8: Kernprozesse der Immobilien Due Diligence. Eigene Grafik. Quelle: Vgl Ritz/Matti (2005): 364.....	22
Abb. 9: gesetzliche Gewährleistungsregeln. Eigene Grafik. Quelle: Vgl Brugger (2020): Rn 11.13.....	32
Abb. 10: Katalog Gewährleistungszusagen. Eigene Grafik. Quelle: Vgl Flener (2007): 602.....	38
Abb. 11: Katalog Gewährleistungszusagen. Eigene Grafik. Quelle: Vgl ebda.....	39

Glossar³²⁹

Anteilskauf vgl *Share Deal*

Asset Deal Kaufgegenstand eines *Asset Deals* sind (sämtliche oder ausgewählte) Aktiva und Passiva sowie Vertragsbeziehungen eines Unternehmens, das heißt Vermögensgegenstände in Form von Rechten, Ansprüchen, Grundstücken oder beweglichen Sachen sowie Verbindlichkeiten. Aufgrund des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes müssen die einzelnen Wirtschaftsgüter im Vertrag individuell oder zumindest bestimmbar bezeichnet werden. Es erfolgt eine Einzelrechtsnachfolge; Verbindlichkeiten gehen im Regelfall nicht ohne gesonderte Vereinbarung über. Das Gegenstück zum *Asset Deal* ist der *Share Deal* (Anteilskauf)

Best-Knowledge-Klausel Beschränkung einer Erklärung dahingehend, dass der Vertragspartner im Rahmen von *Reps & Warranties* für das Vorhandensein zugesagter Umstände nur nach bestem Wissen einzustehen hat. Es ist vertraglich genau zu definieren, auf wessen Wissen abgestellt wird, ob nur die tatsächliche Kenntnis maßgeblich ist oder ob auch (grob) fahrlässige Unkenntnis ausreicht sowie ob die betreffenden Personen eine Pflicht zur Einholung weiterer Erkundigungen trifft

Break-Up Fee kann vor Abschluss des Anteilskaufvertrags im *Letter of Intent (LOI)* für den Fall des Scheiterns der Transaktion vereinbart werden

Cap Einigung der Vertrags-Parteien auf einen Höchstbetrag, welcher bei Garantieansprüchen maximal geltend gemacht werden kann

Change of Control Klausel regelt die Rechtsfolgen im Fall eines Kontrollwechsels; sieht meist für den anderen Vertragspartner Sonderkündigungsrechte vor

Closing dinglicher Vollzug der Transaktion; nach Eintritt sämtlicher *Closing Conditions* wird das Eigentum an den Shares oder Assets gegen Zahlung des fälligen Kaufpreises auf den Erwerber übertragen; voraus geht der Abschluss des Kaufvertrags (vgl *Signing*)

³²⁹ Vgl Meckbach/Grau (2016): keine Gewähr für die inhaltliche Richtigkeit oder Vollständigkeit der Erläuterungen

Closing Conditions vertragliche definierte Bedingungen die für den Vollzug der Transaktion vorliegen müssen; oft auch als *Conditions Precendent* bezeichnet

Closing Memorandum Dokument, in dem die Vertragsparteien den Eintritt sämtlicher Bedingungen für das Closing zu Beweiszwecken bestätigen

Comfort Letter vgl Patronatserklärung

Commercial Due Diligence Teil einer *Due Diligence*, Untersuchung des externen Umfeldes der Zielgesellschaft (Markt-, Branchen- und Wettbewerbsumfeld)

Conditions Precendents Begriff, der in Unternehmenskaufverträgen oft synonym zu *Closing Conditions* verwendet wird

Covenants Verpflichtung im Sinne einer Nebenabrede in einem Vertrag

Deal Breaker Umstände, die bei fehlender Lösung oder Einigung zu einem Abbruch der Verhandlungen führen; im Rahmen der *Due Diligence* sollen mögliche Dealbreaker identifiziert und Lösungswege aufgezeigt werden

