

gänzung (zB Verzicht auf die CoC-Klausel) zu erreichen (oder es lässt sich sonst ein Ausweg finden).

Beispiel:

10.195

Nach § 7 Abs 2 lit f eines Vertrages ist Ing *Leopold H* als Vertragspartner eines (für das Target wichtigen) Dauerschuldverhältnisses berechtigt, den Vertrag vorzeitig mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist aufzulösen, wenn innerhalb von 10 Jahren ab Vertragsbeginn „die derzeitigen Gesellschafter der *K GmbH* (= Zielgesellschaft) in Summe mehr als 60% der Geschäftsanteile“ an Dritte übertragen.

Laut Vertrag können die Gesellschafter (nicht das Target selbst!) dieses Rücktrittsrecht durch Zahlung von ATS 25 Mio (pro rata je nach Ausmaß der Anteilsübertragung) abwenden. Gem Aufsichtsratssitzungsprotokoll (ein Jahr vor dem Share Deal) verpflichtete sich das Target⁷⁰⁶ vertraglich gegenüber den „Stammgesellschaftern“ *DI Walter L, DI Wolfgang L, Ing Gerhard P* und *Johann Sch*, diese allfällige Abschlagszahlung selbst (anstelle der vier genannten Gesellschafter) im Bedarfsfall zu erbringen. Der Aufsichtsrat genehmigte diese Vereinbarung.

Die mit einer DD beauftragte Wirtschaftsprüfer-Gesellschaft erwähnte im DD-Bericht über diese das Target letztlich doch belastende Zusage nichts (es wurde nur über einen anderen Punkt dieser Aufsichtsratssitzung berichtet).

Weitere Beispiele für **Change-of-Control**-Klauseln:

10.196

• Aus einem Syndikatsvertrag:

For a period of ten years after Closing each party hereto shall have a Call Option with regard to all Shares if and when a Relevant Change of Control with regard to the other party occurred. A change of control is a Relevant Change of Control only if shares are acquired by one or more of the companies listed in Annex ./A.

Aus einem vom Target abgeschlossenen Joint Venture Agreement:

In any case of a direct or indirect change of control over any Project Partner (the Affected Project Partner) in favor of an entity which (i) could be potentially detrimental for the N Project (e.g. a competitor) or (ii) is declared unfit by the other Project Partners, all other Project Partners shall have the right to exclude such Affected Project Partner from the N Project.

Aus einem Vertrag über eine vom Target gemeinsam mit Dritten betriebene Anlage:

In the case that X should lose the status of an affiliate („Affiliate“) of Y Group („Change of Control Event“), A shall have the right to acquire of the production site Z. In case of such Change of Control Event the amendments to the Shareholders' Agreement under Clause [. . .] hereunder shall become effective.

Aus einem anderen Vertrag:

The rights under this Agreement cannot be transferred (the Transfer) to a third party without the prior written consent of the other party. Any sale, transfer or other disposal of shares with the effect of a change of control over one party shall be deemed a Transfer.

706 Aspekte der Einlagenrückgewähr wurden damals – vermutlich zutr – aufgrund der konkreten Umstände auch nicht problematisiert.

Aus einem Kreditvertrag:

The Borrower is obliged to a premature repayment under clause [...] if there occurs a Change of Control with regard to Guarantor. It is regarded as Change of Control if a natural or a legal person, or a group of natural or legal persons acting in concert, gain direct or indirect control over the Guarantor. Further, any Change of Control over Borrower, in particular if Borrower ceases to belong to the X group of companies, shall trigger the Lender's right to give notice of termination to this Loan Agreement.

Aus einem Agency Agreement:

The Agent shall inform the Principal in writing of any change in its ownership or management, any affiliation with any other individual or enterprise, any employment or other financial relationship with any official, Agent, or agent of any government or governmental unit, judge, member of a national or international assembly, and any other substantial modification of its organization.

The Principal shall be entitled, if the Principal considers that such modifications are contrary to the interests of the Principal, or if the Agent assigns any of its rights and obligations under or in connection with the Agreement without the Principal's consent, to terminate this Agreement forthwith by notice in writing to the Agent.

