



universität  
wien

# DISSERTATION

Zivil- und unternehmensrechtliche Fragen im Rahmen eines  
singularsukzessiven Unternehmenserwerbs

Verfasser

Mag. Alexander Endl

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2012

|                                       |                                |
|---------------------------------------|--------------------------------|
| Studienkennzahl lt. Studienblatt:     | A 083 101                      |
| Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: | Rechtswissenschaften           |
| Betreuer:                             | o.Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci |

## Inhaltsverzeichnis

|                                                                                 |               |
|---------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| <b>I. EINLEITUNG.....</b>                                                       | <b>14</b>     |
| I. Thematik.....                                                                | 14            |
| II. Arbeitsaufbau.....                                                          | 15            |
| III. Begriffserklärung.....                                                     | 16            |
| <b>A. Rechtssubjekte .....</b>                                                  | <b>16</b>     |
| 1. Die in Frage kommenden Arten von Rechtsträgern .....                         | 17            |
| 1.1. <i>Natürliche Personen</i> .....                                           | 17            |
| 1.2. <i>Personengesellschaften</i> .....                                        | 17            |
| 1.3. <i>Kapitalgesellschaften</i> .....                                         | 19            |
| 1.4. <i>Genossenschaften, Sparkassen, Vereine, Stiftungen</i> .....             | 19            |
| 1.5. <i>Öffentlich-rechtliche Körperschaften</i> .....                          | 19            |
| <b>B. Rechtsnachfolge .....</b>                                                 | <b>20</b>     |
| <b>C. Rechtsobjekte .....</b>                                                   | <b>21</b>     |
| 1. Der Unternehmensbegriff .....                                                | 21            |
| 1.1. <i>KSchG</i> .....                                                         | 21            |
| 1.2. <i>Gesamtsache</i> .....                                                   | 22            |
| 1.3. <i>Auf Dauer angelegte Organisation</i> .....                              | 24            |
| 1.4. <i>Wirtschaftliche Tätigkeit</i> .....                                     | 26            |
| 1.5. <i>Entgeltlichkeit</i> .....                                               | 28            |
| 1.6. <i>Mehrere Unternehmen</i> .....                                           | 29            |
| 1.7. <i>Unternehmen und Betrieb</i> .....                                       | 29            |
| <b>D. Formen der Rechtsnachfolge im Rahmen eines Unternehmenserwerbs .....</b>  | <b>30</b>     |
| 1. Singularsukzession – „Asset deal“ .....                                      | 30            |
| 2. Partielle Singularsukzession .....                                           | 30            |
| 3. Universalsukzession – „Share deal“ .....                                     | 30            |
| 4. Partielle Universalsukzession .....                                          | 31            |
| IV. Überlegungen zum Unternehmenserwerb im Rahmen einer Singularsukzession..... | 31            |
| <br><b>II. DAS VERPFLICHTUNGSGESCHÄFT .....</b>                                 | <br><b>32</b> |
| I. Rechtsgeschäftliche Erklärungen im Transaktionsvorfeld .....                 | 32            |
| <b>A. Klassifikationsprobleme.....</b>                                          | <b>33</b>     |
| <b>B. Der Vorvertrag.....</b>                                                   | <b>34</b>     |
| 1. Inhaltliche Anforderungen.....                                               | 35            |
| 2. Geänderte Umstände.....                                                      | 36            |
| 3. Vertrauensverlust .....                                                      | 37            |
| 4. Formgebot.....                                                               | 37            |
| 5. Gebühren- und verkehrssteuerliche Folgen .....                               | 38            |
| 6. Praktische Bedeutung .....                                                   | 38            |
| <b>C. Die Punktation .....</b>                                                  | <b>39</b>     |
| 1. Inhaltliche und formelle Anforderungen .....                                 | 40            |
| 2. Abgrenzungsfragen.....                                                       | 40            |
| 3. Gebühren- und verkehrssteuerliche Folgen .....                               | 41            |
| 4. Praktische Bedeutung .....                                                   | 41            |

|                                                               |    |
|---------------------------------------------------------------|----|
| <b>D. Der Letter of Intent</b>                                | 41 |
| 1. Grundsätzliche Unverbindlichkeit des LoI und deren Grenzen | 42 |
| 2. Bindende Teile eines LoI                                   | 44 |
| <b>E. Das Memorandum of Understanding</b>                     | 45 |
| 1. Abgrenzung zu anderen Instrumenten                         | 45 |
| <b>F. Das Term Sheet</b>                                      | 46 |
| 1. Abgrenzung zu anderen Instrumenten                         | 46 |
| <br>II. Der Unternehmenskaufvertrag                           | 46 |
| <b>A. Individualisierung des zu übertragenden Vermögens</b>   | 47 |
| <b>B. Sachgesamtheiten</b>                                    | 48 |
| <br><b>III. DAS VERFÜGUNGSGESCHÄFT</b>                        | 48 |
| I. Zivilrechtliche Regelungen                                 | 48 |
| <b>A. Zession</b>                                             | 48 |
| <b>B. Erfüllungübernahme</b>                                  | 49 |
| <b>C. Schuldübernahme</b>                                     | 50 |
| 1. Privative Schuldübernahme                                  | 50 |
| 2. Kumulative Schuldübernahme (Schuldbeitritt)                | 50 |
| 3. Gesetzlicher Schuldbeitritt                                | 50 |
| <b>D. Vertragsübernahme</b>                                   | 51 |
| <b>E. Übertragungsbeschränkungen</b>                          | 52 |
| 1. Vinkulierungen                                             | 52 |
| 2. Aufgriffsrechte                                            | 53 |
| 3. Abtretungsverbot                                           | 55 |
| 4. Veräußerungs- und Belastungsverbot                         | 55 |
| 5. Sonstige Beschränkungen                                    | 56 |
| 6. Rechtliche Konsequenzen aus Übertragungsbeschränkungen     | 56 |
| <br>II. Unternehmensrechtliche Regelungen                     | 57 |
| <b>A. Die deutsche Regelung als Ursprung</b>                  | 57 |
| 1. Entstehungsgeschichte                                      | 57 |
| 2. Normzweck                                                  | 58 |
| 2.1. Zum Theorienstreit                                       | 58 |
| 2.2. Zur Kontinuitätstheorie Karsten Schmidts                 | 60 |
| 3. Anwendungsbereich                                          | 63 |
| 3.1. Abgrenzung zu § 28 dHGB                                  | 63 |
| 3.2. Analoge Anwendung                                        | 64 |
| 3.3. Insolvenz                                                | 66 |
| 4. Tatbestandsmerkmale                                        | 67 |
| 4.1. Erwerbsobjekt                                            | 67 |
| a. Handelsgeschäft                                            | 67 |
| b. Zweigniederlassung                                         | 67 |
| c. Teilerwerb                                                 | 67 |
| d. Firmenführung                                              | 68 |
| 4.2. Geschäftserwerb                                          | 68 |
| a. Allgemeines                                                | 68 |
| b. Rückerwerb des Verpächters, Weiterverpachtung              | 71 |
| 4.3. Geschäftsfortführung                                     | 72 |