De minimis Schwelle Betrag, bei dessen Unterschreiten der Käufer keine Gewährleistungsansprüche geltend machen kann

Disclosure Schedules Beilage zum Kaufvertrag, in dem der Verkäufer Umstände anführt, die seine Garantien (vgl *Representations & Warranties*) einschränken

Due Diligence angemessene/erforderliche/gebührende Sorgfalt; Prüfung des Kaufgegenstands

Due Diligence Checklist dient zur Vorbereitung der *Due Diligence* durch die Auflistung von Dokumenten für den (virtuellen) Datenraum

Due Diligence Report Bericht, der alle wesentlichen Basisdaten, Ergebnisse und Empfehlungen einer *Due Diligence* enthält; nachvollziehbare Darstellung der erfolgten Untersuchung für die Entscheidungsträger des Käufers sowie der Kapitalgeber

Earn out Klausel Bei einem Earn-out sagt der Käufer eine über einen fixen Kaufpreis hinausgehende variable Kaufpreiskomponente zu, deren Berechnung in Abhängigkeit der künftigen Entwicklung der Zielgesellschaft steht, sofern ein vorher festgelegter Referenzstand innerhalb eines bestimmten Zeitraumes erreicht oder überschritten wird

Environmental Due Diligence Untersuchung des umweltrechtlichen und technischen Umfelds der Zielgesellschaften; klassische Themenfelder sind die Überprüfung auf eventuelle Altlasten, die örtliche Lage sowie umweltrechtliche Vorschriften und das Vorhandensein erforderlicher öffentlich-rechtlicher Genehmigungen

Financial Due Diligence Meist von Wirtschaftsprüfern durchgeführte Beurteilung zentraler Bewertungsparameter und Identifikation von finanzwirtschaftlichen Risiken der Zielgesellschaft; im Fokus steht regelmäßig deren Ertragslage, Liquidität, Kapitalausstattung

Kaufpreisanpassung Kaufpreisgestaltung, bei der der Kaufpreis nicht von vornherein endgültig festgelegt, sondern variabel ist, z.B. um zukünftige Entwicklungen bis zum Closing abbilden zu können

Legal Due Diligence Im Rahmen dieser Prüfung werden die rechtlichen Beziehungen und Risiken eines Unternehmens untersucht, wobei der Schwerpunkt der Analyse wird durch die Umstände des Einzelfalls bestimmt

Letter of Intent (LoI) Eine (regelmäßig ohne rechtliche Bindungswirkung ausgestaltete) Absichtserklärung, mit der die Parteien ihre Bereitschaft zu weiteren Verhandlungen zum Ausdruck bringen, darüber hinaus kann ein LoI auch verbindliche Bestandteile (zB Vertraulichkeit, Exklusivität) beinhalten

Patronatserklärung vgl Comfort Letter; in der (zumeist) die Muttergesellschaft die Zusage gibt, die Zielgesellschaft im Fall von ökonomischen Schwierigkeiten mit den erforderlichen Mitteln auszustatten (sog. „harte“ Patronatserklärung). Bei einer „weichen“ Patronatserklärung gibt die Muttergesellschaft lediglich eine rechtlich unverbindliche, allenfalls moralisch verpflichtende Goodwill-Erklärung ab.

Share Deal Transaktion (auch Anteilskauf), bei der (anders als beim vgl Asset Deal) Anteile an einer Gesellschaft veräußert werden, Bezeichnung auch als Anteilskauf; es ändert sich damit lediglich der Inhaber der Gesellschaft, die Rechtsverhältnisse der Zielgesellschaft selbst bleiben grundsätzlich unberührt

Signing Tag der Unterzeichnung der Vertragsdokumente, wodurch die schuldrechtliche Verpflichtung zum Vollzug (vgl. **Closing**) der Transaktion begründet wird

Term Sheet Zusammenfassung der wesentlichen Eckpunkte der Einigung der Parteien. Die im Term Sheet enthaltenen Punkte werden später in die vertragliche Regelung umgesetzt. Term Sheets können, ganz oder teilweise, verbindlichen oder unverbindlichen Charakter haben