10.197 Beachte, dass es ohne vertragliche CoC-Klausel für einen Vertragspartner des Targets schwer wäre, aus einem Vertrag auszusteigen, denn ein Wegfall der Geschäftsgrundlage gem § 901 ABGB oder ein „wichtiger“ an die Unzumutbarkeit heranreichender außerordentlicher Kündigungsgrund wird kaum jemals⁷⁰⁷ und eine wesentliche Verschlechterung der Bonität mit Begehr auf Sicherheitsleistung gem § 1052 ABGB wird auch nur seltenst argumentierbar sein.

10.198 Eine kurze und allgemein gehaltene Document Request List könnte lauten:

Verträge (schriftlich, mündlich, konkludent abgeschlossen)	Contracts (concluded in writing, orally or tacitly)
1. Werkverträge	Contracts for services
2. Konsulentenverträge	Consultancy agreements
3. Bestand-, Leasing- und sonstige Nutzungsverträge (falls nicht gesondert im Zusammenhang mit Liegenschaften aufgezählt)	Leasing Contracts and contracts on other rights of use (if not separately listed with regard to real estate)
4. Wartungsverträge	Servicing contracts
5. Outsourcing	Outsourcing
6. Franchise- und andere Vertriebsverträge, Vertragshändlerverträge	Franchise and other distribution contracts, distributorship agreements
7. langfristige Kauf- und Lieferverträge, Bezugs- und Sukzessivlieferverträge; Rahmenverträge	Long-term purchase and supply contracts, subscription rights and multiple delivery contracts; framework agreements

707 Zur vergleichbaren Rechtslage in Deutschland: Cramer, Die Auswirkung des Kontrollwechsels auf den Darlehensvertrag, WM 2011, 825.

8. Frachtverträge	Freight contracts
9. Versorgungsverträge (Strom, Gas, Wasser, Telefon und Datenleitungen)	Supply agreements (power, gas, water, telephone and data lines)
10. Allgemeine Geschäftsbedingungen	Standard terms of business
11. sonstige wesentliche Verträge (Laufzeit oder Kündigungsfrist von mehr als drei Monaten; Zahlungsverpflichtung von mehr als EUR [...]; Verträge außerhalb des ordentlichen Geschäftsbetriebs; nach Ansicht des Managements für die Bewertung des Unternehmens wichtige Verträge und Unterlagen)	Other substantial contracts (duration or notice period of more than three months; payment obligations exceeding EUR [...]; agreements not made in the ordinary course of business; agreements that in the judgment of the management are important for the evaluation of the business)
12. laufende Vertragsverhandlungen, Absichtserklärungen, neue Projekte	Current contract negotiations, letters of intent, new projects
13. Verträge mit unüblichem Inhalt oder unüblichen Bestimmungen (zB Change of Control-Klauseln)	Contracts with unusual contents or unusual clauses (e.g., change of control provisions)
14. Ausschreibungen und Vergaben nach vergaberechtlichen Bestimmungen	Tenders and contract awards according to public procurement laws
Versicherungsverträge	Insurance contracts
1. Versicherungsverträge und Polizen, bei D&O-Versicherungen auch die erforderlichen Organgenehmigungen ⁷⁰⁸	Insurance contracts and policies, necessary approvals for D&O insurance
2. Liste der pendenten Schadensfälle	List of pending insurance claims
3. Informationen über	Information on
a) Deckungssummen	a) Insurance sums (limit of indemnity)
b) ob alle Prämien bezahlt sind	b) whether all premiums have been paid
c) ob ausreichender Deckungsschutz vorhanden ist	c) whether sufficient coverage is given
d) Leistungsverweigerung durch Versicherer	d) Refusal of payment (coverage) by insurer

Beim **Asset Deal** ist zu beachten, dass die in einem **Vergabeverfahren** erteilten Aufträge an das Zielunternehmen oft nicht ohne neue Ausschreibung auf den Unternehmenserwerber übergehen können; jedenfalls ist dies gesondert zu prüfen. Auch bei einem **Share** **10.199**

⁷⁰⁸ 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).

