

2.1.3. Gesellschafterbeschlüsse

Oft sehen die Gesellschaftsverträge von Gesellschaften vor, dass bei der Veräußerung, dem Erwerb oder der Belastung von Liegenschaften oder beim Erwerb und der Veräußerung von Beteiligungen die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einzuholen ist. Besteht in der GmbH oder FlexCo ein Aufsichtsrat, ist zusätzlich die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen, soweit dies nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört (§ 30j Abs 5 Z 1 bzw 2 GmbHG). Auch die Aufnahme von Krediten oder das Tätigen von Investitionen kann ausdrücklich zustimmungspflichtig sein. Doch auch wenn die Zustimmung durch die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag nicht ausdrücklich geregelt ist, kann es sein, dass die Geschäftsführer zur Vorlage verpflichtet sind.

Geschäftsführer haben stets dann die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einzuholen, wenn die beabsichtigte Maßnahme bzw das beabsichtigte Geschäft nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört (für Personengesellschaften siehe § 116 Abs 2 UGB; bei der GmbH und damit auch bei der FlexCo geht dies auf ständige Rechtsprechung zurück⁷³). Außergewöhnliche Geschäfte sind zum einen solche, die nicht vom Unternehmensgegenstand der Gesellschaft gedeckt sind. Zum anderen können aber auch solche Geschäfte außergewöhnlich und damit zustimmungspflichtig sein, die zwar innerhalb des Unternehmensgegenstands gelegen sind, die aber wegen ihrer besonderen Bedeutung oder wegen ihres unternehmerischen Risikos Ausnahmecharakter haben und nicht dem „Tagesgeschäft“ zugerechnet werden können.⁷⁴ Damit müssen sich auch Geschäftsführer einer Gesellschaft, zu deren Unternehmensgegenstand der Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken gehört und für die weder der Gesellschaftsvertrag noch eine allfällige Geschäftsordnung oder eine Gesellschafterweisung die Zustimmungspflicht vorsehen, damit befassen, ob sie im konkreten Fall den Kauf bzw Verkauf der Liegenschaft der Gesellschafterversammlung vorlegen müssen (etwa aufgrund des Kaufpreisvolumens oder des mit der Transaktion verbundenen Risikos). Die Geschäftsführer haben auch dann die Zustimmung einzuholen, wenn sie mit einem Widerspruch der Mehrheit der Gesellschafter rechnen müssen.⁷⁵

Zur Genehmigung von Investitionen sei an dieser Stelle angemerkt, dass gemäß § 35 Abs 1 Z 7 GmbHG für den Abschluss von Verträgen, durch welche die Gesellschaft Anlagevermögen für eine 20 % des Stammkapitals übersteigende Vergütung erwerben soll, sowie die Änderung solcher Verträge zu Lasten der Gesellschaft, in den ersten zwei Jahren ab Gründung der Gesellschaft zwingend die Zustimmung einzuholen ist. Bei einem Stammkapital von EUR 10.000 liegt die

73 RIS-Justiz RS0122187.

74 OGH 18.3.2016, 9 ObA 58/15t.

75 Reich-Rohrwig, GmbHR I² Rz 2/254; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 20 Rz 4; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 20 Rz 27; N. Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG² § 20 Rz 9.