|                                                                        |            |
|------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.4. Firmenfortführung .....                                           | 72         |
| a. Allgemeines .....                                                   | 72         |
| b. Veränderungen.....                                                  | 74         |
| 4.5. Ergänzung durch Rechtsscheinstatbestände?.....                    | 76         |
| a. Notwendigkeit.....                                                  | 76         |
| b. Reichweite .....                                                    | 76         |
| c. Fallgruppen.....                                                    | 77         |
| i. Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft.....                          | 77         |
| ii. Rechtsschein der Fortführung des Unternehmens.....                 | 78         |
| iii. § 15 dHGB.....                                                    | 80         |
| iv. Enthaltungsvereinbarung .....                                      | 80         |
| 4.6. Rechtsfolge: Haftung des Erwerbers .....                          | 80         |
| a. Grundverständnis .....                                              | 80         |
| i. Ausgangspunkt.....                                                  | 80         |
| ii. Vertragsüberleitungsnorm.....                                      | 83         |
| iii. Dispositionsmöglichkeit.....                                      | 83         |
| iv. Relevanz des § 25 Abs 1 S 2 dHGB .....                             | 84         |
| v. Kreditbereich .....                                                 | 85         |
| b. Haftungsumfang .....                                                | 85         |
| c. Prozessuales .....                                                  | 88         |
| d. Schuldnerschutz gemäß § 25 Abs 1 S 2 dHGB .....                     | 88         |
| i. Grundverständnis .....                                              | 88         |
| ii. Einwilligung.....                                                  | 91         |
| iii. Einschränkungen .....                                             | 92         |
| e. § 25 Abs 2 dHGB .....                                               | 92         |
| i. Vereinbarung .....                                                  | 92         |
| ii. Bekanntmachung.....                                                | 93         |
| iii. Rechtsfolgen.....                                                 | 95         |
| 1. Allgemeines .....                                                   | 95         |
| 2. Ausschluss des Rechtsscheinsschutzes .....                          | 95         |
| 3. § 25 Abs 3 dHGB .....                                               | 95         |
| <b>B. Die österreichische Regelung des HGB.....</b>                    | <b>97</b>  |
| 1. Allgemeines; Normzweck .....                                        | 97         |
| 2. Die Haftung des Erwerbers bei Geschäfts- und Firmenfortführung..... | 99         |
| 3. Rechtsfolgen .....                                                  | 102        |
| 4. Keine Haftung.....                                                  | 103        |
| 5. Die Haftung des Erwerbers aus besonderem Verpflichtungsgrund.....   | 105        |
| 6. Der Übergang der Forderungen .....                                  | 106        |
| 7. Unberührt bleibende Bestimmungen .....                              | 107        |
| 8. Reformbedarf der österreichischen Regelung .....                    | 108        |
| 8.1. Historisch.....                                                   | 108        |
| 8.2. Materiellrechtlich .....                                          | 109        |
| 8.3. Umsetzung.....                                                    | 111        |
| <b>C. Die Regelung des § 38 UGB .....</b>                              | <b>112</b> |
| 1. Unternehmen.....                                                    | 113        |
| 1.1. Exkurs: Zur Anwendbarkeit auf Pachtverhältnisse .....             | 114        |
| 2. Unternehmensfortführung.....                                        | 119        |
| 3. Irrelevanz der Firmenfortführung .....                              | 120        |
| 4. Übergang von Rechtsverhältnissen.....                               | 120        |
| 5. Übergehende Rechtsverhältnisse .....                                | 122        |
| 6. Zeitpunkt des Übergangs .....                                       | 123        |

|                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|
| 7. Rechtsgeschäftliche Abweichung .....                                   | 123 |
| 8. Mitteilungspflicht .....                                               | 124 |
| 9. Widerspruchsrecht .....                                                | 124 |
| 10. Frist .....                                                           | 128 |
| 11. Rechtsfolge .....                                                     | 129 |
| 12. Haftung .....                                                         | 130 |
| 12.1. Haftung des Veräußerers .....                                       | 130 |
| 12.2. Haftung des Erwerbers .....                                         | 131 |
| 12.3. Haftungsausschluss.....                                             | 132 |
| III. Beim Unternehmenserwerb in Betracht kommende weitere Haftungen ..... | 135 |
| A. §§ 1409 ABGB .....                                                     | 135 |
| 1. Allgemeines .....                                                      | 135 |
| 2. Tatbestandliche Voraussetzungen .....                                  | 138 |
| 2.1. Übernahme .....                                                      | 138 |
| 2.2. Vermögen .....                                                       | 140 |
| 2.3. Unternehmen.....                                                     | 143 |
| a. Unternehmensübernahme .....                                            | 143 |
| b. Verhältnis zu § 38 UGB .....                                           | 144 |
| c. Dauerschuldverhältnisse .....                                          | 144 |
| 2.4. Die zum Vermögen oder Unternehmen gehörigen Schulden.....            | 146 |
| 3. Kennen und Kennenmüssen .....                                          | 148 |
| 4. Nahe Angehörige .....                                                  | 150 |
| B. § 302 ABGB .....                                                       | 151 |
| C. § 67 Abs 4 ASVG.....                                                   | 152 |
| D. § 67 Abs 6 bis 8 ASVG.....                                             | 153 |
| E. § 67 Abs 9 ASVG.....                                                   | 153 |
| F. § 38 Abs 2 BSVG.....                                                   | 154 |
| G. § 25 a BUAG.....                                                       | 154 |
| H. § 14 BAO.....                                                          | 156 |
| I. § 15 BAO.....                                                          | 157 |
| J. § 16 BAO.....                                                          | 158 |
| IV. Gesetzlicher Vertragseintritt .....                                   | 159 |
| A. §§ 3, 6 AVRAG .....                                                    | 159 |
| 1. § 3 AVRAG .....                                                        | 160 |
| 2. § 6 AVRAG .....                                                        | 163 |
| 2.1. Zur Anwendbarkeit im Konkurs des Unternehmens .....                  | 164 |
| B. Mietverträge .....                                                     | 168 |
| 1. Vollanwendungsbereich des MRG .....                                    | 168 |
| 1.1. § 12a MRG.....                                                       | 168 |
| a. Entstehungsgeschichte .....                                            | 170 |
| b. Anwendungsbereich .....                                                | 171 |
| 1.2. § 46 MRG.....                                                        | 171 |
| 1.3. Teilanwendungsbereich des MRG .....                                  | 174 |
| a. ABGB – Miete .....                                                     | 175 |
| b. Kritik.....                                                            | 175 |
| 2. Versicherungsverträge .....                                            | 176 |
| 2.1. Sachversicherungen .....                                             | 176 |
| 2.2. Haftpflichtversicherungen .....                                      | 177 |
| 2.3. Rechtsschutzversicherungen .....                                     | 177 |

