

Dokument 4 von 4

Zeitschrift für Unternehmensnachfolge und Steuerplanung



ZUS 2012/31

ZUS 2012, 92

Heft 3 v. 28.09.2012

Unternehmensnachfolge und Immobilien

Schwerpunkte der Due Diligence bei Gesellschaften mit Immobilien-Vermögen

MMag. Dr. Markus Fellner/Mag. Christian Thaler
Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH

Mit wenigen Ausnahmen sind Unternehmen in Ausübung ihrer Tätigkeit auf die Nutzung von Immobilien angewiesen, die daher auch in sämtlichen Fällen der Unternehmensnachfolge und des Unternehmenserwerbs relevant sind. Solchen Transaktionen geht üblicherweise eine Due Diligence-Prüfung voran. Dieser Beitrag bietet einen ersten Überblick über die wesentlichen Fragen, die im Rahmen einer solchen Due Diligence geprüft werden sollten.¹

1. Allgemeines zu Erwerbsstruktur und -gegenstand

1.1. Asset Deal und Share Deal²

Wie bei jeder Form der Übertragung von Unternehmen stellt sich auch bei der Unternehmensnachfolge die Grundfrage nach der Erwerbsstruktur. Dafür kommt einerseits der Kauf von Anteilen an einem Unternehmen, etwa durch den Kauf von Geschäftsanteilen, Aktien oder Kommanditanteilen, in Betracht (Share Deal). Der Share Deal, wenn er auf den Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile am Zielunternehmen gerichtet ist, führt indirekt zu einem wirtschaftlichen Übergang des gesamten Vermögens der Zielgesellschaft auf den Erwerber. Gesonderte Übertragungen von einzelnen Vermögensgegenständen, Rechten, Pflichten oder Vertragsverhältnissen mit Dritten sind dabei nicht erforderlich. Dies gilt insb für immobilienbezogenes Vermögen der Zielgesellschaft, wie etwa Liegenschaften, grundstücksähnliche Rechte oder Bestandverhältnisse, die gleichermaßen wirtschaftlich automatisch auf den Unternehmenserwerber übergehen. Doch auch ein Unternehmensübergang in Form eines Share Deal kann wesentliche immobilienrechtliche Implikationen haben, weil der Unternehmensübergang etwa grundverkehrsrechtliche Genehmigungen erfordern³ oder einen Vermieter zur Anpassung des Mietzinses⁴ berechtigen kann.

Als zweiter Hauptfall kann der Erwerb eines Unternehmens in Form eines Asset Deal erfolgen, bei dem bestimmte Vermögenswerte oder Rechtsverhältnisse des Zielunternehmens im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragen werden. Aktiva des Zielunternehmens wie Anlagevermögen oder Forderungen sind dabei jeweils einzeln zu übertragen, wobei insb für jeden Vermögensgegenstand einzeln ein Modus zu setzen ist, der den Rechteübergang bewirkt. Vertragsverhältnisse sind dabei grundsätzlich nur mit Zustimmung der jeweiligen Vertragspartner im Wege einer dreipersonalen Einigung übertragbar.⁵

Insb bei Familienunternehmen stehen für den Geschäftsbetrieb bedeutsame Liegenschaften häufig nicht im Eigentum der das Unternehmen tragenden Gesellschaft(en), sondern der Gesellschafter oder von diesen

kontrollierter (Besitz-)Gesellschaften. Die Nutzung dieser Liegenschaften durch das Unternehmen erfolgt diesfalls zumeist aufgrund von (langfristigen) Bestandverträgen. Soll ein solches Unternehmen übertragen werden, wird es aus der Sicht des Erwerbers oft zweckmäßig sein, zugleich auch die Nutzung der betriebsnotwendigen Liegenschaften langfristig abzusichern. Immobilienrechtlich kann dies erfordern, dass in einer Kombination aus Share Deal und Asset Deal neben der Zielgesellschaft auch die von ihr genutzten Liegenschaften erworben oder für deren Nutzung langfristige Bestandverträge abgeschlossen werden. Ebenfalls sinnvoll sind bei bloßer Begründung von Nutzungsrechten ergänzend Verfügungsbeschränkungen für diese Liegenschaften (etwa in Form von Vorkaufsrechten, Veräußerungs- oder Belastungsverboten).

Zum Asset Deal ist ergänzend anzumerken, dass in bestimmten Fällen Erleichterungen für die Übertragung von Vertragsverhältnissen vorgesehen sind.⁶ Mangels abweichender Vereinbarungen oder ggf anwendbarer Sondergesetze gehen, sofern der Vertragspartner nicht widerspricht, unternehmensbezogene Vertragsverhältnisse nach dieser Bestimmung automatisch auf den Unternehmenserwerber über. Insb für die Unternehmensnachfolge relevant ist, dass diese Bestimmung auch auf das Legat und die Schenkung auf den Todesfall anwendbar ist.⁷ Im Erbfall ergibt sich bereits aus allgemeinen zivilrechtlichen Regeln die Universalsukzession; eine besondere unternehmensrechtliche, bei Unternehmensfortführung unbeschränkte Erwerberhaftung sieht diesfalls § 40 UGB vor. Zusätzlich sind ggf bestimmte (immobilienrechtliche) Sonderbestimmungen anwendbar, wie insb das Recht auf Mietzinsanpassung nach § 12a Abs 3 MRG.⁸

1.2. Liegenschaften

Mit Ausnahme von Gesellschaften mit immobilienbezogenen Unternehmensgegenständen (wie etwa der Handel mit oder die Entwicklung von Immobilien oder die Vermietung) steht für

*MMag. Dr. Markus Fellner/Mag. Christian Thaler: **Schwerpunkte der Due Diligence bei Gesellschaften**
mit Immobilien-Vermögen -- ZUS Heft 3, 93*

den Erwerber eines Unternehmens, auch im Zuge der Unternehmensnachfolge, die fortgesetzte Nutzung jener Liegenschaften im Vordergrund, die für den Betrieb des Unternehmens erforderlich sind.