2.2.7. Checkliste

Prüfschritt	Konkret zu prüfen	Relevanz (Ja/Nein)
Anwendbares Landesrecht	In welchem Bundesland liegt die Liegenschaft?	
Grundstücksidentifikation	Grundstücksnummer, KG, EZ vollständig erhoben?	
Widmung laut Flächenwidmungsplan	Bauland/Grünland/Sonderwidmung?	
Verbindliche Widmungsbestätigung	Schriftliche Bestätigung der Gemeinde eingeholt?	
Tatsächliche Nutzung	Entspricht die Nutzung der Widmung?	
Art der Transaktion	Asset Deal oder Share Deal?	
Übertragene Rechte	Eigentum/Baurecht/Bestandrecht/Pfandrecht/Beteiligung?	
Erwerberstruktur	Natürliche Person/juristische Person?	
Staatsangehörigkeit/Sitz	EU/EWR/Drittstaat/Gleichstellung?	
Mittelbare Beteiligungen	Durchgriff nach Landesrecht relevant?	
Ausländergrundverkehr	Genehmigungs- oder Anzeigepflicht möglich?	
Landwirtschaftlicher Bezug	Nutzung, Widmung oder Eignung land-/forstwirtschaftlich?	
Grüner Grundverkehr	Kontrollatbestand erfüllt?	
Wohnnutzung geplant	Hauptwohnsitz/Neben-/Freizeitwohnsitz?	
Lage in Vorbehaltszone	Beschränkungs- oder Vorbehaltsgemeinde?	
Grauer Grundverkehr	Erklärungspflicht oder Genehmigung erforderlich?	
Parallelverfahren	Mehrere Genehmigungen parallel erforderlich?	
Zuständige Behörde	Welche Grundverkehrsbehörde ist zuständig?	
Verfahrensdauer	Erwartete Dauer/Fristen berücksichtigt?	
Vertragsgestaltung	CPs/Rücktrittsrechte vorgesehen?	
Melde- und Mitwirkungspflichten	Sonstige Anzeigepflichten?	
Risikoabschätzung	Verzögerungs- oder Versagerisiken?	
Empfohlene Maßnahmen	Strukturierung/Behördenabstimmung?	

transaktion wesentlichen zu beachtenden fusions- und investitionskontrollrechtlichen Themen zu verschaffen.

2.3.1. Fusionskontrollrechtliche Anmeldepflicht

Der Zweck der österreichischen Zusammenschlusskontrolle iSd §§ 7 ff KartG¹⁶⁷ und der europäischen Fusionskontrolle nach der FKVO¹⁶⁸ ist es, im Rahmen einer *Ex-ante*-Prüfung der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bzw der Verhinderung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs (sog „*SIEC*“-Test) präventiv entgegenzutreten. Die Zusammenschlusskontrolle zielt hierbei überwiegend auf die Erhaltung einer – sich durch fairen Leistungswettbewerb entwickelten – Marktstruktur ab, die einen funktionierenden Wettbewerb verspricht. Damit unterscheidet sie sich in ihrer präventiven Ausgestaltung grundlegend von dem ansonsten *ex post* greifenden Kartellverbot iSd § 1 KartG bzw Art 101 AEUV und dem Missbrauchsverbot gemäß § 5 KartG bzw Art 102 AEUV.¹⁶⁹

Bei den zusammenschlussrechtlichen Bestimmungen handelt es sich um Gefährdungstatbestände. Im Gegensatz zum Kartell- und Missbrauchsverbot sind Fusionen nicht *per se* verboten. Mithilfe der Zusammenschlusskontrolle werden Zusammenschlüsse *ex ante* auf ihre (voraussichtlichen) Auswirkungen auf den Markt überprüft und anschließend freigegeben, wenn keine Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu erwarten ist.¹⁷⁰

2.3.1.1. Verhältnis der nationalen Zusammenschlusskontrolle zur europäischen Fusionskontrolle

Da österreichische Immobilientransaktionen in aller Regel eine rein nationale Bedeutung haben, sind im Rahmen von solchen grds nur die Bestimmungen des KartG zu beachten. Dass hingegen eine Immobilientransaktion eine „gemeinschaftsweite“ Dimension erreicht – folglich die Bestimmungen der FKVO anwendbar wären und grds die Europäische Kommission zuständig wäre –, ist in aller Regel unrealistisch. Eine solche gemeinschaftsweite Dimension wäre nämlich nur gegeben, wenn die hohen (Umsatz-)Schwellenwerte des Art 1 FKVO erreicht werden würden.

167 Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005), BGBl I 61/2005 i d F BGBl I 176/2021.