|                                                                                     |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3. Lizenzverträge .....                                                             | 177        |
| 3.1. Patenzlizenz .....                                                             | 177        |
| 3.2. Halbleiterschutzrecht.....                                                     | 178        |
| 3.3. Marke .....                                                                    | 179        |
| 3.4. Werknutzungsverträge .....                                                     | 180        |
| <b>C. Einzelfragen.....</b>                                                         | <b>183</b> |
| 1. Höchstpersönliche Rechtsverhältnisse.....                                        | 183        |
| 2. Übertragung von Liegenschaften.....                                              | 183        |
| 3. Fortbestand von bestellten Sicherheiten .....                                    | 184        |
| 3.1. Hypotheken .....                                                               | 184        |
| 3.2. Pfandrechte an beweglichen Sachen .....                                        | 185        |
| 3.3. Bürgschaften .....                                                             | 185        |
| 4. Höchstpersönliche Reche.....                                                     | 185        |
| 5. Übertragung von Beteiligungen.....                                               | 186        |
| 5.1. Kapitalgesellschaften.....                                                     | 187        |
| a. Aktiengesellschaft.....                                                          | 187        |
| b. GmbH .....                                                                       | 187        |
| 5.2. Personengesellschaften.....                                                    | 188        |
| 5.3. Genossenschaften .....                                                         | 188        |
| 5.4. Stille Gesellschaft .....                                                      | 188        |
| <b>D. Öffentlich-rechtliche Vorschriften .....</b>                                  | <b>189</b> |
| 1. Verwaltungsrecht .....                                                           | 189        |
| 1.1. Ausländerbeschäftigungsgesetz .....                                            | 190        |
| 1.2. Betriebsanlagengenehmigung.....                                                | 190        |
| 1.3. Baurecht.....                                                                  | 190        |
| 1.4. Wasserrecht .....                                                              | 191        |
| 1.5. Umweltrecht.....                                                               | 191        |
| 1.6. Naturschutz .....                                                              | 192        |
| 1.7. Forstrecht .....                                                               | 192        |
| 1.8. Gewerberecht.....                                                              | 192        |
| a. Gewerbeberechtigung .....                                                        | 193        |
| 2. Verwaltungsverfahrensrecht .....                                                 | 195        |
| 3. Abgabenrechtliche Überlegungen beim Unternehmenserwerb .....                     | 195        |
| 3.1. Verteilungsbegünstigung .....                                                  | 196        |
| 3.2. Hälftesteuersatz .....                                                         | 196        |
| 3.3. Steuerfreibetrag .....                                                         | 197        |
| <b>V. Zeitpunkt der Rechtsnachfolge und rechtliche Konsequenzen bei Mängel.....</b> | <b>197</b> |
| <b>A. Übergang von Rechten und Pflichten beim Unternehmenserwerb .....</b>          | <b>197</b> |
| <b>B. Haftungsfragen vor dem Abschluss des Unternehmenskaufvertrages.....</b>       | <b>198</b> |
| 1. Relevante Grundsätze vorvertraglicher Haftung .....                              | 199        |
| 1.1. Haftung aus einer Verletzung von Aufklärungspflichten.....                     | 199        |
| 1.2. Haftung aus dem Abbruch von Vertragsverhandlungen .....                        | 201        |
| 1.3. Haftung für Stellvertreter und Erfüllungsgehilfen.....                         | 202        |
| 2. Umfang der Ersatzpflicht; Rechtsfolgen der culpa in contrahendo .....            | 203        |
| <b>C. Haftungsfragen nach Abschluss des Unternehmenskaufvertrages.....</b>          | <b>205</b> |
| 1. Gewährleistung .....                                                             | 205        |
| 2. Schadenersatz .....                                                              | 207        |
| 3. Irrtum .....                                                                     | 208        |

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| VI. Zivilprozessrechtliche Überlegungen ..... | 208 |
| A. <b>Zivilprozessordnung</b> .....           | 208 |
| B. <b>Exekutionsordnung</b> .....             | 209 |
| IV. <b>ZUSAMMENFASSUNG</b> .....              | 211 |

## Abkürzungsverzeichnis

### A

|         |                                                                                             |
|---------|---------------------------------------------------------------------------------------------|
| aaO     | am angegebenen Ort                                                                          |
| ABGB    | Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch                                                         |
| abl     | ablehnend                                                                                   |
| ABl     | Amtsblatt                                                                                   |
| Abs     | Absatz                                                                                      |
| ADHGB   | Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch                                                     |
| aE      | am Ende                                                                                     |
| aF      | alte Fassung                                                                                |
| AG      | Aktiengesellschaft                                                                          |
| AHGB    | Allgemeines Handelsgesetzbuch                                                               |
| AktG    | Aktiengesetz                                                                                |
| Allg    | allgemein                                                                                   |
| aM      | anderer Meinung                                                                             |
| AN      | Arbeitnehmer                                                                                |
| AngG    | Angestelltengesetz                                                                          |
| Anh     | Anhang                                                                                      |
| Anm     | Anmerkung(en)                                                                               |
| AnwBl   | Österreichisches Anwaltsblatt                                                               |
| AO      | Ausgleichsordnung                                                                           |
| Arb     | Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen, herausgegeben von <i>Tades</i> , früher vom BMJ |
| ArbVG   | Arbeitsverfassungsgesetz                                                                    |
| ARD     | ARD-Betriebsdienst                                                                          |
| Arge    | Arbeitsgemeinschaft                                                                         |
| Art     | Artikel                                                                                     |
| ASVG    | Allgemeines Sozialversicherungsgesetz                                                       |
| Aufl    | Auflage                                                                                     |
| AußStrG | Außerstreitgesetz                                                                           |
| AVG     | Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz                                                     |
| AVRAG   | Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz                                                      |

### B

|           |                                                                  |
|-----------|------------------------------------------------------------------|
| BAG       | Bundesarbeitsgericht                                             |
| BAO       | Bundesabgabenordnung                                             |
| Bd(e)     | Band (Bände)                                                     |
| Begr RegE | Begründung zum Regierungsentwurf                                 |
| Beih      | Beiheft                                                          |
| BG        | Bundesgesetz                                                     |
| BGB       | Bürgerliches Gesetzbuch (dt)                                     |
| BGBI      | Bundesgesetzblatt                                                |
| BGH       | Bundesgerichtshof (dt)                                           |
| Blg       | Beilage                                                          |
| BlgNR     | Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates |
| BM        | Bundesminister, Bundesministerium                                |
| BMJ       | Bundesminister(ium) für Justiz                                   |
| bzgl      | bezüglich                                                        |
| bzw       | beziehungsweise                                                  |

**C**

cic culpa in contrahendo

**D**

dBGB deutsches Bürgerliches Gesetzbuch  
 dBGBI deutsches Bundesgesetzblatt  
 ders derselbe  
 dgl dergleichen  
 dh das heißt  
 dHGB deutsches Handelsgesetzbuch  
 dies dieselbe(n)  
 diesbzgl diesbezüglich  
 DRdA Das Recht der Arbeit  
 dRGBI deutsches Reichsgesetzblatt  
 dt deutscher, -e, -es  
 dzt derzeit

**E**

E Entscheidung(en)  
 EB Erläuternde Bemerkungen  
 ecolex ecolex, Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht  
 EG Europäische Gemeinschaft(en)  
 EGHGB Einführungsgesetz zum dHGB  
 EG-RL Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft(en)  
 EGV Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft  
 Entw Entwurf  
 EO Exekutionsordnung  
 Erg Ergänzung  
 Erg-Bd Ergänzungsband  
 Erl Erlass, Erläuterungen, Erläuternde Bemerkungen  
 Erläut Erläuterungen  
 ErläutRV Erläuterungen zur Regierungsvorlage  
 ErlRV Erläuterungen zur Regierungsvorlage  
 EStG Einkommenssteuergesetz  
 etc et cetera  
 EU Europäische Union  
 EU-GesRÄG EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz  
 EuGH Europäischer Gerichtshof  
 EU-RL Richtlinien der Europäischen Union  
 EvBl Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen, in:  
 Österreichische Juristen-Zeitung  
 EVHGB Vierte Einführungsverordnung zum Handelsgesetzbuch  
 EWG Europäische Wirtschaftsgemeinschaft  
 EWR Europäischer Wirtschaftsraum

**F**

f folgender, -e, -es  
 FB Firmenbuch  
 FBG Firmenbuchgesetz  
 ff und die folgenden  
 FN Fußnote  
 FS Festschrift, Fachsenat