Deal könnte ein im Vergabeverfahren erteilter Auftrag aufgrund der Change of Control in Ausnahmefällen entzogen werden, wenn es bei diesem Deal in Manipulationsabsicht darum ginge, an einen Auftrag heranzukommen.⁷⁰⁹

E. Gesellschaftsrechtliche DD (Corporate)

10.200 Auch hier einige Hinweise für die **Gesichtspunkte** der DD-Prüfung:

- Analyse der gesellschaftsrechtlichen Situation
- Syndikatsverträge (in Deutschland besser Gesellschaftervereinbarungen, Pool-Vertrag, Konsortialvertrag, Stimmbindungsvertrag; in der Schweiz: Aktionärsbindungsvertrag genannt) und deren Inhalt (Finanzierungspflichten? Reduktion des Einflusses durch eine Syndikatsversammlung?); Überbindungspflichten/Eintrittsmöglichkeiten?
- Title check, s auch Rz 10.203
- Prüfung der Firmenbucheintragungen
- Bestehen Nachschusspflichten⁷¹⁰ oder Nebenleistungspflichten?
- Wandelschuldverschreibungen oder stille Beteiligungen (Verwässerungsgefahr)
- Besteht Vinkulierung von Anteilen, Vorkaufs-, Aufgriffs- und Mitverkaufsrechte usw (vgl Rz 14.45); nicht mehr nötig ist die Prüfung, ob die doppelte Formpflicht für Neubegründung oder Änderung eines Vorkaufs- oder Aufgriffsrechts bei der GmbH beachtet worden ist (Rz 14.136)
- Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von Beschlüssen
- Gibt es sonst unwirksame Verträge oder Transaktionen? Fraglich ist, ob Heilung durch Firmenbucheintragung eintritt (Rz 14.152)
- Nichtbeachtung von GVG bei einem früheren Asset oder Share Deal (Rz 14.162)
- Nichtbeachtung der zusammenschlussrechtlichen Anmeldepflicht (und daraus resultierende zivilrechtliche schwebende Unwirksamkeit und drohende kartellrechtliche Strafbarkeit, Rz 16.349)
- Beachte bei Gesellschaftsverträgen und Satzungen (der Zielgesellschaft und ihrer Tochter- und Beteiligungsgesellschaften) samt allen Nachträgen und sonstigen Vereinbarungen, die die **gesellschaftsrechtliche Historie** dokumentieren, die **Formwirksamkeit**, ausreichende Vollmachtserteilungen, Anteilsübertragungsbeschränkungen, Vorkaufs- und Optionsrechte, Sonderstimmrechte, Wettbewerbsverbote, Möglichkeit zur Satzungsänderung
- Offene oder verdeckte Einlagenrückgewähr (insb aus Intra-group Guarantees, Haftungen, Umstrukturierungen)
- Ergeben sich aus den Vorstands- oder Aufsichtsratsprotokollen Hinweise auf Probleme der Geschäftstätigkeit, schwebende oder drohende Rechtsstreitigkeiten, Vertragsbeziehungen etc?

709 EuGH 19. 6. 2008, C-454/06, *Presstext/APA*, Rz 51.

710 Dazu ausf Brugger/Schopper in *Straube/Ratka/Rauter*, WK, GmbHG §§ 72–74.

Beachte: Ansprüche von gegenwärtigen oder früheren Investoren (Gesellschaftern) gegen die Zielgesellschaft aus Prospekthaftung können das Eigenkapital des Targets mindern; dies wird von der Jud nicht als Einlagenrückgewähr verstanden.⁷¹¹ **10.201**

Eine kurze Document Request List könnte lauten wie folgt und erstreckt sich idR auf alle Tochter- und Beteiligungsgesellschaften des Targets: **10.202**

Gesellschaftsrecht	Corporate
1. Gesellschaftsvertrag bzw Satzung	Articles of Association/Charter
2. Aktuelle Konzernstruktur in Schau- blattform einschließlich Konsortial- und sonstige Beteiligungen und Filialen; Anga- be der Höhe der Beteiligung der Gesell- schaft und der anderen Beteiligten	Organizational Chart of the present group structure including partnerships and branch offices, the equity percentage ow- ned by each other company and/or by third parties
3. Nominalkapital (Einzahlung), Gesell- schafter (unter Angabe der Firmenbuch-/ Registernummer), Aktienbuch; bedingte Kapitalerhöhungen, genehmigtes Kapital, Wandelschuldverschreibungen	Nominal capital (paid in), shareholders (and their Commercial Register no.), Stock Ledger; capital increase measures, conver- tible bonds
4. Zweigniederlassungen	Branch offices
5. Verträge und andere Urkunden über Anteilserwerb (Abtretungsverträge) oder über Aktienerwerb	Contracts and other titles for the acqui- sition of participations (assignment agree- ments) or shares
6. Aktuelle Firmenbuchauszüge, Kopien der anhängigen Firmenbuchanträge	Updated extract from the Commercial Re- gister, copies of pending applications
7. Rechte Dritter an den Gesellschaftsrech- ten bzw Aktien oder an einem wesentlichen Teil des Unternehmensvermögens	Rights of third parties with respect to the participations or shares in the company or in a major part of the company's assets
8. Generalversammlungs- oder HV-Proto- kolle, Aufsichtsratsprotokolle der letzten fünf Jahre; sonstige Gesellschafterbeschlüs- se (Protokollbuch?)	Minutes of Shareholders' Meetings and Supervisory Board meetings of the last five years; other shareholders' resolutions (mi- nute book?)
9. Umstrukturierungen und Umgründun- gen (Verschmelzungen, Spaltungen etc)	Corporate restructurings (mergers, demer- gers, spin-offs, etc)
10. ausländische Niederlassungen ⁷¹² und sonstige Geschäftstätigkeit im Ausland	Foreign branches or activities abroad
Fremdeinfluss auf die Gesellschaft	Third-party influence on the Corporation
1. Treuhandverträge	Trust agreements