168 Verordnung (EG) Nr 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl Nr L 2004/024.

169 Vollständigkeitshalber sei an dieser Stelle erwähnt, dass daneben eine (jedoch hinsichtlich reiner Immobilientransaktionen theoretische) Möglichkeit einer *Ex-post*-Überprüfung nicht unter die relevanten Schwellenwerte fallender Zusammenschlüsse im Lichte des Art 102 AEUV besteht. Vgl hierzu EuGH 16.3.2023, C-449/21 – *Towercast*.

170 *Gruber*, Österreichisches Kartellrecht³ (2020), § 7 Rz E 34 ff; *Fuchs in Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), Wettbewerbsrecht⁷ (2024), § 19 GWB, Rz 46.

finden würde. Hier ist insbesondere an Haftungsbestimmungen (Gewährleistungsbestimmungen, Schad- und Klagloshaltungen und [abstrakte] Garantieerklärungen), Bestimmungen zur Durchsetzung von Vertragsverletzungen (Verjährung, De-Minimis, Freigrenzen etc) sowie die Zahlungsmodalitäten (vorläufiger Kaufpreis, finaler Kaufpreis, Einbehalte etc) zu denken.

3.4.4.3. Relevante Rechtsgeschäfte

3.4.4.3.1. Mehrere Rechtsgeschäfte in einer Urkunde

Werden in einer Urkunde mehrere Rechtsgeschäfte derselben oder verschiedener Art, die nicht zusammenhängende Bestandteile des Hauptgeschäftes sind, abgeschlossen, so ist grundsätzlich jedes Rechtsgeschäft selbständig zu beurteilen und die Gebühr für jedes einzelne Rechtsgeschäft zu entrichten (§ 19 Abs 2 Satz 1 GebG).³⁹¹

Von allen Vertragsparteien ordnungsgemäß unterfertigte SPAs stellen Urkunden iSd GebG dar. Neben der sich aufdrängenden Frage, ob die Übertragung von Anteilen eine Gebühr auslöst, lauern in SPAs noch weitere gebührenrechtliche Fallstricke, die es zu lösen gilt. Aus gebührenrechtlicher Sicht ist daher von erheblicher Relevanz, welche (weiteren) Rechtsgeschäfte in einem SPA neben der Übertragung von Anteilen beurkundet werden.

3.4.4.3.2. Zessionsgebühr

Zession

Gemäß § 33 TP 21 GebG unterliegen Zessionen (Abtretungen von Forderungen und anderen Rechten) der Gebühr. Mangels eigener Definition des Begriffs „Zession“ ist auf §§ 1392 ff ABGB zurückzugreifen.³⁹²

§ 1392 ABGB definiert die Zession als einen Vorgang, wonach „eine Forderung von einer Person an die andere übertragen und von dieser angenommen wird“. Bei der Zession tritt ein Gläubiger seine Forderung gegenüber einem Drittschuldner an einen neuen Gläubiger ab. Bewirkt wird somit ein Gläubigerwechsel, während der Inhalt und der Schuldner der Forderung unverändert bleiben.³⁹³

Die rechtsgeschäftliche Abtretung setzt als Verfügungsgeschäft einen gültigen Titel voraus, wobei die Zession sowohl entgeltlich als auch unentgeltlich erfolgen kann.³⁹⁴ Die Zession bedarf – neben einem gültigen Titel – lediglich eines formlosen Konsensualvertrags zwischen Altgläubiger und Neugläubiger.³⁹⁵ Einer Zustimmung des Schuldners bedarf es nicht.³⁹⁶ Das Verfügungsgeschäft erfordert

391 Vgl GebR Rz 1110.

392 Vgl GebR Rz 1571.

393 Vgl *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 535.

394 Vgl *Lukas in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1392 Rz 3.

395 Vgl *Lukas in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1392 Rz 4.

396 OGH 18.2.1965, 2 Ob 28/65; 18.10.1979, 7 Ob 757/79; 22.11.1979, 7 Ob 780/79; 16.9.1980, 2 Ob 525/80; 22.2.1995, 3 Ob 507/95; 30.8.2001, 8 Ob 45/01b; 10.7.2012, 4 Ob 183/11g; 26.11.2012, 9 Ob 34/12h.