Die optimale Strukturierung einer Transaktion erfordert daher in jedem Fall der Unternehmensnachfolge, dass die sachenrechtlichen Verhältnisse der für das Unternehmen bedeutsamen Liegenschaften im Rahmen einer Due Diligence ebenso genau geprüft werden müssen wie sich darauf beziehende vertragliche Vereinbarungen.

1.3. Sonstige Nutzungsrechte

Neben dem Erwerb von Eigentum als umfangreichstes Recht an Substanz und Nutzung einer Liegenschaft kommen alternativ auch andere Varianten in Betracht. Weniger umfassende Rechte können etwa sachenrechtlich durch die Einräumung von Baurechten oder Dienstbarkeiten begründet werden. Schuldrechtlich ist hierbei in erster Linie an Bestandverträge (Miete oder Pacht) zu denken.

Im Regelfall ist aus der Sicht des Unternehmens und des Erwerbers neben der bloßen Liegenschaft die Nutzung von darauf befindlichen Gebäuden oder Anlagen von besonderer Bedeutung. Nach dem sachenrechtlichen Grundprinzip "superficies solo cedit" stehen diese zumeist auch im Eigentum des Liegenschaftseigentümers. Davon sind allerdings Abweichungen denkbar, insb im Fall des Superädifikats.⁹

Eine ähnliche Struktur erlaubt das Baurecht, bei dem Gebäude als unselbstständiger Bestandteil¹⁰ mit diesem übertragen werden können.

2. Liegenschaftserwerb

2.1. Grundbuch¹¹

Der Erwerb von Rechten an Liegenschaften erfolgt im Regelfall sachenrechtlich durch die Eintragung in das Grundbuch. Dieses ist überwiegend im Allgemeinen Grundbuchsgesetz 1955, das zuletzt 2012¹² umfassend novelliert wurde, geregelt.

Zu den in das Grundbuch eintragungsfähigen Rechten gehören neben dem Eigentumsrecht Pfandrechte, Dienstbarkeiten, Reallasten, das Wohnungseigentum, das vorläufige Wohnungseigentum und das Baurecht. Zudem sind bestimmte Verfügungsbeschränkungen oder Bestandrechte, die bereits nach vertraglicher Vereinbarung schuldrechtliche Wirkung entfalten, eintragungsfähig und werden dadurch verdinglicht (wodurch sie auch rechtliche Wirkungen gegenüber einem Rechtsnachfolger des Liegenschaftseigentümers entfalten).

2.1.1. Einrichtungen des Grundbuchs

Eintragungen im Grundbuch sind jeweils mit der einer Liegenschaft eindeutig zuordenbaren Grundbucheinlage erfasst, die eine Einlagezahl (EZ) trägt. Diese besteht aus einem Gutbestandsblatt (A-Blatt), das die Grundstücke (Parzellen) mit Grundstücksnummern (Katastralzah) und Benützungsort (Abteilung A-1) sowie allfällige mit dem Eigentum an der Liegenschaft verbundene Rechte, wie etwa herrschende Dienstbarkeiten (Abteilung A-2), umfasst. Das Eigentumsblatt (B-Blatt) gibt die Eigentumsverhältnisse an der Liegenschaft wieder. Das Lastenblatt (C-Blatt) enthält allfällige mit dem Eigentum an der Liegenschaft verbundene Belastungen, wie etwa Pfandrechte, Dienstbarkeiten, Baurechte, Reallasten sowie Veräußerungs- und Belastungsverbote, Vor- und Wiederkaufsrechte oder verbücherte Bestandrechte.

Wesentlichste Hilfseinrichtung des Grundbuchs ist die Urkundensammlung, in der automationsunterstützt Urkunden aufbewahrt werden, die Gegenstand einer Eintragung waren. Weitere Hilfseinrichtungen sind die Grundbuchsmappe, das Personenverzeichnis, das Grundstücksverzeichnis und das Straßenverzeichnis.

2.1.2. Grundbuchsprinzipien

- a) Das wesentliche Prinzip des Grundbuchsrechts ist der **Eintragungsgrundsatz** (Intabulationsprinzip), nach dem die Erwerbung, Übertragung, Beschränkung und Aufhebung bürgerlicher Rechte nur durch die Eintragung im Grundbuch bewirkt werden kann.¹³ Aus diesem Grund ist das Grundbuch die zentrale Grundlage jeder Due Diligence im Zusammenhang mit Immobilien. Von dieser Grundregel existieren einige Durchbrechungen, die im Einzelfall die Untersuchung außerbüchlicher Tatsachen erforderlich machen. So wird etwa durch Ersitzung, durch Einantwortung im Erbfall, durch Bauführung auf fremdem Grund, durch Enteignung oder durch Anwachsung außerbüchlicher Eigentum erworben. Von besonderer Relevanz sind Unternehmensübertragungen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (Umgründungen), die ebenfalls zu einem außerbüchlichen Rechtserwerb führen und eine nachträgliche deklaratorische Grundbuchberichtigung¹⁴ erfordern.