**G**

|             |                                                |
|-------------|------------------------------------------------|
| G           | Gesetz                                         |
| GA          | Gutachten                                      |
| GBIÖ        | Gesetzblatt für das Land Österreich            |
| gem         | gemäß                                          |
| GoB         | Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung         |
| GeS aktuell | Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht |
| GesBR       | Gesellschaft bürgerlichen Rechts               |
| GesRÄG      | Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz             |
| GesRZ       | Der Gesellschafter                             |
| GewO        | Gewerbeordnung                                 |
| GmbH        | Gesellschaft mit beschränkter Haftung          |
| GroßK       | Großkommentar                                  |

**H**

|          |                                                                                                                       |
|----------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| hA       | herrschende Ansicht                                                                                                   |
| HaRÄG    | Handelsrechts-Änderungsgesetz                                                                                         |
| HBzKSchG | Handbuch zum Konsumenschutzgesetz                                                                                     |
| HG       | Handelsgericht                                                                                                        |
| HGB      | Handelsgesetzbuch                                                                                                     |
| hL       | herrschende Lehre                                                                                                     |
| hM       | herrschende Meinung                                                                                                   |
| HRefG    | Handelsrechtsreformgesetz (dt)                                                                                        |
| Hrsg     | Herausgeber                                                                                                           |
| hrsg     | herausgegeben                                                                                                         |
| hRsp     | herrschende Rechtsprechung                                                                                            |
| HS       | Handelsrechtliche Entscheidungen, herausgegeben von <i>Stanzl, Friedl, Steiner</i> , fortgeführt von <i>Jabornegg</i> |

**I**

|         |                                    |
|---------|------------------------------------|
| idF     | in der Fassung                     |
| idgF    | in der geltenden Fassung           |
| idR     | in der Regel                       |
| idS     | in diesem Sinne                    |
| idZ     | in diesem Zusammenhang             |
| ie      | id est                             |
| ieS     | im engeren Sinn                    |
| igZ     | im gegebenen Zusammenhang          |
| immolex | Neues Miet- und Wohnrecht          |
| ImmZ    | Österreichische Immobilien-Zeitung |
| insb    | insbesondere                       |
| IO      | Insolvenzordnung                   |
| iS      | im Sinne                           |
| iSd     | im Sinne des, der                  |
| iSv     | im Sinne von                       |
| iVm     | in Verbindung mit                  |
| iwS     | im weiteren Sinn                   |
| iZw     | im Zweifel                         |

**J**

|     |                                               |
|-----|-----------------------------------------------|
| JAB | Justizausschussbericht                        |
| JAP | Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung |
| JB1 | Juristische Blätter                           |
| JN  | Jurisdiktionsnorm                             |

**K**

|       |                               |
|-------|-------------------------------|
| KEG   | Kommandit-Erwerbsgesellschaft |
| KG    | Kommanditgesellschaft         |
| KO    | Konkursordnung                |
| Komm  | Kommentar                     |
| krit  | kritisch                      |
| KSchG | Konsumentenschutzgesetz       |
| KStG  | Körperschaftsteuergesetz      |

**L**

|         |                                     |
|---------|-------------------------------------|
| Lbl-Slg | Loseblatt-Sammlung                  |
| LGBI    | Landesgesetzblatt                   |
| LGZ     | Landesgericht für Zivilrechtssachen |
| lit     | litera                              |
| Lit     | Literatur                           |
| lt      | letzter, -e, -es                    |

**M**

|           |                                                               |
|-----------|---------------------------------------------------------------|
| maW       | mit anderen Worten                                            |
| ME        | Ministerialentwurf                                            |
| mE        | meines Erachtens                                              |
| Miet(Slg) | Mietrechtliche Entscheidungen, herausgegeben von Würth, Hurch |
| MinEntw   | Ministerialentwurf                                            |
| Mio       | Million(en)                                                   |
| Mrd       | Milliarde(n)                                                  |
| MRG       | Mietrechtsgesetz                                              |
| MünchHB   | Münchener Handbuch                                            |
| MünchK    | Münchener Kommentar                                           |
| mwN(w)    | mit weiteren Nachweisen                                       |

**N**

|      |                                          |
|------|------------------------------------------|
| NR   | Nationalrat                              |
| Nr   | Nummer                                   |
| NRsp | Neue Rechtsprechung des OGH, Beilage ÖJZ |
| Nw   | Nachweis(e)                              |
| NZG  | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht  |

**O**

|         |                                                  |
|---------|--------------------------------------------------|
| oä      | oder Ähnliche(s)                                 |
| OEG     | Offene Erwerbsgesellschaft                       |
| OG      | Offene Gesellschaft                              |
| OGH     | Oberster Gerichtshof                             |
| OHG     | Offene Handelsgesellschaft                       |
| ÖJT     | Österreichischer Juristentag                     |
| ÖJZ     | Österreichische Juristen-Zeitung                 |
| ÖJZ-LSK | Österreichische Juristen-Zeitung, Leitsatzkarte  |
| OLG     | Oberlandesgericht                                |
| ÖStZ    | Österreichische Steuer-Zeitung                   |
| oZw     | ohne Zweifel                                     |
| ÖZW     | Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |

**P**

|      |                |
|------|----------------|
| ppa  | per procura    |
| Prot | Protokoll      |
| PS   | Privatstiftung |

**R**

|      |                                       |
|------|---------------------------------------|
| RdW  | Österreichisches Recht der Wirtschaft |
| RK   | Reform-Kommentar                      |
| RL   | Richtlinie                            |
| ROHG | Reichsoberhandelsgericht              |
| Rsp  | Rechtsprechung                        |
| Rspr | Rechtsprechung                        |
| RV   | Regierungsvorlage                     |
| Rz   | Randziffer                            |

**S**

|        |                                                                                                                                            |
|--------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| SE     | Societas Europaea; Europäische Gesellschaft                                                                                                |
| Slg    | Sammlung                                                                                                                                   |
| sog    | sogenannter, -e, -es                                                                                                                       |
| SpaltG | Spaltungsgesetz                                                                                                                            |
| str    | strittig                                                                                                                                   |
| strA   | strittige(r) Ansicht                                                                                                                       |
| strM   | strittige(r) Meinung                                                                                                                       |
| stRsp  | ständige Rechtsprechung                                                                                                                    |
| SWI    | Steuer & Wirtschaft international                                                                                                          |
| SWK    | Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei                                                                                              |
| SZ     | Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern |

**U**

|         |                                        |
|---------|----------------------------------------|
| uä      | und ähnliche(s)                        |
| ua      | und andere                             |
| uam     | und andere(s) mehr                     |
| ÜbG     | Übernahmegesetz                        |
| ÜbRÄG   | Übernahmerechts-Änderungsgesetz        |
| udgl    | und dergleichen                        |
| UGB     | Unternehmensgesetzbuch                 |
| UmgrStG | Umgründungssteuergesetz                |
| umstr   | umstritten                             |
| UmwG    | Umwandlungsgesetz                      |
| unstr   | unstrittig                             |
| URÄG    | Unternehmensrechts-Änderungsgesetz     |
| URG     | Unternehmensreorganisationsgesetz      |
| USt     | Umsatzsteuer                           |
| UStG    | Umsatzsteuergesetz                     |
| usw     | und so weiter                          |
| uU      | unter Umständen                        |
| uva     | und viele(s) andere                    |
| UWG     | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb |
| uwN     | und weitere Nachweise                  |