Entscheidung, welche Gesellschaften als Gruppenmitglieder in die Unternehmensgruppe aufgenommen werden sollen.

Zusätzlich ist im Gruppenantrag zu erklären, dass zwischen dem Gruppenträger und den finanziell verbundenen inländischen Körperschaften jeweils eine **Regelung über den Steuerausgleich** vereinbart worden ist. In dieser Steuerausgleichsvereinbarung ist die Vergütung bzw der Ausgleich der durch die Ergebniszurechnung zum Gruppenträger veranlassten Verschiebung der Körperschaftsteuerbelastung zu regeln.

Um unerwünschte Gestaltungen hintanzuhalten, bleiben die steuerlichen Wirkungen der Gruppenbesteuerung nur dann bestehen, wenn die **Mindestdauer von drei (vollen) Wirtschaftsjahren** erfüllt wird.

3.4.7.2.2. Rechtsfolgen der Gruppenbesteuerung

Unmittelbare Rechtsfolge der Gruppenbesteuerung ist die **Zurechnung der steuerlichen Ergebnisse** (Gewinne und Verluste) inländischer Gruppenmitglieder sowie der steuerlichen Verluste ausländischer Gruppenmitglieder an den Gruppenträger. Die Zurechnung erfolgt immer zu jenem Gruppenteilnehmer (Gruppenmitglied oder Gruppenträger), mit dem die finanzielle Verbindung iSd § 9 Abs 4 KStG besteht. Bei Unternehmensgruppen mit mehreren Ebenen setzt sich die Zurechnung vom finanziell beteiligten Gruppenmitglied über die Gesellschaftsstruktur bis hin zum Gruppenträger fort.⁴⁶⁹ Dies gilt auch dann, wenn die finanzielle Verbindung mittelbar über eine oder mehrere Personengesellschaften hergestellt wird.⁴⁷⁰

Auf **Ebene des Gruppenträgers** werden die Ergebnisse letztlich vereinigt und nach den allgemeinen Grundsätzen des Körperschaftsteuerrechts der Besteuerung unterworfen.⁴⁷¹ Ein negatives Gruppenergebnis erhöht den Verlustvortrag des Gruppenträgers, während ein positives Gruppenergebnis nach den allgemeinen Regeln steuerpflichtig ist. Der Gruppenträger kann dabei seine gesamten Verlustvorträge mit dem positiven Gruppenergebnis verrechnen. Er ist allerdings an die 75%-Grenze nach § 8 Abs 4 Z 2 lit a KStG gebunden.

Auf **Ebene der Gruppenmitglieder** ist wie folgt zu differenzieren:

- Steuerliche Ergebnisse **unbeschränkt steuerpflichtiger Gruppenmitglieder** werden dem Gruppenträger unabhängig von der Beteiligungshöhe immer zu 100 % zugerechnet.⁴⁷² Allfällige Verlustvorträge des Gruppenmitglieds, die vor

469 KStR 2013 Rz 1059.

470 Ausführungen in Anlehnung an *Bernwieser/Fichtinger in Ruhm/Kerbl/Bernwieser* (Hrsg), *Der Konzern im Gesellschafts- und Steuerrecht* (2021), *Ausgewählte Fragestellungen zur Gruppenbesteuerung*, S 132 f; weiterführend siehe auch *Wiesner/Kirchmayr/Mayr*, *Gruppenbesteuerung*, Rl 91 (Rz 411).

471 KStR 2013 Rz 1005.

472 KStR 2013 Rz 1059; selbst bei einer finanziellen Verbindung zwischen Gruppenmitglied und Gruppenträger von „nur“ 51 % werden 100 % des steuerlichen Ergebnisses zugerechnet.