Aus diesem Grund empfiehlt es sich bei Due Diligence-Prüfungen, neben der Feststellung des Grundbuchstands bei entsprechenden Anhaltspunkten jedenfalls weitere Nachforschungen anzustellen.
- b) Nach dem **Öffentlichkeitsgrundsatz**¹⁵ ist jedermann berechtigt, in das Grundbuch Einsicht zu nehmen.
- c) Nach dem **Prinzip des bürgerlichen Vormanns**, das wiederum mehrfach durchbrochen wird, können Rechte in das Grundbuch nur gegen Personen eingetragen werden, die zur Zeit der Antragstellung in das Grundbuch eingetragen sind oder werden.¹⁶
- d) Nach dem **Vertrauensgrundsatz** (materielles Publizitätsprinzip) können sich gutgläubige Dritte im Fall von Abweichungen zwischen Grundbuchstand und wirklicher Rechtslage auf das Grundbuch verlassen. Zwei Ausprägungen dieses Prinzips ordnen an, dass rechtlich gilt, was eingetragen ist (positive Seite), und nicht gelten soll, was nicht eingetragen ist (negative Seite). In diesen Fällen ist ein dritter Erwerber, der gutgläubig (also nicht fahrlässig) handelt, im Vertrauen auf den Grundbuchstand geschützt.
- e) Nach dem **Prioritätsprinzip** geht bei konkurrierenden Eintragungsanträgen, die das gleiche Recht betreffen, der zeitlich frühere dem späteren vor.
- f) Nach dem **Spezialitätsprinzip** (Bestimmtheitsgrundsatz) erfordert die Übertragung von bürgerlichen Rechten immer einzelne Übertragungsakte und kann nicht am gesamten

MMag. Dr. Markus Fellner/Mag. Christian Thaler: **Schwerpunkte der Due Diligence bei Gesellschaften mit Immobilien-Vermögen** -- ZUS Heft 3, 94

- Liegenschaftsvermögen eines Rechtsträgers gemeinsam durchgeführt werden.
- g) Nach dem **Legalitätsprinzip** geht jeder Eintragung in das Grundbuch grundsätzlich eine rechtliche Prüfung der Grundlagen der Eintragung voraus.
 - h) Nach dem **Antragsprinzip** erfolgen Eintragungen in das Grundbuch grundsätzlich nur auf Antrag eines Berechtigten oder einer Behörde.

2.1.3. Grundbücherliche Lasten

Eine zentrale Rolle bei jeder Form von Unternehmenserwerb oder -nachfolge nehmen Lasten an Liegenschaften ein. Für den Erwerber ist es meist eine wesentliche Voraussetzung, dass Liegenschaften, die zum Unternehmen gehören, lastenfrei auf ihn übergehen und er somit diese Liegenschaften uneingeschränkt nutzen und über diese ohne Beschränkungen verfügen kann. Der praktische Hauptanwendungsfall sind bürgerliche Lasten. Es folgt ein Überblick:

a) Pfandrecht (Hypothek)

Hypotheken dienen der Besicherung von Ansprüchen und erlauben es dem Pfandgläubiger, sich durch die Verwertung einer Liegenschaft im Wege der Zwangsversteigerung zu befriedigen. Pfandrechte sind praktisch vor allem im Bereich der Kreditsicherung häufig. Im Einzelfall sind Sondergestaltungen möglich, in denen ein Pfandrecht etwa an ideellen Miteigentumsanteilen¹⁷ oder zugunsten eines Gläubigers zugleich an mehreren Liegenschaften (Simultanhypothek)¹⁸ begründet wird.

b) Dienstbarkeiten (Servituten)

Dienstbarkeiten verpflichten den Eigentümer einer Liegenschaft durch Duldung oder Unterlassung.¹⁹ Im Einzelnen existieren Grunddienstbarkeiten (Realservituten), die den jeweiligen Eigentümer einer Liegenschaft ungeachtet seiner Identität berechtigen, oder persönliche Dienstbarkeiten (Personalservituten), die an eine bestimmte Person gebunden sind. Im Zusammenhang mit einer Übertragung von Unternehmen sind insb Wegerechte oder Leitungsrechte von praktischer Bedeutung.

c) Reallasten

Reallasten dienen der Besicherung einer Verbindlichkeit des jeweiligen Eigentümers einer Liegenschaft zu einem bestimmten aktiven Tun. Diese wirken nach Verbücherung dinglich²⁰ und begründen eine Haftung, die bei Verzug des Eigentümers eine Zwangsvollstreckung in die Liegenschaft erlaubt.

d) Baurecht

Baurechte berechtigen ihren Inhaber zeitlich befristet dinglich und vererblich, auf oder unter der Oberfläche einer Liegenschaft ein Bauwerk zu errichten oder zu haben.²¹ Das Baurecht, das für mindestens 10 und höchstens 100 Jahre eingeräumt werden kann, wird in das Grundbuch in Form einer Belastung der relevanten Liegenschaft (C-Blatt) und durch Einrichtung einer eigenen Grundbucheinlage für das Baurecht eingetragen. Mangels Vereinbarung²² fällt bei Erlöschen des Baurechts ein mit diesem verbundenes Bauwerk an den Liegenschaftseigentümer zurück;²³ dafür ist der Bauberechtigte mit einem Betrag in Höhe eines Viertels des vorhandenen Bauwerts²⁴ zu entschädigen. Im Rahmen einer Due Diligence sind daher Laufzeit und von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarungen zum Heimfall besonders zu beachten.