Vendor Due Diligence bei der der Verkäufer selbst sein Unternehmen einer eingehenden Prüfung unterzieht oder durch Berater unterziehen lässt. Er versetzt sich so in die Lage, eventuelle Mängel noch vor der angestrebten Transaktion zu beseitigen, was sich regelmäßig kaufpreiserhöhend auswirkt. Die Durchführung einer Vendor Due Diligence hilft, ein Informationsgefälle zu vermeiden, da der Käufer im Rahmen der Purchaser Due Diligence zum Teil eine bessere Kenntnis des Targets erlangt, als der Verkäufer sie selbst hat.

Vinkulierung Von lateinisch „vincula“ = Fesseln, Gefängnis; eine Regelung, die die Übertragbarkeit von Anteilen an einem Unternehmen beschränkt und diese z.B. von der Zustimmung der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter abhängig macht

Virtueller Datenraum Datenraum in welchem für die Due Diligence hochvertrauliche Informationen und Unterlagen zur Verfügung gestellt werden

W&I Insurance (Warranty & Indemnity Insurance) Gewährleistungsversicherung, die meist vom Käufer abgeschlossen wird (auch „Buyer-side W&I Insurance“ genannt). Sie sichert den Käufer gegen ihm unbekanntes wertmindernde Faktoren und Risiken, zum Teil auch gegen bekannte Risiken aus dem Unternehmenserwerb ab.

Anhang

Nachfolgende Due Diligence Checklisten, wobei Umfang und Ausgestaltung auf den jeweiligen Einzelfall individuell anzupassen ist (ohne Anspruch auf Vollständigkeit):

Legal Due Diligence³³⁰

Verträge (schriftlich, mündlich, konkludent abgeschlossen)

1. Werkverträge
2. Konsulentenverträge
3. Bestands-, Leasing- und sonstige Nutzungsverträge (falls nicht gesondert im Zusammenhang mit Liegenschaften aufgezählt)
4. Wartungsverträge
5. Outsourcing
6. Franchise- und andere Vertriebsverträge, Vertragshändlerverträge
7. langfristige Kauf- und Lieferverträge, Bezugs- und Sukzessivlieferverträge; Rahmenverträge
8. Frachtverträge
9. Versorgungsverträge (Strom, Gas, Wasser, Telefon und Datenleitungen)
10. Allgemeine Geschäftsbedingungen
11. sonstige wesentliche Verträge (Laufzeit oder Kündigungsfrist von mehr als drei Monaten; Zahlungsverpflichtung von mehr als ERU [...]; Verträge außerhalb des ordentlichen Geschäftsbetriebs; nach Ansicht des Managements für die Bewertung des Unternehmens wichtige Verträge und Unterlagen)
12. laufende Vertragsverhandlungen, Absichtserklärungen, neue Projekte
13. Verträge mit unüblichem Inhalt oder unüblichen Bestimmungen (z.B. Change of Control-Klauseln)
14. Ausschreibungen und Vergaben nach vergabrechtlichen Bestimmungen

Versicherungsverträge

1. Versicherungsverträge und Polizen, bei D&O-Versicherungen auch die erforderlichen Organgenehmigungen*
2. Liste der pendenten Schadensfälle
3. Informationen über
 - a) Deckungssummen
 - b) ob alle Prämien bezahlt sind
 - c) ob ausreichender Deckungsschutz vorhanden ist
 - d) Leistungsverweigerung durch Versicherer

* Bei Versicherung zugunsten des Vorstands ist Aufsichtsratsgenehmigung erforderlich, denn die Versicherungsprämie wäre wohl als Gehaltsbestandteil zu qualifizieren, vgl OGH 30.6.1999, 9 ObA 68/99m, Entlassung eines Vorstandsmitglieds der *A. Gerngross Kaufhaus AG* wegen Abschlusses einer Manager-Rechtsschutzversicherung auf Kosten der AG ohne Aufsichtsratsgenehmigung; bei Versicherung zugunsten des Aufsichtsrats: Genehmigung der HV. Differenzierend: Schima/Toscani, Die Vertretung der AG bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand, JBl 2012, 570 (575)