4.1.2. Inhalt der rechtlichen Due Diligence

Je nach vereinbartem Auftragsumfang unterscheidet man grundsätzlich zwischen einer vollumfänglichen Due-Diligence-Prüfung (die das Objekt und die relevanten Rechtsverhältnisse umfänglich darstellt) und einer Red-Flag-Due-Diligence, welche sich auf wichtige Aspekte und Findings der Analyse beschränkt. Die rechtliche Due Diligence ist im Normalfall eine Red-Flag-Due-Diligence und der Bericht besteht aus

- einer Zusammenfassung (Executive Summary) der Findings;
- dem Red-Flag-Report selbst;
- einem Anhang bestehend aus Datenraumindex, Listen mit relevanten Daten (bspw Grundbuchsauszug, Mietzinslisten) und Q&As.

Der Red-Flag-Report ist das Herzstück der rechtlichen Due Diligence. Er enthält alle relevanten Informationen zu den auf der Liegenschaft herrschenden Verhältnissen und soll dem Käufer einen so weitreichenden Überblick verschaffen, dass in Verbindung mit der technischen und steuerlichen Due Diligence eine informierte Kaufentscheidung getroffen werden kann.

Die im Red-Flag-Report enthaltene Mietzinsliste enthält dabei alle für den Erwerber relevanten Informationen zu den bestehenden Mietverträgen, insbesondere Mietzins, Kündigungsfristen und -termine, Namen des Mieters, Mietbeginn und Dauer des Mietvertrages, Kautions-, (mit)gemietete KFZ-Stellplätze des Mieters, ob eine Vergebühung stattgefunden hat und bestimmte sonst erwähnenswerte wichtige Informationen (zB ungewöhnliche Bestimmungen in Mietverträgen).

Der Datenraumindex soll einen Überblick über die geprüften Dokumente verschaffen und somit auch für einen eventuellen Streitfall abgrenzen, welche Information im Datenraum offengelegt war. Die Q&As sind Fragen für den Käufer bzw Verkäufer, die sich aus der Prüfung ergeben und für die Vervollständigung der Due Diligence notwendig sind. Dabei kann es sich um Fragen zu den Mietverhältnissen, zu (ev fehlenden) Genehmigungen oder erteilten Förderungen, zu aktuellen Prozessen, Betriebsanlagengenehmigungen etc handeln. Auch nicht beantwortete Q&As sind in den finalen Report aufzunehmen.

Im Rahmen der Due Diligence beim Immobilienerwerb werden insbesondere folgende Rechtsgebiete geprüft:

- Mietrecht
- Liegenschaftsrecht
- Genehmigungen, Widmung und andere Fragen des öffentlichen Rechts
- Prozesse/Streitigkeiten
- ESG-Themen (siehe dazu im Detail Punkt 4.3.)
- gesellschaftsrechtliche Themen in Bezug auf die Zielgesellschaft

einem strukturierten Bericht zusammengefasst werden, der die identifizierten Risiken und Chancen sowie konkrete Handlungsempfehlungen enthält. Eine proaktive Arbeitsweise, gepaart mit einer konsequenten Wahrung der Vertraulichkeit, ist durchaus entscheidend für den Erfolg eines Projekts.

4.2. Steuerliche Immobilien-Due-Diligence-Prüfung

Alexander Albl/Gerald Kerbl

4.2.1. Sinn und Zweck

4.2.1.1. Allgemein

Ganz grundsätzlich unterscheidet man steuerrechtliche Due-Diligence-Prüfungen, welche Verkäufer durchführen (sogenannte Vendor Due Diligence) und solche, die von Käufern vor Abschluss eines Share Purchase Agreement („SPA“) stattfinden (Buy-Side Due Diligence).