e) Veräußerungs- und Belastungsverbote

Veräußerungs- und Belastungsverbote können bloß vertraglich vereinbart oder aber auch in das Grundbuch eingetragen werden. Nur nach Grundbucheintragung haben diese Verbote absolute Wirkung, wenn sie zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern (einschließlich Wahl-, Pflege- und Stiefkindern) oder deren Ehegatten vereinbart wurden.²⁵

f) Wiederkaufsrecht

Dieses Recht, eine bestimmte Liegenschaft zu einem bestimmten Preis wieder zurückzukaufen, kann nur im Zusammenhang mit einem Liegenschafts Kauf entweder zugunsten des Veräußerers oder eines Dritten vereinbart werden.²⁶ Wird ein Wiederkaufsrecht zugunsten einer juristischen Person vereinbart, bleibt dieses bis zu deren Untergang bestehen,²⁷ weswegen Wiederkaufsrechte auch bei Unternehmenstransaktionen in einzelnen Fällen Relevanz haben.

g) Vorkaufsrecht

Vorkaufsrechte²⁸ können ebenso schuldvertraglich vereinbart und mit Eintragung in das Grundbuch verdinglicht²⁹ werden. Der Anwendungsbereich des Vorkaufsrechts hängt von der vertraglichen Vereinbarung ab und muss, wenn dies beabsichtigt ist, neben dem Kauf auf andere Erwerbsarten erweitert werden. Vorkaufsrechte sind weder vererblich noch übertragbar und erlöschen bei Untergang einer daraus berechtigten juristischen Person (auch bei Gesamtrechtsnachfolge).³⁰

h) Sonstige

Weitere Anwendungsfälle für bücherliche Lasten sind verbücherte Bestandrechte, die den späteren Erwerber einer Liegenschaft für dessen restliche Laufzeit an den Bestandvertrag binden, die deklaratorische Anmerkung des Bestehens von Superädifikaten (die zudem die Hinterlegung einer diesbezüglichen Urkunde beim Grundbuch erfordert) und gewisse öffentlich-rechtliche Beschränkungen.

2.1.4. Exkurs: Außerbücherliche Lasten

Einen schmalen Anwendungsbereich, weil in Lehre und Rechtsprechung umstritten, haben außerbücherliche Lasten. Dies betrifft vor allem offenkundige oder im Wege der Ersitzung erworbene Dienstbarkeiten.

Auch in diesem Zusammenhang können sich daher bei bestimmten Anhaltspunkten tatsächliche Nachforschungen ergänzend zur Feststellung des Grundbuchsstands empfehlen.

*MMag. Dr. Markus Fellner/Mag. Christian Thaler: **Schwerpunkte der Due Diligence bei Gesellschaften** mit Immobilien-Vermögen -- ZUS Heft 3, 95*

2.2. Übertragungs- und Nutzungsbeschränkungen

2.2.1. Grundverkehrsrecht

Die Übertragung von Rechten an Liegenschaften unterliegt in vielen Fällen nach landesrechtlichen Grundverkehrsbeschränkungen einem verwaltungsbehördlichen Genehmigungsvorbehalt. Gemeinsames Prinzip dieser Bestimmungen ist, dass die Versagung einer erforderlichen Genehmigung das Rechtsgeschäft nicht in Wirksamkeit erwachsen lässt und daher eine Eintragung in das Grundbuch hindert.

Im Einzelnen betreffen diese Regeln land- und forstwirtschaftliche Grundstücke (grüner Grundverkehr), den Baugrundstückverkehr sowie den Ausländergrunderwerb.

Die einzelnen landesgesetzlichen Bestimmungen unterscheiden sich voneinander stark.³¹ Neben der Differenzierung zwischen land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken, Baugrund und dem Rechtserwerb durch Ausländer sind vor allem auch die Rechte, deren Erwerb eine Genehmigung voraussetzt und zu denen neben dem Eigentum als Vollrecht eine Reihe sonstiger (dinglicher und vertraglicher) Nutzungsrechte zählen, vielfältig und unterschiedlich.

Im Rahmen einer Unternehmensnachfolge (oder auch bei Umgründungen) ist die Ermittlung des Bestands an Liegenschaften und verwandten Rechten im Rahmen der Due Diligence daher durch eine detaillierte Prüfung allenfalls anwendbarer grundverkehrsrechtlicher Bestimmungen zu ergänzen. Im Einzelnen zu beachten sind die möglichen Rechtsfolgen, die auch eine nachträgliche Nichtigerklärung des

Rechtsgeschäfts zum Gegenstand haben oder einen Rechtserwerb gar nicht rechtswirksam werden lassen können. Auch Rechtsfolgen für Umgehungsgeschäfte, wie etwa Treuhandkonstruktionen, sind im Zusammenhang mit dem Anteilerwerb an Gesellschaften mit Liegenschaftsvermögen besonders zu beachten.

2.2.2. Flächenwidmungs- und Bebauungsplan

Nicht die geplante Übertragung, aber die geplante Nutzung einer Liegenschaft kann Gegenstand von Beschränkungen nach dem jeweils anwendbaren Flächenwidmungs- und Bebauungsplan sein. Auch die Raumordnung ist Landessache, sodass sich die Gesetzeslage je nach Bundesland unterscheidet.

Im Rahmen der Due Diligence-Prüfung steht im Vordergrund, ob die bestehende Widmung mit der geplanten Nutzung der Liegenschaft übereinstimmt. Es sollte daher jeweils vor Abschluss einer Transaktion der jeweils aktuelle Flächenwidmungs- und Bebauungsplan beim zuständigen Gemeindeamt eingesehen werden. Im Einzelfall kann eine bestehende Widmung einer abweichenden geplanten Nutzung entgegenstehen, weil für geplante Bauvorhaben diesfalls keine Baubewilligung erteilt würde. Nach manchen Bauordnungen ist bei einem Widerspruch zwischen der Widmung und einer bestehenden Baubewilligung auch deren Nichtigerklärung möglich, die eine Beseitigung des Gebäudes erfordern kann.