711 OGH 30. 3. 2011, 7 Ob 77/10i, *Christian N Privatstiftung gegen Immoeast, Constantia Privatbank*, Dr. Karl P (Parteienidentität aus FORMAT 20. 5. 2011). Krit Karollus, Neues zur Prospekthaftung, ÖBA 2011, 450.

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

2. Verpfändung von Anteilen	Pledge of shares
3. Syndikatsverträge, Stimmbindungsverträge	Shareholders' agreements, voting agreements
4. Stille Gesellschaften	Silent partnerships
5. Genussrechte, Unterbeteiligungen	Special dividend rights, sub-participation agreements
6. Konzernverträge (Gewinnabführungs-, Beherrschungsverträge), Ergebnisabführungsverträge, Konsortialvereinbarungen, Gesellschaften bürgerlichen Rechts, Kommanditbeteiligungen, Gruppenbesteuerungs- und Steuerausgleichs-/Umlageverträge; partiarische Darlehen	Affiliated companies (profit transfer agreements, controlling agreements), in particular domination agreements (<i>Beherrschungsverträge</i>), profit and loss transfer agreements (<i>Ergebnisabführungsverträge</i>), consortium agreements, limited partnership agreements, group taxation and tax adjustment/allocation agreements (<i>Gruppenbesteuerungs- und Steuerausgleichs-/Umlageverträge</i>), and loans with profit participation (<i>partiarische Darlehen</i>)
Übernommene Haftungen für Dritte	Liabilities assumed for third parties
1. Haftungen für Konzerngesellschaften (Liste der Haftungen unter Angabe der Art, Dauer und des Betrages)	Liabilities for affiliated companies (list of assumed liabilities specifying nature, duration and amount of liability)
2. Haftungen für andere (Liste der Haftungen unter Angabe der Art, Dauer und des Betrages)	Liabilities for others (list of assumed liabilities specifying nature, duration and amount of liability)
Beteiligungen an anderen Unternehmen	Participations in other companies
1. Anteile an Gesellschaften	Shares in corporations
a) Gesellschaftsvertrag oder Satzung	a) Articles of Association/Charter
b) Nominalkapital (Einzahlung); Mitgesellschafter	b) Stated capital (paid in), Co-shareholders
c) Firmenbuchauszüge, Kopien der anhängigen Firmenbuchanträge	c) Extracts from the Commercial Register, copies of pending applications
d) Informationen über Mitgesellschafter	d) Information on other shareholders
2. Unterlagen über in den letzten [. . .] Jahren getätigten Unternehmens- oder Beteiligungserwerbe	Documentation on the acquisition of enterprises or shares in the past [. . .] years
3. Sonstige	Other
Kooperationen	Co-operation Arrangements
1. ARGE	Co-operation of companies in the form of a civil law partnership (consortium)
2. Joint Venture-Verträge	Joint venture agreements
3. Sonstige	Other