**V**

|      |                        |
|------|------------------------|
| va   | vor allem              |
| VfGH | Verfassungsgerichtshof |
| vgl  | vergleiche             |
| VO   | Verordnung             |
| Vorb | Vorbemerkung(en)       |
| VwGH | Verwaltungsgerichtshof |

**W**

|      |                               |
|------|-------------------------------|
| wbl  | Wirtschaftsrechtliche Blätter |
| WEG  | Wohnungseigentumsgesetz       |
| WKÖ  | Wirtschaftskammer Österreich  |
| WoBl | Wohnrechtliche Blätter        |
| wobl | Wohnrechtliche Blätter        |

**Z**

|       |                                                 |
|-------|-------------------------------------------------|
| ZAS   | Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht    |
| zB    | zum Beispiel                                    |
| ZBl   | Zentralblatt für die juristische Praxis         |
| ZIK   | Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz |
| zit   | zitiert                                         |
| ZPO   | Zivilprozessordnung                             |
| zT    | zum Teil                                        |
| zust  | zustimmend                                      |
| zutr  | zutreffend                                      |
| zutrA | zutreffender Ansicht                            |

## I. EINLEITUNG

### I. Thematik

Unternehmenskäufe und –verkäufe sind aus dem heutigen Wirtschaftsleben kaum mehr wegzudenken. Trotz häufiger derartiger Transaktionen bestehen rechtliche Unklarheiten und immer wieder auftretende Probleme für die Vertragsparteien.

Man unterscheidet bei einem solchen Erwerb grundsätzlich zwei Modelle, die im Rahmen des Kaufes oder Verkaufes von Unternehmen oder deren Vermögenswerten zum Tragen kommen können: entweder werden die dem Unternehmen entspringenden Vermögenswerte unmittelbar erworben, oder der Erwerb findet mittelbar durch den Erwerb von Anteilen am Unternehmen statt.

Beim Erwerb einzelner Vermögenswerte spricht man von einer Singularsukzession, einer Einzelrechtsnachfolge oder in der englisch dominierten Fachsprache von einem sog „Asset deal“. Der Begriff des Vermögenswertes umfasst dabei sachenrechtliche sowie schuldrechtliche Positionen, für die die jeweils gesetzlich vorgesehene Übertragungsform nicht übersehen werden darf. Etwaige Zustimmungen von Drittparteien eines Vertrages, sachenrechtliche Formvorschriften und daraus resultierende Rechtsfolgen sind Problemkreise, die nicht zu vernachlässigen sind, wenn eine Transaktion erfolgreich abgeschlossen werden soll.

Des Weiteren sind mit dem Handelsrechts-Änderungsgesetz<sup>1</sup>, dem Übernahmerechtsänderungsgesetz 2006<sup>2</sup> und 2008<sup>3</sup>, sowie dem Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2007<sup>4</sup> zahlreiche wesentliche Neuerungen im Vergleich zur davor geltenden Rechtslage eingetreten, die zum Teil erhebliche Auswirkungen auf den Erwerb eines Unternehmens haben können.

Die vorliegende Arbeit soll Problemkreise aufzeigen, Lösungsansätze liefern und einen Überblick über die rechtlichen Konsequenzen im Rahmen einer singularsukzessiven Transaktion schaffen. Gleichzeitig soll sie dem Leser aber auch einen Überblick über Judikatur und Literatur ermöglichen und somit Anstoß zu einer kritischen Betrachtung derselben geben.

---

<sup>1</sup> BGBl I 2005/120.

<sup>2</sup> BGBl I 2006/75.

<sup>3</sup> BGBl I 2008/70.

<sup>4</sup> BGBl I 2007/72.

## II. Arbeitsaufbau

Einleitend werden zum umfassenden Verständnis wesentliche Begriffe im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Unternehmens erläutert. „Was macht ein Unternehmen aus?“, „Wer kann ein Unternehmen erwerben?“, und „In welcher Form kann ein Unternehmen erworben werden?“ sind dabei die zentralen Fragen, die zu beantworten sind.

Davon ausgehend folgt die vorliegende Arbeit dem Muster eines typischen Unternehmenskaufes:

Zunächst werden die verschiedenen, im wirtschaftlichen Leben gebräuchlichen Formen rechtsgeschäftlicher Erklärungen dargestellt, die der Übertragung eines Unternehmens vorausgehen.

In der Folge werden anhand des Verfügungsgeschäftes zunächst die „gewöhnlichen“ zivilrechtlichen Vorgaben beleuchtet, um im Weiteren näher auf die spezifisch unternehmensrechtlichen Regelungen einzugehen. Damit soll sich insbesondere die Notwendigkeit einer solchen spezifischen Regelung für einen singularsukzessiven Unternehmenserwerb zeigen.

Bevor sich die Arbeit der geltenden Rechtslage des § 38 UGB widmet, führt sie zu dessen historischen Wurzeln, wobei nicht nur die Vorgängerregelung des § 25 HGB und ihre Reformbedürftigkeit, sondern auch die deutsche Ursprungsregelung des § 25 dHGB dargestellt wird. Neben dem zentralen Fokus auf speziell unternehmensrechtliche Haftungsregelungen, insbesondere § 38 UGB, geht die vorliegende Arbeit sodann auf weitere mögliche Haftungsregelungen ein, die beim Unternehmenserwerb ebenso in Betracht kommen. Diese sind zum einen Teil rein zivilrechtlicher Natur, zum anderen handelt es sich um speziell versicherungs- und abgabenrechtliche Bestimmungen.

Daraufhin stellt die Arbeit einen Auszug wesentlicher Regelungen dar, die einen gesetzlichen Vertragseintritt vorsehen. Diese sollten im Rahmen eines Unternehmenserwerbs nicht übersehen werden, binden derartig „übertragene“ Rechtsverhältnisse doch die beteiligten Parteien schon von Gesetzes wegen.

Abschließend erläutert die Arbeit den Zeitpunkt des Übergangs von Rechten und Pflichten und klärt weitere Haftungsfragen, die sich erst nach Abschluss des Unternehmenskaufvertrages ergeben könnten.

### III. Begriffserklärung

#### A. Rechtssubjekte

Ein Rechtssubjekt ist, wer Träger von Rechten und Pflichten sein kann zu sein.<sup>5</sup>

Natürlichen Personen kommt dabei bereits mit ihrer Geburt die volle Rechtsfähigkeit zu.<sup>6</sup> Sie können infolgedessen auch Träger erwerblicher Rechte sein.<sup>7</sup> Werden Vermögenswerte eines Unternehmens erworben, erfolgt dies jedoch in der Praxis vor allem nicht durch natürliche, sondern durch juristische Personen.

Dahingehend normiert § 26 ABGB<sup>8</sup>: „[...] Im Verhältnisse gegen andere genießen erlaubte Gesellschaften in der Regel gleiche Rechte mit den einzelnen Personen. [...]“. Demnach kommt auch juristischen Personen kraft Gesetzes eine besonders eingeräumte Rechtsfähigkeit im selben Ausmaß wie natürlichen Personen zu. Diese juristischen Personen werden von der Rechtsordnung als selbstständige Träger von Rechten und Pflichten anerkannt<sup>9</sup>. Welche Personenverbände entsprechend als juristische Person Rechtsfähigkeit wie natürliche Personen genießen, sagt § 26 ABGB allerdings nicht.<sup>10</sup>

Als Rechtssubjekt kommt einer Gesellschaft somit auch im Rahmen ihrer Geschäftsfähigkeit die Möglichkeit zu, Rechtsobjekte zu erwerben bzw zu veräußern.<sup>11</sup> Rechtssubjekte, die Eigentümer von Rechtsobjekten, insbesondere von den einem Unternehmen zugeordneten Sachen, gleichzeitig aber auch Schuldner hinsichtlich der Verpflichtungen und Belastungen eines Unternehmens sind, werden auch Rechtsträger genannt.