³³⁰ Vgl Bruggen (2020): Rn 10.198

Gesellschaftsrecht	
1.	Gesellschaftsvertrag bzw Satzung
2.	Aktuelle Konzernstruktur in Schaublattform einschließlich Konsortial- und sonstige Beteiligungen und Filialen; Angabe der Höhe der Beteiligung der Gesellschaft und der anderen Beteiligten
3.	Nominalkapital (Einzahlung), Gesellschafter (unter Angabe der Firmenbuch-/Registernummer), Aktienbuch; bedingte Kapitalerhöhungen, genehmigtes Kapital, Wandelschuldverschreibungen
4.	Zweigniederlassungen
5.	Verträge und andere Urkunden über Anteilserwerb (Abtretungsverträge) oder über Aktienerwerb
6.	Aktuelle Firmenbuchauszüge, Kopien der anhängigen Firmenbuchanträge
7.	Rechte Dritter an den Gesellschaftsrechten bzw Aktien oder an einem wesentlichen Teil des Unternehmensvermögens
8.	Generalversammlungs- oder HV-Protokolle, Aufsichtsratsprotokolle der letzten fünf Jahre; sonstige Gesellschafterbeschlüsse (Protokollbuch?)
9.	Umstrukturierungen und Umgründungen (Verschmelzungen, Spaltungen, etc)
10.	ausländische Niederlassungen* und sonstige Geschäftstätigkeit im Ausland
Fremdeinfluss auf die Gesellschaft	
1.	Treuhandverträge
2.	Verpfändung von Anteilen
3.	Syndikatsverträge, Stimmbindungsverträge
4.	Stille Gesellschaften
5.	Genussrechte, Unterbeteiligungen
6.	Konzernverträge (Gewinnabführungs-, Beherrschungsverträge), Ergebnisabführungsverträge, Konsortialvereinbarungen, Gesellschaften bürgerlichen Rechts, Kommanditbeteiligungen, Gruppenbesteuerungs- und Steuerausgleichs-/Umlageverträge; partriarische Darlehen
Übernommene Haftungen für Dritte	
1.	Haftungen für Konzerngesellschaften (Liste der Haftungen unter Angabe der Art, Dauer und des Betrages)
2.	Haftungen für andere (Liste der Haftungen unter Angabe der Art, Dauer und des Betrages)
Beteiligungen an anderen Unternehmen	
Anteile an Gesellschaften	
1.	a) Gesellschaftsvertrag oder Satzung b) Nominalkapital (Einzahlung); Mitgesellschafter c) Firmenbuchauszüge, Kopien der anhängigen Firmenbuchanträge
2.	Unterlagen über in den letzten [...] Jahren getätigten Unternehmens- oder Beteiligungserwerbe
3.	Sonstige
Kooperationen	
1.	ARGE
2.	Joint Venture-Verträge
3.	Sonstige
Leitungsorgane	
1.	Geschäftsführung, Vorstand; Geschäftsordnung, Vorstandsprotokolle der letzten fünf Jahre
2.	Aufsichtsrat; Geschäftsordnung; Aufsichtsratsprotokolle der letzten fünf Jahre
3.	Beirat
4.	Organisations-Chart einschließlich Aufstellung der Organmitglieder
5.	firmeninterne Richtlinien, Grundsätze
6.	Geschäftsordnungen für Geschäftsführung/Vorstand und Aufsichtsrat (oder ähnliche Organe) und aller Ausschüsse
Konzernverbindungen	
1.	Langfristige Verträge über zu empfangende Lieferungen und Leistungen
2.	Konzernverträge (im besonderen mit dem Verkäufer) mit unüblichen oder einem Drittvergleich nicht standhaltenden Bestimmungen
3.	Darlehen und Kredite; Sicherheiten
4.	Cash Pooling

* Zum IPR vgl *Brugger*, Die inländische Zweigniederlassung einer ausländischen GmbH, in *Gruber/Harrer*, GmbHG (2014) § 107.