2.3. Gebäude und Anlagen

Grundsätzlich stehen Bauwerke nach dem Grundsatz "superficies solo cedit" im Eigentum des jeweiligen Liegenschaftseigentümers.³²

Einen praktisch wesentlichen Ausnahmefall davon bilden Superädifikate,³³ die als selbstständige Bauwerke auf fremdem Grund dort in der Absicht aufgeführt wurden, nicht stets darauf zu verbleiben. Dies gilt etwa dann, wenn aufgrund langfristiger (schuld- oder sachenrechtlicher) Nutzungsverhältnisse (wie etwa Miet- oder Pachtverträgen oder Dienstbarkeiten) vom Nutzungsberechtigten ein Gebäude auf einer Liegenschaft errichtet wird; aufgrund der getroffenen Vereinbarung verbleibt dieses Superädifikat im Eigentum des Nutzungsberechtigten und ist sachenrechtlich vom Eigentum an der Liegenschaft getrennt. Das sachenrechtliche Schicksal des Gebäudes bei Wegfall des Nutzungsrechts an der Liegenschaft richtet sich dabei in erster Linie nach der getroffenen Vereinbarung; dieses kann entweder nach Ende der Vertragslaufzeit mit oder ohne Verpflichtung zur Entschädigung in das Eigentum des Liegenschaftseigentümers fallen ("Heimfallsklausel")³⁴ oder vom Nutzungsberechtigten unter Herstellung des ursprünglichen Zustands zu beseitigen sein. Solche Strukturen sind nach überwiegender Auffassung und Judikatur (zumindest bei solider Bauweise) nur bei befristeten Nutzungsverhältnissen zulässig.³⁵ Mangels ausdrücklicher Befristung eines Nutzungsverhältnisses ist daher im Rahmen der Due Diligence eine Qualifikation als Superädifikat im Einzelfall im Detail zu prüfen.

Der ursprüngliche Eigentümer des Superädifikats erwirbt sein Recht durch dessen Errichtung. Spätere Übertragungen von Superädifikaten sind im Wege der Urkundenhinterlegung beim Grundbuch möglich.³⁶

Sonstige bewegliche Gegenstände auf fremden Liegenschaften sind nur dann selbstständig übertragbar, wenn diese nicht unselbstständiger Bestandteil der Liegenschaft geworden sind. Wesentliches Kriterium ist hierbei, ob die Entfernung eine wesentliche Substanzverletzung an diesem Gegenstand verursachen würde.³⁷ Für Maschinen besteht eine Sonderregelung,³⁸ nach der durch eine grundbücherliche Anmerkung verhindert werden kann, dass eine Maschine zum Zubehör des Grundstücks wird.

3. Bestandverträge

3.1. Vorfragen

Eine Unternehmensnachfolge erfordert üblicherweise, dass der Unternehmenserwerber die für den Betrieb des Unternehmens notwendigen Liegenschaften - sofern diese nicht im Eigentum des Rechtsträgers des Unternehmens stehen - weiterhin nutzen kann. Ob und zu welchen Bedingungen dies im Einzelfall möglich ist, hängt im Wesentlichen (i) von der Transaktionsstruktur und (ii) vom Inhalt des Bestandverhältnisses ab. Während im Fall eines Share Deal Bestandverträge ohne Weiteres übergehen,³⁹ ist dies bei Asset Deals

möglich, aber nicht in allen Fällen zwingend.

Im Rahmen einer Due Diligence sind daher Bestandverhältnisse und ihre Einordnung von besonderer Bedeutung.

*MMag. Dr. Markus Fellner/Mag. Christian Thaler: **Schwerpunkte der Due Diligence bei Gesellschaften** mit Immobilien-Vermögen -- ZUS Heft 3, 96*

3.2. Miete

Bei Mietverträgen besteht die wesentliche Vorfrage darin, ob auf diese das Mietrechtsgesetz (MRG) anzuwenden ist. Außerhalb des Anwendungsbereichs des MRG gilt grundsätzlich das - nicht zwingende - Bestandrecht des ABGB.⁴⁰

3.2.1. MRG

Die Bestimmung des Anwendungsbereichs des MRG ist im Einzelfall komplex. Im Wesentlichen erfasst es die Raummiete zu Wohn- und Geschäftszwecken. Ausgenommen sind etwa die Vermietung von bloßen Freiflächen oder von nicht Wohn- und Geschäftszwecken dienenden Räumen.⁴¹ Innerhalb des Anwendungsbereichs des MRG ist wiederum nach Voll- und Teilanwendung⁴² zu unterscheiden. Im Einzelnen bestimmen sich diese nach Verwendungszweck, Baujahr oder Finanzierung der Errichtung sowie weiteren Parametern.

Eine detaillierte Darstellung der Bestimmungen über den Anwendungsbereich des MRG⁴³ würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Die wesentliche Rechtsfolge im Rahmen von Unternehmenserwerben besteht im Anwendungsbereich des MRG darin, dass grundsätzlich auch bei der Einzelrechtsnachfolge (Asset Deal) bei Veräußerung des im Mietgegenstand vom Hauptmieter betriebenen Unternehmens durch den Hauptmieter zur Fortführung des Unternehmens in diesen Räumlichkeiten der Erwerber in das Mietverhältnis eintritt.⁴⁴ Es handelt sich diesfalls um eine *ex lege* eintretende Vertragsübernahme zwischen Veräußerer und Erwerber.⁴⁵

Bei Veräußerung im Wege eines Share Deal ist eine solche Vertragsübernahme nicht erforderlich, weil der das Unternehmen betreibende Rechtsträger unverändert bestehen bleibt.