---

<sup>5</sup> Aicher in Rummel<sup>3</sup>, § 16 Rz 6.

<sup>6</sup> Siehe § 16 ABGB: „Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Slavery oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht, wird in diesen Ländern nicht gestattet.“; eine Ausnahme besteht gemäß § 22 ABGB für den ungeborenen Säugling; allerdings ist von der Rechtsfähigkeit die Handlungsfähigkeit zu unterscheiden; dies ist die Fähigkeit, durch potentiell einsichtsbestimmtes Verhalten Rechtswirkungen hervorzurufen und beginnt nicht bereits mit der Geburt.

<sup>7</sup> § 18 ABGB; Ostheim, Rechtsfähigkeit 100 ff.

<sup>8</sup> § 26 ABGB: „Die Rechte der Mitglieder einer erlaubten Gesellschaft unter sich werden durch den Vertrag oder Zweck und die besondern für dieselben bestehenden Vorschriften bestimmt. Im Verhältnisse gegen Andere genießen erlaubte Gesellschaften in der Regel gleiche Rechte mit den einzelnen Personen. Unerlaubte Gesellschaften haben als solche keine Rechte, weder gegen die Mitglieder, noch gegen Andere, und sie sind unfähig, Rechte zu erwerben. Unerlaubte Gesellschaften sind aber diejenigen, welche durch die politischen Gesetze ins besondere verboten werden, oder offenbar der Sicherheit, öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten widerstreiten.“

<sup>9</sup> Koziol/Welser, I<sup>13</sup>, 62.

<sup>10</sup> Siehe zu § 26 ABGB Aicher in Rummel<sup>3</sup>, § 26 Rz 1ff.

<sup>11</sup> Vgl § 355 ABGB: „Alle Sachen sind insgemein Gegenstände des Eigentumsrechtes, und jedermann, den die Gesetze nicht ausdrücklich ausschließen, ist befugt, dasselbe durch sich selbst oder durch einen andern in seinem Namen zu erwerben.“

## 1. Die in Frage kommenden Arten von Rechtsträgern

### 1.1. Natürliche Personen

Natürliche Personen treten in der Geschäftswelt insbesondere als Einzelunternehmer auf. Sie können als solche Rechtsträger sein.

Natürliche Personen können auch als Mitglieder einer GesbR einem wirtschaftlichen oder ideellen Zweck nachgehen. Die Gesellschaftsform der GesbR ist jedoch nach übereinstimmendem Meinungsstand von Literatur<sup>12</sup> und Judikatur<sup>13</sup> keine eigenständige juristische Person.<sup>14</sup> Sie kann daher als solche auch nicht Träger von Rechten und Pflichten sein. Diese Rechte und Pflichten werden durch die einzelnen Mitglieder der GesbR ausgeübt, die unmittelbar und mit ihrem Privatvermögen haften.<sup>15</sup>

### 1.2. Personengesellschaften

Personengesellschaften des österreichischen Rechts sind die offene Gesellschaft (OG) sowie die Kommanditgesellschaft (KG).

Bisher umstritten war, ob Personengesellschaften juristische Personen sind.<sup>16</sup> Die hL und Rspr verneinten dies.<sup>17</sup> Die Mindermeinung sah sie jedoch als juristische Person an.<sup>18</sup> Die in der BRD wohl hM sieht in der OG eine der juristischen Person in vielen Beziehungen angenäherte Gesamthandgemeinschaft als eine von ihren Mitgliedern zu unterscheidende kollektive Rechtsperson.<sup>19</sup> Diese Sichtweise, für die sich Ansätze auch in der österreichischen Literatur<sup>20</sup> und Rspr<sup>21</sup> finden, sei aber auch nach der Rechtslage vor dem HaRÄG für das österreichische Recht angemessen gewesen.<sup>22</sup> Sie habe es ermöglicht, die Regeln für juristische Personen auf die Gesamthandgemeinschaft OG dort anzuwenden, wo es die organisatorische Einheit des Verbandes verlangt (nämlich idR im Außenverhältnis).

<sup>12</sup> Straube, Bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, 25 f; vgl dazu insgesamt Krejci in Krejci, ARGE Bauwirtschaft.

<sup>13</sup> So zB VfGH Slg 2676, 4099; SZ 7/25; 50/151; 63/179; NRsp 1994/245; wbl 1994, 408.

<sup>14</sup> Aicher in Rummel<sup>3</sup>, § 26 Rz 13.

<sup>15</sup> § 1175 ABGB: „Durch einen Vertrag, vermöge dessen zwei oder mehrere Personen einwilligen, ihre Mühe allein, oder auch ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigen, wird eine Gesellschaft zu einem gemeinschaftlichen Erwerbe errichtet.“; näheres siehe Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 2/1 – 86.

<sup>16</sup> Siehe sazu grundlegend Krejci, Gesellschaftsrecht I, 276 ff mwN.

<sup>17</sup> Fasching, Komm II 118; Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß<sup>5</sup>, 83 f; Hämmerle/Wünsch II<sup>3</sup>, 52; GIUNF 4568; SZ 10/240; 10/325; 21/170; 23/57; JBl 1950, 412; Arb 5554; SZ 28/209; HS Erg 130; SZ 32/87; Miet 8609, 8610; GesRZ 1979, 33.

<sup>18</sup> Wolff in Klang<sup>2</sup> 194 ff; Ostheim, Rechtsfähigkeit 168 ff; SZ 23/21; JBl 1953, 297.

<sup>19</sup> statt vieler Hueck, OHG<sup>4</sup>, 32 ff; Ulmer in Großkomm HGB II/1<sup>4</sup> Anm zu § 105; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht<sup>3</sup> 1352 f.

<sup>20</sup> Ehrenzweig, AT 195; Krejci, EEG, Rz 17.

<sup>21</sup> JBl 1952, 270; EvBl 1964/13; SZ 40/130.

<sup>22</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 15.