Verkäufer erstellen Tax Due Diligence Reports in der Regel dann, wenn sie von mehreren Interessenten ausgehen und sich dadurch einen schnelleren Angebotsprozess erhoffen.⁵¹⁵ Buy-Side Due Diligence Reports dienen in erster Linie dazu, Käufer im Bereich Steuern auf einen ähnlichen Wissensstand wie die Verkäufer zu heben und das vor einer Transaktion bestehende Informationsungleichgewicht zu nivellieren.⁵¹⁶ Käufer sollen daher eine Informationsgrundlage über allfällige steuerliche Risiken bekommen, welche aus oder in Zusammenhang mit dem Erwerb von Geschäftsanteilen an einer GmbH bzw Gesellschaftsanteilen an einer Personengesellschaft (gemeinsam „Anteile“) entstehen könnten.⁵¹⁷

Der Beitrag behandelt Buy-Side Due Diligences.⁵¹⁸

4.2.1.2. Risiken beim Share Deal

Anders als beim Asset Deal kommt es bei Share Deals zu keiner Änderung des Steuersubjekts.⁵¹⁹ Die steuerliche Vergangenheit des Targets bleibt somit unverändert, weshalb es zu keiner Änderung der Steuererklärungs-, Offenlegungs-, Melde-, Zahlungs- und Haftungsverpflichtungen kommt.⁵²⁰ Da Erwerber von Anteilen daher die steuerliche Vergangenheit des Targets „mitkaufen“, ist es in der

515 Vgl. Götz, Aktuelle Fragen der Tax Due Diligence, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions (2007), S 96.

516 Vgl. Fuhrmann/Kunisch, Tax Due Diligence, ZLB 2013, 14 (14); siehe auch Pucher/Sauer, Steuerklauseln, in *Mittendorfer*, Unternehmenskauf in der Praxis² (2019), Rz 2/267.

517 Vgl. C. Schimmer, Exkurs – Steuerliche Due Diligence, in *Denk/Pelinka*, Handbuch Mietrecht (2020), S 932.

518 Zur steuerlichen Abzugsfähigkeit der DD-Kosten siehe beispielsweise C. Schimmer, Exkurs – Steuerliche Due Diligence, in *Denk/Pelinka*, Handbuch Mietrecht (2020), S 951 f.

519 Vgl. Christiner, Asset Deal versus Share Deal: Ertragsteuerliche Aspekte für Verkäufer und Käufer, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions (2007), S 135.

520 Vgl. Pucher/Sauer, Steuerklauseln, in *Mittendorfer*, Unternehmenskauf in der Praxis² (2019), Rz 2/271.

Insbesondere für Unternehmen mit einer **klar definierten Nachhaltigkeitsstrategie** – etwa auf Grundlage der EU-Taxonomie oder der Offenlegungsverordnung (SFDR)⁵⁴⁵ oder auch auf freiwilliger Basis – ist eine **ESG-Due-Diligence als Teil der Unternehmensprüfung unerlässlich**. Sie dient dazu, die Übereinstimmung des Zielunternehmens (oder auch der zu erwerbenden Immobilie[n]) mit den veröffentlichten Nachhaltigkeitszielen zu überprüfen, etwaige Defizite zu identifizieren und den erforderlichen (auch wirtschaftlichen) Aufwand für deren Behebung realistisch einzuschätzen. Dadurch wird ESG nicht nur zu einem Prüfpunkt, sondern auch zu einem strategischen Entscheidungsfaktor im Transaktionsprozess.

Dabei sind ESG-Themen nicht isoliert, sondern als **integraler Bestandteil der klassischen Legal Due Diligence** zu verstehen. Entsprechend haben sich inzwischen spezialisierte ESG-Due-Diligence-Checklisten etabliert, die gezielt auf ESG-relevante Unterlagen und Informationen ausgerichtet sind – etwa bestehende ESG-Policies, Nachhaltigkeitsberichte, ESG-Ratings oder Supplier Codes of Conduct. Auch in Management-Interviews rücken ESG-Aspekte zunehmend in den Fokus, um ein umfassendes Bild der tatsächlichen unternehmerischen Praxis und potenzieller Risiken zu gewinnen.⁵⁴⁶