Sowohl beim Asset Deal als auch beim Share Deal ist aber der Vermieter berechtigt, den Mietzins, sofern dieser den nach § 16 Abs 1 MRG zulässigen angemessenen Mietzins unterschreitet, anzuheben. Dies gilt auch bei Änderungen der Einflussmöglichkeiten auf eine juristische Person oder Personengesellschaft als Hauptmieter und zudem in Fällen, in denen eine solche Änderung schrittweise erfolgt, sodass sich im Einzelfall (insb bei Umgehungsversuchen) schwierige Abgrenzungsfragen stellen können.

3.2.2. ABGB

Neben dem fehlenden zwingenden Charakter der bestandsrechtlichen Bestimmungen des ABGB liegt ein wesentlicher Unterschied im - dem MRG fremden - Grundsatz "Kauf bricht Miete",⁴⁶ der nach der Rechtsprechung sowohl den Bestandgeber (Eigentümer der Liegenschaft) als auch den Bestandnehmer⁴⁷ dazu berechtigt, das Bestandverhältnis unter Beachtung der gesetzlichen Kündigungsfristen zu kündigen. Dieser Grundsatz gilt nicht, wenn ein dem ABGB unterliegendes Bestandverhältnis in das Grundbuch eingetragen wurde.

3.3. Pacht

Die Pacht unterscheidet sich von der Miete dadurch, dass eine Sache nicht nur zum Gebrauch, sondern auch zur Nutzung (Fruchtbezug) überlassen wird. Insb bei Unternehmen als Bestandnehmer stellen sich schwierige Abgrenzungsfragen. Es ist im Einzelfall zu bestimmen, ob im Rahmen eines Unternehmenspachtvertrags ein Unternehmen im Gesamten dem Bestandnehmer zur Benutzung und zum Fruchtbezug überlassen wird.⁴⁸ Dafür sprechen Indizien wie eine Betriebspflicht, eine Verpflichtung zur

Rückstellung eines lebenden Unternehmens, die Überlassung weiterer für den Betrieb des Unternehmens notwendiger Gegenstände oder ein umsatzabhängiger Bestandzins.

Pachtverträge unterliegen dem ABGB; das MRG ist auf sie nicht anwendbar.

4. Haftungsrisiken

Haftungsrisiken im Zusammenhang mit dem Erwerb von Liegenschaften ergeben sich insb aus Bestimmungen des öffentlichen Rechts.⁴⁹ Eine Reihe von Gesetzen sehen beim Bestehen von Altlasten Verpflichtungen vor, diese zu sichern oder zu sanieren oder die Kosten dafür zu tragen.

Die Verantwortlichkeit für solche Maßnahmen trifft im Regelfall, in dieser Reihenfolge, (i) den Verursacher, (ii) den Liegenschaftseigentümer und (iii) allfällige Rechtsnachfolger des Liegenschaftseigentümers.

Als Haftungsgrundlagen kommen insb die folgenden Gesetze in Betracht:

4.1. Wasserrechtsgesetz

Das WRG verfolgt als ein wesentliches Regelungsziel die Reinhaltung von Gewässern⁵⁰ und sieht daher Sanierungspflichten vor allem bei drohender Gewässerverunreinigung vor. Jedermann, dessen Anlagen, Maßnahmen oder Unterlassungen eine Einwirkung auf Gewässer herbeiführen können, hat diese Anlagen so herzustellen, instand zu halten, zu betreiben oder sich so zu verhalten, dass eine Gewässerverunreinigung vermieden wird; man spricht in diesem Zusammenhang von der allgemeinen wasserrechtlichen Sorgfaltspflicht.⁵¹

Die zuständige Wasserrechtsbehörde kann auf dieser Grundlage verschuldensunabhängig zu Maßnahmen auffordern oder diese bei Gefahr im Verzug gegen Kostenersatz vornehmen lassen.⁵² Als Verpflichtete kommen neben dem unmittelbaren Verursacher auch Betreiber von Anlagen in Betracht, soweit sie diese rechtlich oder faktisch beherrschen. Der Liegenschaftseigentümer haftet in allen Fällen zumindest subsidiär.⁵³ Ein Rechtsnachfolger des Liegenschaftseigentümers haftet nur bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis von der Gefährlichkeit der Anlage oder der Maßnahmen.⁵⁴

4.2. Abfallwirtschaftsgesetz

Auch das AWG hat einen eingeschränkten Anwendungsbereich, der sich auf "Abfall" iSd Gesetzes⁵⁵ bezieht. Dies sind grund-

*MMag. Dr. Markus Fellner/Mag. Christian Thaler: **Schwerpunkte der Due Diligence bei Gesellschaften**
mit Immobilien-Vermögen -- ZUS Heft 3, 97*

sätzlich nur bewegliche Sachen; unbewegliche Sachen sind dann tatbestandsmäßig, wenn sie mit dem Boden eine die Umwelt beeinträchtigende Verbindung eingegangen sind.⁵⁶

Die Haftung erstreckt sich hier primär ebenfalls auf den Verursacher der Abfälle, wenn bei Beförderung, Sammlung, Lagerung oder Ablagerung von Abfällen das AWG nicht eingehalten wurde und eine schadlose Behandlung von Abfällen zur Vermeidung von Beeinträchtigungen der öffentlichen Interessen erforderlich gewesen wäre.⁵⁷