Leitungsorgane	Governing bodies
1. Geschäftsführung, Vorstand; Geschäftsordnung, Vorstandsprotokolle der letzten fünf Jahre	Management, Board of Directors; Standing Rules (rules of procedure), minutes of Board meetings of the last five years
2. Aufsichtsrat; Geschäftsordnung; Aufsichtsratsprotokolle der letzten fünf Jahre	Supervisory Board; Standing Rules; minutes of the Supervisory Board meetings of the last five years
3. Beirat	Advisory Board
4. Organisations-Chart einschließlich Aufstellung der Organmitglieder	Organisational chart including all board members
5. firmeninterne Richtlinien, Grundsätze	General Rules, Ethic Code
6. Geschäftsordnungen für Geschäftsführung/Vorstand und Aufsichtsrat (oder ähnliche Organe) und aller Ausschüsse	Internal rules of procedure (<i>Geschäftsordnungen</i>) of the management and supervisory boards (or equivalent corporate bodies) and all committees thereof
Konzernverbindungen	Group Arrangements
1. Langfristige Verträge über zu empfangende Lieferungen und Leistungen	Long-term contracts on supply and services to be received
2. Konzernverträge (im besonderen mit dem Verkäufer) mit unüblichen oder einem Drittvergleich nicht standhaltenden Bestimmungen	Group agreements (in particular, with Vendor) with unusual clauses or clauses which are not at arm's length
3. Darlehen und Kredite; Sicherheiten	Credit Agreements, Loans; security agreements
4. Cash Pooling	Cash Pooling

F. Erwerbstitel beim Share Deal (inklusive Anteilseigenschaften)

Der Erwerb ist derivativ nach dem Grundsatz: **Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet**. Ausnahme wäre ein **Gutgläubenserwerb** vom Nichtberechtigten oder gutgläubiger Erwerb ohne Belastung, was aber **bei GmbH-Anteilen** (und bei Forderungen) im Unterschied zu Aktien (dort aber idR Aktienbuch zu beachten) **nicht** möglich ist;⁷¹³ anders in Deutschland (vgl Rz 14.164).

Nötig ist daher in der Praxis die Klärung

- der Eigentumsverhältnisse (Voreigentümer = title search = probatio diabolica) sowie
- der **Pfändungen und Verpfändungen** des GmbH-Geschäftsanteiles.⁷¹⁴

⁷¹³ Vgl OGH 8. 11. 1995, 3 Ob 186/94.

⁷¹⁴ Vgl Schumacher, Veräußerung gepfändeter GmbH-Geschäftsanteile, RdW 1996, 351; Peter Madl, Publike Verpfändung von GmbH-Anteilen, ecolex 1998, 306; Wiesinger, Zur Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen, ecolex 2011, 11.

10.205 Konkretes Beispiel betr **Verpfändung**: Folgende Überprüfungsschritte sind nötig, um die Lastenfreiheit des GmbH-Anteils (oder die Erstrangigkeit eines zu begründenden Pfandrechtes) sicherzustellen:⁷¹⁵

- Einsichtnahme in die Urkundensammlung beim Firmenbuchgericht (Pfandurkunden hinterlegt oder Informationen eingereicht?).
- Anfrage bei der GmbH, ob diese von einer Pfändung oder Verpfändung verständigt worden ist.

Warnung:

Verpfändet ein Alleingesellschafter seinen 100%-Geschäftsanteil an einer GmbH und nimmt er selbst als Geschäftsführer namens der GmbH die Verpfändung zustimmend schriftlich zur Kenntnis, ist die für die Verpfändung erforderliche Publizität bereits gegeben.⁷¹⁶

- Anfrage bei der GmbH, ob Beweisurkunden nach § 75 Abs 3 GmbHG ausgestellt worden sind; bejahendenfalls Einsichtnahme.
- Überprüfung, ob GmbH-Geschäftsanteil Betriebsvermögen ist; bejahendenfalls Einsichtnahme in die Bücher des Gesellschafters, ob dort eine Pfändung oder Verpfändung vermerkt ist.
- Einsicht in das gerichtliche Exekutionsregister betr exekutive Pfandrechte.

10.206 Als Warnung für den Käufer formulierte – mangels näherer Recherchen (DD) – ein Notar:

The Acquirer declares that it has been informed that liens established under enforcement law (*exekutive Pfandrechte*) on the share pursuant to Section 331(1) of the Enforcement Act also apply against the bona fide acquirer of that share.