Diesen Gedanken hat der österreichische Gesetzgeber aufgegriffen und mit dem Handelsrechts-Änderungsgesetzes klargestellt, dass offene Gesellschaften und Kommanditgesellschaften als solche rechtsfähig und damit Träger von Rechten und Pflichten sind. Dabei handelt es sich nicht bloß um eine auf spezielle Aktivitäten beschränkte, sondern um eine umfassende Rechtsfähigkeit. Ob man angesichts des Umstands, dass die Komplementär-Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit ihrem Privatvermögen einzustehen haben, die Gesellschaft also nicht für sich allein „passiv vermögensfähig“ ist, offene Gesellschaften und Kommanditgesellschaften eben deshalb nicht zu den juristischen Personen zählt oder sie ungeachtet dessen als solche betrachtet, ist für den Gesetzgeber letztlich lediglich eine theoretische Frage gewesen.<sup>23</sup>

Es war Ansinnen des Entwurfs, dass die (Personen-)Gesellschaft selbst über eine umfassende Rechtsfähigkeit, die alle Rechte und Pflichten einer juristischen Person erfasst, verfügen soll, dies notwendigerweise mit der Besonderheit, dass nicht nur die Gesellschaft mit ihrem eigenen Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftsgläubigern haftet, sondern der Haftungsfonds um das Privatvermögen der (Komplementär-)Gesellschafter erweitert ist.<sup>24</sup>

Die eingetragene Erwerbsgesellschaft<sup>25</sup> ist bzw war – wie die OG und die KG – eine der juristischen Person weitgehend angenäherte Gesamthandschaft.<sup>26</sup> Auf sie waren daher die vormaligen Regeln in Anlehnung an die OG und KG anzuwenden. Eingetragene Erwerbsgesellschaften wurden aber mit 1. Jänner 2007 kraft Gesetzes<sup>27</sup> als OG bzw KG behandelt, sodass die bisherige Unterscheidung in Personengesellschaften des Handelsrechtes und eingetragene Erwerbsgesellschaften entfällt.<sup>28</sup>

Negative Rechtsformvorbehalte können dem Einsatz einer OG oder KG für bestimmte unternehmerische Zwecke entgegenstehen.<sup>29</sup> Dies gilt vor allem für unternehmerische Tätigkeiten im Bereich der Finanzdienstleistungen: so kann die Tätigkeit von Kreditinstituten, Börsen, Versicherungsunternehmen und Pensionskassen nicht in Rechtsform einer Personengesellschaft ausgeübt werden.<sup>30</sup>

<sup>23</sup> Vgl hiezu Dellinger, Personengesellschaften in der Liquidation, 5 ff mwN.

<sup>24</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP.

<sup>25</sup> EGG, BGBl 1990/257 idF FBG.

<sup>26</sup> Zu den Einzelheiten Krejci, EGG, Rz 16 ff.

<sup>27</sup> Siehe die Übergangsnorm des § 907 Abs 2 UGB: „Vor dem 1. Jänner 2007 entstandene offene Handelsgesellschaften, offene Erwerbsgesellschaften und Kommanditerwerbsgesellschaften gelten unbeschadet der Abs. 8 bis 14 mit 1. Jänner 2007 als offene Gesellschaften bzw. Kommanditgesellschaften. Sofern ihr Gegenstand auf eine unternehmerische Tätigkeit gerichtet ist, gelten sie ab diesem Zeitpunkt als Unternehmer im Sinne von § 1 in der Fassung des Handelsrechts-Änderungsgesetzes, BGBl. I Nr. 120/2005.“

<sup>28</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP.

<sup>29</sup> Vgl ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 36; Krejci in Krejci, RK UGB § 105 Rz 45.

<sup>30</sup> § 5 Abs 1 Z 1 BWG, § 3 Abs 1 Z 1 BörseG, § 3 Abs 1 VAG, § 6 Abs 1 PKG.

### 1.3. Kapitalgesellschaften

Die Aktiengesellschaft<sup>31</sup> sowie die Gesellschaft mit begrenzter Haftung<sup>32</sup> sind umfassend rechtsfähig, nicht aber deren Haupt- oder Zweigniederlassung.<sup>33</sup> Die Rechtsfähigkeit von AG und GmbH entsteht mit der Eintragung im Firmenbuch.<sup>34</sup>

Seit 2004 steht weiters die Societas Europaea (SE) oder Europäische Aktiengesellschaft (Europäische Gesellschaft) als supranationale Gesellschaftsform neben der nationalen AG.<sup>35</sup> Die SE ist eine nach den Vorgaben der SE-VO im Gebiet der Gemeinschaft gegründete (Handels-)Gesellschaft mit Rechtspersönlichkeit und somit juristische Person.<sup>36</sup>

### 1.4. Genossenschaften, Sparkassen, Vereine, Stiftungen

Privatrechtliche Körperschaften, wie insbesondere der Idealverein nach dem VerG 1951<sup>37</sup>, der Wirtschaftsverein nach VerPat 1852<sup>38</sup>, der Sparkassenverein<sup>39</sup>, die Genossenschaften<sup>40</sup>, die Erneuerungsgemeinschaften<sup>41</sup> und die Versicherungsvereine nach dem VAG 1978<sup>42</sup> sind juristische Personen.

Die Privatstiftung darf – vorbehaltlich rechtsformbezogener Tätigkeitsgrenzen<sup>43</sup> – zu jedem erlaubten gemeinnützigen und wirtschaftlichen Zweck errichtet werden. Sie entsteht mit der Eintragung ins Firmenbuch<sup>44</sup> und genießt als Eigentümerloses Vermögen Rechtspersönlichkeit.<sup>45</sup>

### 1.5. Öffentlich-rechtliche Körperschaften

Auch öffentlich-rechtliche Körperschaften, wie insbesondere ausländische Staaten<sup>46</sup>, inländische Gebietskörperschaften<sup>47</sup> wie der Bund und die Länder, aber auch Stiftungen und

<sup>31</sup> Siehe § 1 AktG; dazu *Jabornegg*, GesRZ 1988, 179, 1989, 13.

<sup>32</sup> So §§ 2, 61 GmbHG.

<sup>33</sup> NRsp 1990/231.

<sup>34</sup> Zur Problematik der Vorgesellschaft siehe zB *Torggler* in *Straube*, GmbHG § 2; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 2 Rz 5.

<sup>35</sup> Zur Geschichte und Rechtsentwicklung der SE siehe *Oechsler* in MünchKomm AktG<sup>2</sup> Art 1 SE-VO Rz 1 ff.

<sup>36</sup> *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/1070.

<sup>37</sup> Anmeldeunabhängige Rechtsfähigkeit bei erlaubtem Zweck; näheres *Aicher* in *Rummel*<sup>3</sup>, § 26 Rz 31.

<sup>38</sup> Rechtsfähigkeit mit Konzessionserteilung; OGH JBl 1957, 76.

<sup>39</sup> §§ 4 ff SpG.

<sup>40</sup> §§ 8, 12 GenG, Rechtsfähigkeit durch Firmenbucheintragung.

<sup>41</sup> §§ 12, 32 StEG, Rechtsfähigkeit durch Firmenbucheintragung.

<sup>42</sup> Rechtsfähigkeit großer Versicherungsvereine durch Firmenbucheintragung, § 39 VAG, der kleinen Versicherungsvereine durch Konzessionserteilung, § 62 Abs 4, § 31 VAG.

<sup>43</sup> § 1 Abs 2 PSG, aber auch § 2 Abs 3 InvFG, § 2 Abs 1 VAG, § 2 PKG.

<sup>44</sup> § 7 Abs 1 PSG.

<sup>45</sup> SZ 70/92; 6 Ob 331/98i.

<sup>46</sup> EvBl 1964/208.

<sup>47</sup> SZ 40/66; JBl 1950, 290.

Fonds nach dem BStFG<sup>48</sup> und die zahlreichen Personalkörperschaften<sup>49</sup> sind juristische Personen.<sup>50</sup> Ebenso werden insbesondere politische Parteien<sup>51</sup> sowie Kirchen und Religionsgesellschaften<sup>52</sup> zu den juristischen Personen gezählt.

## B. Rechtsnachfolge

Eine Nachfolge in Rechten setzt notwendigerweise voraus, dass ein Subjekt, das Träger von Rechten und Pflichten sein kann, in die Rechte eines anderen Rechtssubjekts eintreten kann. Rechtsnachfolge bedeutet dabei insbesondere, dass die übertragenen Rechte unverändert bleiben. Bis auf die grundsätzliche Ausnahme höchstpersönlicher Rechte sind alle Rechte und Pflichten übertragungsfähig.<sup>53</sup>

Dabei können nicht nur natürliche, also physische Personen, sondern wie bereits oben dargelegt auch juristische Personen als Rechtssubjekte in die Rechte anderer Rechtssubjekte eintreten.