³³¹ Vgl aaO: Rn 10.202

Real Estate Due Diligence³³²

Liegenschaftseigentum

1. Auflistung und Angaben über Liegenschaften, Superädifikate und Baurechte, die im Eigentum der Zielgesellschaft oder ihrer Konzerngesellschaften stehen sowie Angaben über Zufahrtsrechte, Parkmöglichkeiten
2. Aktuelle Grundbuchsauszüge dazu
3. Kaufverträge und Verträge über Superädifikate; Baurechtsverträge
4. Noch nicht durchgeführte Verträge hinsichtlich Kauf oder Verkauf von Liegenschaften oder Rechte in Bezug auf Liegenschaften
5. Nicht verbücherte Verträge
 - a) verbücherungsfähige
 - b) nicht verbücherungsfähige
6. Kauf- und Verkaufsofferte über Liegenschaften; beabsichtigte Kaufverträge
7. Offene Eintragungsanträge

Miet- und Pachtverhältnisse

1. Alle Verträge sowie Grundbuchsauszüge über
 - a) Bestandobjekte, an denen der Zielgesellschaft oder ihren Konzerngesellschaften Bestandrechte eingeräumt sind
 - b) Bestandobjekte im Eigentum der Zielgesellschaft oder ihren Konzerngesellschaften, die Dritten in Bestand gegeben werden
2. Allfällige Nebenvereinbarungen im Zusammenhang mit Bestandsverträgen
3. Angebote auf Abschluss von Bestandsverträgen; beabsichtigte Bestandsverträge
4. Mietzinsanpassungen und diesbezügliche Korrespondenz

³³² Vgl aaO: Rn 10.280

Financial Due Diligence³³³

Unternehmensgruppe, Konzern

1. Entwicklung der Beteiligungsverhältnisse in den letzten fünf Jahren*
2. Organschaftsverhältnis (USt); Gruppenverhältnisse (KSt)
3. Ergebnisverwendungsgeschlüsse der letzten fünf Jahre inkl KEST-Anmeldung
4. Umgründungen in den letzten fünf Jahren inkl Verträge, Anzeigen, Finanzamtsanfragen*
5. Akquisitionen der letzten fünf Jahre und deren steuerrechtliche Behandlung*
6. Übersicht über Betriebsstätten (Zweigniederlassungen) im Ausland*
7. Ergebnisabführungsverträge, Beherrschungsverträge
Verrechnungspreisdokumentation
8. Steuerumlageverträge
9. Geschäftsführungsverträge (Bonus- und Tantiemenvereinbarungen*)
10. Forderungsverzichte, Besserungsvereinbarungen, Rangrücktrittserklärungen,
Patronatserklärungen, Garantien*
11. Nachschüsse oder Zuschusserklärungen der Gesellschafter, insb Großmutterzuschuss*
12. Verrechnungspreisvereinbarungen (inkl Kostenumlageverträge und sonstige Verträge zwischen
Konzerngesellschaften*)
13. Übersicht über konzerninterne Liefer- und Leistungsbeziehungen
14. Unterlagen über angewendete Verrechnungspreismethoden samt Nachweis der
Fremdvergleichbarkeit

Verträge

1. Lizenzverträge*
2. Kredit- und Darlehensverträge*
3. andere Garantien und Patronatsvereinbarungen*
4. Wechselverbindlichkeiten
5. Verpfändungen, sonstige gewährte Sicherheiten*
6. Bankverbindungen und Zeichnungsberechtigungen
7. Managementverträge*
8. Mietverträge*
9. Leasingverträge (operate leasing, finance leasing mit je unterschiedlicher steuerrechtlicher
Beurteilung)*
10. Anteilsverkäufe*
11. Sonstige Leistungsbeziehungen mit und ohne schriftlichen Vertrag mit Dritten oder mit
Gesellschaftern (oder sonstigen verbundenen Unternehmen)*
12. öffentliche Subventionen und Förderungen*