4.3.2. Chancen aus der ESG-Due-Diligence

Die Ergebnisse der ESG-Prüfung fließen regelmäßig in Due-Diligence-Berichte ein, die vermehrt eigene ESG-Kapitel enthalten – sowohl bei käuferseitigen Analysen als auch im Rahmen von Vendor-Due-Diligence-Prüfungen. Letzteres unterstreicht die strategische Bedeutung von ESG-Informationen als **wesentliche Entscheidungsgrundlage für Investoren** und reduziert damit zugleich das Risiko aus *culpa in contrahendo* im Zusammenhang mit ESG-relevanten Sachverhalten.⁵⁴⁷

Vertraglich schlägt sich die ESG-Due-Diligence in zweierlei Hinsicht nieder: Zum einen können identifizierte Schwachstellen zu einer **Kaufpreisminderung** führen oder durch **Gewährleistungszusagen** oder **Haftungsfreistellungen** im Kaufvertrag (siehe Kapitel 5.2.7.2.) abgesichert werden. Zum anderen fordern Investoren zunehmend, dass **ESG-Verhaltensstandards** auch für die Zukunft festgeschrieben werden – etwa im Rahmen von Syndikatsverträgen oder Joint-Venture-Vereinbarungen. Besondere Aufmerksamkeit gilt hierbei Bereichen wie Lieferkettensorgfaltspflichten, Greenwashing oder dem Hinweisgeberschutz – doch auch zahlreiche weitere Rechtsgebiete stehen inzwischen im Zeichen ESG-relevanter Entwicklungen und bedürfen entsprechender Prüfung.⁵⁴⁸

545 VO (EU) 2019/2088.

546 So auch Weinstich/Kitzmüller, ESG in M&A-Transaktionen, GRCAktuell 2023, 72.

547 Weinstich/Kitzmüller, ESG in M&A-Transaktionen, GRCAktuell 2023, 72.

548 Vgl. dazu auch Brodey/Ritschka, ESG in M&A-Due Diligence-Prozess und Vertragsgestaltung, NIU 2024/7.

Musterklausel

Der Verkäufer verpflichtet sich, dass das Target im Zeitraum zwischen Signing und Closing geschäftliche Aktivitäten im Wesentlichen nur im Rahmen der jeweiligen ordentlichen Geschäftstätigkeit durchführt. Geschäfte außerhalb der ordentlichen Geschäftstätigkeit bedürfen der vorherigen Zustimmung der Käuferinnen, die eine solche Zustimmung nicht ohne wichtigen Grund verweigern dürfen.

Verletzt der Verkäufer eine dieser Verpflichtungen, hat er den Käufer bzw das Target für allfällige daraus entstehende Schäden schad- und klaglos zu halten.

5.2.11.1. Long-Stop-Date

Als „Long-Stop-Date“ wird das Datum bezeichnet, bis zu dem alle Bedingungen für das Closing erfüllt sein müssen. Wird dieses Datum überschritten, ohne dass die Bedingungen erfüllt sind, haben die Vertragsparteien das Recht, vom Vertrag zurückzutreten. Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit, vertragliche Ansprüche auf Schadenersatz oder Vertragsstrafen festzulegen. Das Long-Stop-Date dient dazu, den Zeitraum zwischen Signing und Closing zu begrenzen und Planungssicherheit für beide Parteien zu schaffen.

5.2.11.2. Material-Adverse-Change-Klauseln

MAC-(„Material Adverse Changes“)-Klauseln räumen – in der Regel – dem Käufer das (einseitige) Recht ein, bei Eintritt von wesentlichen Änderungen des Vertragsgegenstandes sowie der wirtschaftlichen Lage des Targets – im Vergleich zum Zeitpunkt der Unterfertigung des SPA – vom Vollzug des Kaufvertrags abzustehen. Dies soll für den Fall von bedeutenden (wirtschaftlichen) Änderungen – sodass ein Abschluss des Kaufvertrags in diesem Zeitpunkt für den Käufer nicht mehr tragfähig erscheint – Planungssicherheit (auf Basis der Berechnungsmodelle und Kalkulationen des Käufers) bieten und überraschende Risiken ausreichend berücksichtigen.⁶⁶² MAC-Klauseln versuchen, vor allem (im Zeitpunkt des Signings) nicht greifbare, unvorhergesehene und unerwartete Ereignisse abzufangen. Insbesondere nach der COVID-19-Pandemie und in Bezug auf Insolvenzen haben diese Klauseln in Österreich vermehrt an Bedeutung gewonnen.⁶⁶³