10.207 Wenn – umgekehrt – zugunsten des Targets Pfandrechte an GmbH-Anteilen begründet worden sind, wird zu beachten sein, dass bei Umgründungen in der Vergangenheit uU Pfandrechte untergegangen sein können.⁷¹⁷

G. Rechtsverhältnisse im Konzern, Kapitalabfluss, Fälle verdeckter Einlagenrückgewähr (verdeckte Ausschüttung)

10.208 Der Konzernbegriff ist im Gesellschaftsrecht und im Abgabenrecht weitgehend (Maßgeblichkeit des Fremdvergleichs), aber – wegen unterschiedlicher Normzwecke – nicht notwendigerweise absolut deckungsgleich. Freilich gibt es in Österreich noch **kein eigentliches Konzernrecht**, das zB – iSd französischen *Rozenblum*-Doktrin⁷¹⁸ – den Vorrang des Gruppeninteresses vor dem Eigeninteresse der einzelnen Untergesellschaft anerkennen würde; daher ist unsere Einlagenrückgewähr-Jud besonders streng, vgl zB Rz 15.38.

⁷¹⁵ Schumacher (FN 714).

⁷¹⁶ OGH 10. 4. 2008, 3 Ob 22/08 v.

⁷¹⁷ Winkler/Mutz, Untergang eines Pfandrechtes an einem Geschäftsanteil bei Umgründungen, RdW 2005/744, 662.

⁷¹⁸ Cour de Cassation (Chambre Criminelle) 4. 2. 1985, JCP 1986 II, 20585.

Beispiele für die Prüfungsgesichtspunkte:

10.209

- Gesellschafter ist Bürge und Zahler für Betriebsmittelkredit der Zielgesellschaft
- Konzernmutter beauftragte Bankgarantie für Zielgesellschaft
- Konzernmutter stellte Patronatserklärung an Gläubiger der Zielgesellschaft aus (Rz 14.185)
- Veräußerer behält Hauptmietrechte und Zielgesellschaft ist Untermieter in Abhängigkeit vom Veräußerer
- Inhaber einer von der Zielgesellschaft verwendeten Marke ist die Konzernmutter

„Related party transactions“ sind immer im Verdacht! Beispiele für zu prüfende Bereiche: 10.210

- Gewinnabführungsverträge, Nutzungseinlagen
- Gruppenbesteuerung
- Konzernumlage
- Verrechnungspreise (verdeckte Ausschüttung? Auswirkungen auf die Versteuerung bzw Nachversteuerung?)
- konzernweites EDV-System
- Berichtswesen
- Lieferverträge
- Beteiligungsverträge
- Verbotene **Einlagenrückgewähr** (steuerrechtliche Terminologie: verdeckte Gewinnausschüttung – VGA)
 - durch nicht dem Fremdvergleich standhaltende (at arm's length) Geschäfte im **Konzern**

Beispiel:

Beim Verkauf der *BAWAG Bank für Arbeit und Wirtschaft Österreichische Postsparkasse* (2006) war in der Due Diligence offengelegt worden, dass die BAWAG dem Alleinaktionär ÖGB sowie einer dem ÖGB nahe stehenden Stiftung und den Gewerkschaftsorganen über Jahre hinweg systematisch überdurchschnittlich hohe Konditionen auf Spareinlagen und gleichzeitig auffallend niedrige Zinsen für Kredite gewährt habe. Diese Vorteile sind beim Verkauf der Bank an den US-Fonds *Cerberus* 2007 dadurch bereinigt worden, dass der ÖGB der Bank „mit einem Betrag von EUR 20–30 Mio“ alle Vorteile aus attraktiven Zinsen, Kontoführungs- und Überweisungsgebühren sowie sonstige Spesen abgegolten hat.⁷¹⁹

- durch Geschäfte mit **Familienangehörigen** oder zu deren Gunsten

⁷¹⁹ Dies geht aus einem internen Bericht der Finanzverwaltung vom 28. 6. 2010 hervor, der im September 2010 in den Medien zitiert wurde. In dem Dossier ist wörtlich von „möglichen verdeckten Gewinnausschüttungen“ zugunsten des *Gewerkschaftsbundes* die Rede. ÖGB-Finanzreferent *Clemens Schneider* bestätigte gegenüber *Profil*, dass die BAWAG dem ÖGB in der Vergangenheit Vorteile eingeräumt habe, die aber 2007 bereinigt worden sind. Im späteren politischen Diskurs wurde das als mögliche Steuerhinterziehung beim ÖGB bezeichnet und eine strafrechtliche Konsequenz thematisiert.