Auch im Rahmen des AWG ist die zuständige Behörde berechtigt, erforderliche Maßnahmen aufzutragen oder diese bei Gefahr im Verzug gegen Kostenersatz selbst durchzuführen. Ist der primär Verpflichtete nicht feststellbar oder kann er aus rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen nicht zu Behandlungsaufträgen angehalten werden, besteht eine subsidiäre Haftung des Liegenschaftseigentümers, wenn er der Lagerung oder Ablagerung von Abfällen zugestimmt oder sie freiwillig geduldet oder ihm zumutbare Abwehrmaßnahmen unterlassen hat. Diesfalls treffen Maßnahmen oder Kostenersatzpflichten den Liegenschaftseigentümer, der allerdings einen Rückersatzanspruch gegen den primär Verantwortlichen hat.⁵⁸

Auch hier gilt eine Haftung für Rechtsnachfolger des Liegenschaftseigentümers, wenn dieser von der Ablagerung Kenntnis hatte oder fahrlässig nicht hatte.⁵⁹ Relevant ist wiederum der Zeitpunkt des Liegenschaftserwerbs, wobei strikt auf den Grundbuchsstand abgestellt wird.⁶⁰

4.3. Gewerbeordnung

Die Bestimmungen der Gewerbeordnung knüpfen nicht an besondere Kontaminationen, sondern an bewilligte Betriebsanlagen an.⁶¹ Im Rahmen der allgemeinen gewerberechtlichen Bestimmungen haben Betreiber von Betriebsanlagen alle zur Vermeidung einer Gefährdung, Belästigung, Beeinträchtigung oder nachteiligen Einwirkung erforderlichen Vorkehrungen zu treffen und können im Bedarfsfall von den Behörden dazu verhalten werden. Betriebsanlagenbewilligungsbescheide sind dinglicher Natur, sodass die sich daraus ergebenden Pflichten den jeweiligen Betreiber der Betriebsanlage treffen.

Der Begriff des Anlageninhabers ist nach der Rechtsprechung des VwGH zivilrechtlich zu beurteilen,⁶² sodass es auf die Gewahrsame über die Anlage ankommt. Im Einzelfall kann auch ein Bestandgeber und Liegenschaftseigentümer als Adressat der gewerberechtlichen Verpflichtungen in Betracht kommen.

4.4. Altlastensanierungsgesetz

Kernpunkte des ALSAG sind Duldungspflichten von Liegenschaftseigentümern sowie die Einrichtung des Verdachtsflächenkatasters.

Ohne eigene Sanierungsverpflichtungen vorzusehen, sind der jeweilige Eigentümer einer Liegenschaft sowie dinglich oder obligatorisch daran Berechtigte zur Duldung von Sanierungs- und Sicherungsmaßnahmen verpflichtet.⁶³ Die Haftung für die Durchführung solcher Maßnahmen richtet sich nach den jeweiligen Materiengesetzen (siehe oben Pkt 4.1. bis 4.3.), kann aber auch den Liegenschaftseigentümer oder die obligatorisch Berechtigten einschließen. Im Falle einer Ersatzvornahme von Sicherungs- und Sanierungsmaßnahmen durch den Bund trifft schuldhafte Verursacher und Liegenschaftseigentümer, die einer Ablagerung, die zum Entstehen einer Altlast geführt hat, zugestimmt oder diese geduldet haben, eine Kostenersatzpflicht.⁶⁴

Der beim Umweltbundesamt geführte Verdachtsflächenkataster⁶⁵ beinhaltet aufgrund von Meldungen der Landeshauptleute Altablagerungen oder Altstandorte, für die der Verdacht einer erheblichen Umweltgefährdung aufgrund früherer Nutzungsformen besteht. Die Überprüfung des Verdachtsflächenkatasters ist ein zentraler Bestandteil jeder immobilienbezogenen Due Diligence, weil die Erfassung einer Verdachtsfläche jedenfalls Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Erwerbers begründet.

5. Zusammenfassung

Die Strukturen, in denen Unternehmen Immobilien nutzen, sind vielfältig. Gleiches gilt für Transaktionen, die eine Unternehmensnachfolge oder einen Unternehmenserwerb zum Gegenstand haben. Aufgrund der offensichtlichen Bedeutung von Immobilien für die meisten Unternehmen sind diese auch ein zentraler Bestandteil der Due Diligence-Prüfung, die jedem Unternehmensübergang vorausgehen sollte. Dabei sind neben zivilrechtlichen Grundfragen wie des Eigentums und schuld- oder sachenrechtlichen Nutzungsverhältnissen abhängig vom Einzelfall zahlreiche zivil- und öffentlich-rechtliche Beschränkungen und Risiken zu beachten.

1 Dieser Beitrag beschränkt sich aus Gründen des Umfangs auf genuin liegenschaftsrechtliche Themen sowie zentrale zivil- und öffentlich-rechtliche Haftungsrisiken. Zusätzlich können noch weitere Fragen des Zivilrechts (etwa Urheberrechtsschutz bei Bauwerken, Versicherungs- oder Arbeitsrecht), Zivilprozessrechts (Behandlung anhängiger Gerichtsverfahren) oder öffentlichen Rechts (Behandlung bestehender öffentlich-rechtlicher Genehmigungen) von Bedeutung sein; für eine umfassende Darstellung siehe *Fellner*, Immobilienrechtliche Aspekte im Rahmen einer Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Legal (2010) 575 ff.