MAC-Klauseln können unterschiedlich ausgestaltet werden und bieten einen weiten Verhandlungs- und ev Interpretationsspielraum, welche Umstände als derart „wesentlich“ zu sehen sind, dass ein Rücktritt vom SPA gerechtfertigt ist. Zu definieren gilt es daher objektivierbare und quantifizierbare, wesentliche Kriterien und deren „wesentliche Verschlechterung“ in Bezug auf etwa das Target, den

662 Vgl auch *Brugger*, Unternehmenserwerb, Kap 11 (Stand 1.10.2020, rdb.at); *Alexander Koschell/Florian Vidreis* in *GES* 2021, 334.

663 Vgl *Alexander Koschell/Florian Vidreis* in *GES* 2021, 334.

klausel vereinbart, hat das Gericht – über entsprechenden Einwand der Gegenseite – die Klage mangels Fälligkeit/Klagbarkeit abzuweisen.⁶⁸²

5.2.12.3. Anwendbares Recht

Bei grenzüberschreitenden Anteilskaufverträgen sollte auch überlegt werden, welches materielle Recht auf den Vertrag anwendbar sein soll. Regelt man dies nicht, wird dieses – je nach Herkunft der Vertragsparteien – nach der Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-VO)⁶⁸³ oder nach dem Gesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) ermittelt.

Ein expliziter Ausschluss der Verweisungsnormen ist nach österreichischem Rechtsverständnis nicht zwingend erforderlich,⁶⁸⁴ aber dennoch empfohlen, um auch gegenteilige Ansichten in anderen Jurisdiktionen abzufangen. Bei Anteilskaufverträgen ebenso nicht notwendig ist der Ausschluss des UN-Kaufrechts, weil diese nicht von dessen Anwendungsbereich umfasst sind.⁶⁸⁵

5.2.12.4. Musterklauseln

Gerichtsstandsklausel

Auf den Vertrag ist materielles österreichisches Recht unter Ausschluss der Verweisungsnormen des internationalen Privatrechts anwendbar.

Für Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag, einschließlich Streitigkeiten über dessen Gültigkeit, Verletzung, Auflösung oder Nichtigkeit, wird die ausschließliche Zuständigkeit des sachlich zuständigen Gerichts in Wien – Innere Stadt, vereinbart, soweit dem nicht zwingendes Recht entgegensteht.

Schiedsklausel Wiener Regeln

Auf den Vertrag ist materielles österreichisches Recht unter Ausschluss der Verweisungsnormen des internationalen Privatrechts anwendbar.

Alle Streitigkeiten oder Ansprüche, die sich aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag ergeben, einschließlich Streitigkeiten über dessen Gültigkeit, Verletzung, Auflösung oder Nichtigkeit, werden nach der Schiedsordnung (Wiener Regeln) der Internationalen Schiedsinstitution der Wirtschaftskammer Österreich (VIAC) von einem oder drei gemäß diesen Regeln bestellten Schiedsrichtern endgültig entschieden. Der Schiedsort ist Wien, Österreich. Sprache des Schiedsverfahrens ist Deutsch.

682 RIS-Justiz RS0033687; RS0045298.

683 Anteilskaufverträge fallen nicht unter die Ausnahme des Art 1 Abs 2 lit f Rom-I-VO; siehe *Verschraegen* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ Art 1 Rom-I-VO Rz 55.

684 Siehe etwa Art 20 Rom I-VO, § 11 IPRG.

685 *Czernich* in *Althuber/Schopper* (Hrsg), Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence² (2014) Kollisionsrechtliche Fragen grenzüberschreitender Unternehmens- und Anteilskäufe.