Beispiele:

GmbH zahlt Miete für ein „Büro“, das in Wirklichkeit die Wohnung für die Tochter des Hauptgesellschafters ist, oder zahlt Pkw-Aufwand für die nicht im Betrieb beschäftigte Ehefrau.⁷²⁰

GmbH gewährt ein Pfand an die Bank zugunsten eines einem Strohmann des Geschäftsführers gewährten Kredits, der dem Geschäftsführer zukommen soll.⁷²¹

GmbH zahlt überhöhte Investitionsablässe an den Vermieter (= Alleingesellschafter).⁷²²

- Gruppenverträge (Gruppenbesteuerung mit Steuerausgleichsvereinbarung)⁷²³)
- verdeckte Sacheinlagen (dazu vgl Rz 15.56)

10.211 Rechtsfolge der Einlagenrückgewähr: UU absolute (= amtswegig wahrzunehmende) und vollständige (= nicht durch Wertdifferenzzahlung auszugleichende oder sanierbare) **Nichtigkeit** (die überwiegende L sieht dies freilich anders, nämlich als relative, dh geltend zu machende und durch Nachzahlung sanierbare Nichtigkeit; vgl näher Rz 15.52). Die Zuwendung ist **KEST**-pflichtig,⁷²⁴ falls nicht bereits im Zeitpunkt der Gewährung eine Rückführungsvereinbarung geschlossen wird.⁷²⁵

720 So ein dem Autor 1996 bei einer DD untergekommener Fall; ähnlich auch der Sachverhalt in VwGH 20. 3. 2013, 1009/13/0259, *Luxusvilla*; 19. 3. 2013, 2009/15/0215, *Eigentumswohnung*; dazu ausf *Marschner/Renner*, Die Verwirrnisse um Mietverhältnisse zwischen Körperschaften und ihnen Nahestehenden, GES 2013, 458. Die KStR 2013 setzen nun eine „Renditemiete“ an, die die Körperschaft für an ihre Gesellschafter vermietete Luxusimmobilien verrechnen soll und die höher sein kann, als die zu erzielende Marktmiete (hier wird der sonst im Steuerrecht geltende Grundsatz der Fremdüblichkeit durchbrochen, denn die Renditemiete hat eine durchschnittliche Immobilienrendite und eine Risikoprämie abzudecken). Durch die im Jahre 2019 vorgenommene Änderung der KStR 2013 (BMF 17. 4. 2019, BMF-010216/0002-IV/6/2019) ändert sich mE diesbzgl nichts, weil nur das Konzept der Ausschüttung an der Wurzel und die damit verbundene Unterstellung wirtschaftlichen Eigentums geändert wurde. Dazu *Melanie Raab/Bernhard Renner*, Aktuelle BMF-Information zu für Anteilsinhaber/Begünstigte angeschaffte bzw hergestellte Immobilien, Ges 2019, 245; *Wiplinger/Teuschler*, BMF ändert Rechtsmeinung zur Renditemiete, ecolex 2019, 626. Vgl auch Rz 19.118.

721 Siehe OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 29/11z (Sachverhalt grafisch aufbereitet in GES 2011, 491).

722 VwGH 5. 9. 2012, 2010/15/0018.

723 Dazu aus Sicht der Einlagenrückgewähr *Schmidsberger/Lipp*, Gruppenbesteuerung und Gesellschaftsrecht, RdW 2011, 385.

724 VwGH 25. 11. 2010, 2007/15/0104: Bei Kapitalerträgen in Form verdeckter Ausschüttungen ist zu beachten, ob die ausschüttende Körperschaft auch die auf die Ausschüttung entfallende KEST trägt oder ob sie diese auf den begünstigten Gesellschafter überwälzt. Trägt die Körperschaft die KEST, dann ist auch darin eine Vorteilszuwendung gelegen, sodass beim Gesellschafter dieser Vorteil einzubeziehen ist. Fordert hingegen die Körperschaft die auf die verdeckte Ausschüttung entfallende KEST (in angemessener Frist) ein, ist die Ausschüttung als Betrag vor Abzug der KEST (Bruttobetrag) anzusehen.

725 Dazu OGH 19. 1. 2012, 13 Os 125/11y: Eine bereits entstandene KEST-Pflicht kann nicht durch eine nachträgliche Rückführungsvereinbarung beseitigt werden. Keine verdeckte Gewinnausschüttung liegt vor, wenn die Gesellschaft den gewährten Vorteil spätestens bis zum Bilanzstichtag zurückfordert und als Forderung bilanziert. Dieser Anspruch der Gesellschaft kann nur bilanziert werden, wenn er bewertbar ist, betrieben wird und sich realisieren lässt.