2 Vgl. *Fellner*, Asset Deal versus Share Deal, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions (2007) 437 ff.

3 Siehe dazu im Detail Pkt 2.2.1.

4 Siehe dazu im Detail Pkt 3.2.1.

5 *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 135 mwN.

- 6 Vgl § 38 UGB; zum Anwendungsbereich *Fuchs/Schuhmacher* in *Straube*, UGB I⁴ § 38 Rz 18 ff.
- 7 *Fuchs/Schuhmacher* in *Straube*, UGB I⁴ § 38 Rz 22.
- 8 Siehe dazu im Detail Pkt 3.2.1.
- 9 Vgl im Detail Pkt 2.3.
- 10 Vgl § 6 Abs 1 BauRG; *Urbanek/Rudolph*, BauRG § 6 Rz 3.
- 11 *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 352 ff.
- 12 Grundbuchs-Novelle 2012 BGBl I 2012/30.
- 13 Vgl § 4 GBG.
- 14 Vgl § 136 GBG.
- 15 Vgl § 7 GBG.
- 16 Vgl § 21 GBG.
- 17 Vgl § 13 Abs 1 GBG.
- 18 Vgl § 222 EO.
- 19 *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 419.
- 20 Vgl § 12 GBG.
- 21 Vgl § 1 Abs 1 BauRG.
- 22 Die Norm ist dispositiv; vgl *Urbanek/Rudolph*, BauRG § 9 Rz 6.
- 23 Vgl § 9 Abs 2 BauRG.
- 24 Dieser ist nach dem Sachwertverfahren nach § 6 LBG zu ermitteln; vgl *Urbanek/Rudolph*, BauRG § 9 Rz 9.
- 25 Vgl § 364c ABGB.
- 26 Vgl §§ 1068 ff ABGB.
- 27 *Aicher* in *Rummel*³ § 1070 Rz 4.
- 28 Vgl § 1072 ff ABGB.
- 29 *Aicher* in *Rummel*³ § 1073 Rz 6.
- 30 OGH 26. 9. 1995, 5 Ob 106/95 NZ 1996/359 (*Hoyer*).
- 31 Vgl im Detail *Schneider*, Handbuch Österreichisches Grundverkehrsrecht (1996) 103 ff.
- 32 Siehe bereits Pkt 1.3. oben.
- 33 Vgl § 435 ABGB.
- 34 *Kletecka*, Das Superädifikat, in *Rechberger*, Superädifikat und Baurecht (2006) 2.
- 35 *Hinteregger* in *Schwimmann*, ABGB³ II § 435 Rz 1 ff mwN; teils wird dies auch aus dem bloßen äußeren Erscheinungsbild (Almhütte, Baracke etc) abgeleitet, was für Zwecke von Immobilientransaktionen als Abgrenzungskriterium im Regelfall wenig praktisch ist.
- 36 Vgl § 1 Abs 1 Z 1 lit a UHG.
- 37 *Spielbüchler* in *Rummel*³ § 294 Rz 7.
- 38 Vgl § 297a ABGB.
- 39 Vgl bereits Pkt 1.1.
- 40 Vgl §§ 1090 ff ABGB.
- 41 *Würth* in *Rummel*³ § 1 MRG Rz 6.
- 42 Vgl § 1 Abs 4 f MRG.
- 43 Statt aller *Würth* in *Rummel*³ § 1 MRG Rz 1 ff.
- 44 Vgl § 12a MRG.
- 45 *Würth* in *Rummel*³ § 12a MRG Rz 3 f.
- 46 Vgl § 1120 ABGB.
- 47 *Würth* in *Rummel*³ § 1120 Rz 5.
- 48 *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 218 mwN.
- 49 Für eine umfassende Darstellung von Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf siehe *Fellner*, Immobilienrechtliche Aspekte im Rahmen einer Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I Legal (2010) 449 ff (Asset Deal), 454 ff (Share Deal).
- 50 *Akyürek*, Wasserrecht, in *Raschauer/Wessely*, Handbuch Umweltrecht² (2010) 237.
- 51 *Oberleitner/Berger*, WRG³ (2011) § 31 Rz 1 f.
- 52 *Oberleitner/Berger*, WRG³ (2011) § 31 Rz 17.
- 53 *Oberleitner/Berger*, WRG³ (2011) § 31 Rz 35.
- 54 *Oberleitner/Berger*, WRG³ (2011) § 31 Rz 37.
- 55 Vgl § 2 Abs 1 f AWG; *Berger/Lindner*, Abfallwirtschaftsrecht, in *Raschauer/Wessely*, Handbuch Umweltrecht² (2010) 702 f.
- 56 Vgl § 2 Abs 2 AWG; *List* in *Hauer/List/Nußbaumer/Schmelz*, AWG 2002, 28.
- 57 Vgl § 73 AWG.
- 58 Vgl § 74 AWG; *Hauer* in *Hauer/List/Nußbaumer/Schmelz*, AWG 2002, 443 mwN.
- 59 *Hauer* in *Hauer/List/Nußbaumer/Schmelz*, AWG 2002, 449 f.
- 60 *Hauer* in *Hauer/List/Nußbaumer/Schmelz*, AWG 2002, 442.
- 61 Vgl § 74 GewO.
- 62 *Kinscher/Pallege/Barfuß*, GewO³ § 83 FN 3 mwN.
- 63 Vgl § 18 ALSAG.
- 64 *Scheichl/Zauner*, ALSAG (2010) § 18 Rz 6 f.
- 65 <http://www.umweltbundesamt.at/umweltsituation/altlasten/vfka/>.