Jahresabschlüsse

1. Jahresabschlüsse der letzten fünf Jahre vollständig samt Prüfberichten*
2. Aufgliederung der Steuerrückstellungen (Entwicklung) der letzten fünf Jahre*

* Berührungspunkte oder Überschneidungen der Financial DD mit der Legal DD

³³³ Vgl aaO: Rn 10.299

Tax Due Diligence³³⁴

Steuerliche Veranlagung

1. Abgabenerklärungen der letzten fünf Jahre
2. Steuerberechnung für das abgelaufene Jahr (wenn noch keine Steuererklärung vorhanden) und Übersicht über den Status der Veranlagungen
3. Gruppenanträge
4. Berechnung der Steuerabgrenzungen der letzten fünf Jahre
5. Übersicht über die Abgabentermine inkl Fristverlängerungen
6. Evidenzkonten
7. Steuerbescheide der letzten fünf Jahre (inkl Steuervorauszahlungsbescheide)
8. Jahreskontonachrichten des Finanzamtes
9. Außenprüfungsberichte sowie Niederschrift der Schlussbesprechung der letzten Außenprüfung
10. Übersicht über steuerliche Verlustvorträge (getrennt in laufend, aus Umgründungen, Vorgruppen- und Außergruppenverluste)
11. Berechnungsunterlagen zu Prämienanträgen (Forschungsprämie etc)
12. Übersicht über vorgenommene Teilwertabschreibungen (inkl Berechnungen) und Einzelwertberichtigungen
13. Übersicht über etwaige Behalte- und Sperrfristen (nach EStG, KStG, UmgrStG oder DBA)
14. Verrechnungspreisdokumentation

Rechtsbehelfe, Rechtsmittel

1. anhängige und abgeschlossene Rechtsmittelverfahren (Beschwerdevorentscheidungen, Bescheidbeschwerden an BFG, Revision an VfGH samt allfälligem Erkenntnis; Beschwerde an VfGH samt allfälligem Erkenntnis) und Angabe über Verfahrensstand
2. Angabe der im Zusammenhang mit Rechtsmitteln gebildeten Steuerrückstellungen
3. anhängige und abgeschlossene Finanzstrafverfahren*

Anfragen an Finanzbehörden

1. Anträge auf verbindliche Auskünfte samt Anfragebeantwortung der Finanzbehörden*
2. Sonstige Korrespondenz mit den Finanzbehörden

Gebühren und Verkehrsteuern

1. Übersicht über Transaktionen, die Gebühren und/oder Verkehrsteuern (GebG, GeSt, GrESt) unterliegen, inkl Verträge*
2. Nachweis der Meldung an das Finanzamt sowie Bescheide
3. Einheitswertbescheide
4. Anwendung von Gebühren- und Verkehrsteuer-Vermeidungsvarianten: Dokumentation dazu*

Sonstige Abgaben (abhängig von der Branche des Targets)

1. Kfz-Steuer
2. Getränkesteuerbescheide der letzten fünf Jahre
3. Werden Abzugsteuern für beschränkt Steuerpflichtige einbehalten?

Lohnsteuer und Sozialversicherung

1. Sozialversicherungsbeiträge (Rückstände?)
2. Bericht über die letzte Lohnsteuerprüfung samt Bericht über die letzte Sozialversicherungs- und sonstigen Prüfungen (GPLA)
3. Kollektivverträge, Betriebsvereinbarungen, Vorlage eines Musterdienstvertrages*
4. Pensionszusagen*
5. Sachbezüge*

Umsatzsteuer, Zölle

1. Bericht der letzten Umsatzsteuernachscha
2. Bericht der letzten Nachschau der Zollbehörde

* Berührungspunkte oder Überschneidungen der Tax DD mit der Legal DD

³³⁴ Vgl aaO: Rn 10.306