---

<sup>48</sup> Im Einzelnen siehe *Aicher in Rummel*<sup>3</sup>, § 26 Rz 5.

<sup>49</sup> Organisationen der gewerblichen Wirtschaft (Landeskammern, Bundeskammer, Fachgruppen und Fachverbände, § 3 WKG 1998); die Kammern für Arbeiter und Angestellte (auf Länderebene) und die Bundeskammer für Arbeiter u Angestellte (§ 3 AKG 1992); Landwirtschaftskammern und Bezirksbauernkammern, nicht jedoch allfällige Ortsausschüsse (nach den Landes-Landwirtschaftskammergesetzen); Landarbeiterkammern (nach den Landes-Landarbeiterkammergesetzen); Ärztekammern in den Bundesländern (§ 65 Abs 2 ÄrzteG 1998) und Österreichische Ärztekammer (§ 117 Abs 2 ÄrzteG 1998); Dentistenkammer, nicht jedoch deren Landesgeschäftsstellen (§ 18 DTG); Landestierärztekammern und Bundestierärztekammer (§ 29 TÄG); Apothekerkammer, nicht jedoch deren Landesgeschäftsstellen (§ 1 ApKG); Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammern (Länderkammern) und Bundes-Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer (§ 1 Abs 3 ZTKG); Kammer der Wirtschaftstreuhänder (§ 145 Abs 2 WTBG 1999); Rechtsanwaltskammern und Österreichischer Rechtsanwaltskammertag (§§ 22, 35 RAO); Patentanwaltskammer (§ 30 PAnwG); Notariatskollegien und Gruppe der Notare und Notariatskandidaten (§ 124 Abs 3 NO), Notariatskammern (§ 128 Abs 4 NO), Österreichische Notariatskammer (§ 140 Abs 1 NO); Sozialversicherungsträger und deren Hauptverband (§ 32 ASVG); Österreichische Hochschülerschaft sowie die Hochschülerschaften an den einzelnen Universitäten u Hochschulen (§ 2 HSG 1998); Landesjagdverbände; Landesfischereiverbände; Bezirks- und Landesfeuerwehrverbände; Interessengemeinschaften wie Wassergenossenschaften und Wasserverbände; Jagdgenossenschaften und Fischereirevierausschüsse; Beitragsgemeinschaften nach den Landesstraßenverwaltungsgesetzen; nicht aber Straßenausschuß; Agrargemeinschaften.

<sup>50</sup> Siehe Aufzählung bei *Aicher in Rummel*<sup>3</sup>, § 26 Rz 4-11.

<sup>51</sup> Art I § 1 PartG 1975: (neue) politische Parteien erlangen Rechtsfähigkeit durch Hinterlegung der Satzung beim Bundesministerium für Justiz: siehe dazu *Aicher in Rummel*<sup>3</sup>, § 26 Rz 7.

<sup>52</sup> Gesetzlich anerkannte Kirchen und Religionsgesellschaften sind rechtsfähig: siehe zB für die katholische Kirche insb das Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhl und der Republik Österreich BGBl II 1934/2, für die evangelische Kirche A. u. H.B. (Augsburgischen und Helvetischen Bekenntnisses) BGBl 1961/182 und für die griechisch-orientalische (orthodoxe) Kirche in Österreich BGBl 1967/229. Gesetzlich nicht anerkannte Kirchen und Religionsgesellschaften (religiöse Bekenntnisgemeinschaften) können hingegen unter bestimmten Voraussetzungen Rechtspersönlichkeit erwerben: siehe dazu das Bundesgesetz über die Rechtspersönlichkeit von religiösen Bekenntnisgemeinschaften (BGBl I 1998/19).

<sup>53</sup> Näheres dazu siehe III.II.C.5.

## C. Rechtsobjekte

Rechtsobjekte sind Gegenstände, auf die sich subjektive Rechte wie zB das Eigentumsrecht beziehen können und die der Berechtigte in seiner Rechtsmacht hat<sup>54</sup>. Die typischen Rechtsobjekte sind Sachen, wobei der Sachbegriff des ABGB überaus weit angelegt ist<sup>55</sup>. Sachen können aber nicht nur körperliche Gegenstände, sondern auch unkörperliche, wie etwa Forderungsrechte und Immaterialgüterrechte<sup>56</sup>, sein.

### 1. Der Unternehmensbegriff

Der Begriff des Rechtsobjekts „Unternehmen“ weist durch seine Komplexität weit mehr Unklarheiten auf, als die zuvor behandelte Rechtssubjektivität juristischer Personen.

#### 1.1. KSchG

Der Unternehmensbegriff fand vor dem HaRÄG insbesondere in der Kodifizierung des KSchG Niederschlag, das hinsichtlich seines Anwendungsbereiches zwischen dem Verbraucher auf der einen und dem Unternehmer auf der anderen Seite zu differenzieren versuchte.<sup>57</sup> Gem § 1 Abs 1 Z 1 KSchG ist Unternehmer, wer über ein Unternehmen verfügt. Der Begriff des Unternehmens ist in § 1 Abs 2 KSchG geregelt und stellt jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit dar, auch wenn sie nicht auf Gewinn gerichtet ist. Der Unternehmensbegriff ist demnach weit gefasst. Das KSchG stellte weder auf den Kaufmannsbegriff noch auf den des Handelsgewerbes iSd der alten Rechtslage des HGB<sup>58</sup> ab.<sup>59</sup> Das KSchG ging also von einem weiteren Unternehmerbegriff aus als das

---

<sup>54</sup> Koziol/Welser, I<sup>13</sup>, 83.

<sup>55</sup> Vgl § 285 ABGB: „Alles, was von der Person unterschieden ist und zum Gebrauch der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt“.

<sup>56</sup> Siehe § 291 ABGB: „Die Sachen werden nach dem Unterschiede ihrer Beschaffenheit eingeteilt: in körperliche und unkörperliche; in bewegliche und unbewegliche; in verbrauchbare und unverbrauchbare; in schätzbare und unschätzbare.“

<sup>57</sup> § 1 KSchG: „(1) Dieses Hauptstück gilt für Rechtsgeschäfte, an denen 1. einerseits jemand, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört, (im folgenden kurz Unternehmer genannt) und 2. andererseits jemand, für den dies nicht zutrifft, (im folgenden kurz Verbraucher genannt) beteiligt sind. (2) Unternehmen im Sinn des Abs. 1 Z 1 ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. Juristische Personen des öffentlichen Rechts gelten immer als Unternehmer. (3) Geschäfte, die eine natürliche Person vor Aufnahme des Betriebes ihres Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür tätig, gehören noch nicht im Sinn des Abs. 1 Z 1 zu diesem Betrieb. (4) Dieses Hauptstück gilt nicht für Verträge, die jemand als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person (§ 51 Abs. 3 ASGG) mit dem Arbeitgeber schließt. (5) Die Bestimmungen des I. und des II. Hauptstücks sind auch auf den Beitritt zu und die Mitgliedschaft bei Vereinen anzuwenden, wenn diese zwar von ihren Mitgliedern Beiträge oder sonstige Geldleistungen verlangen, ihnen aber nur eingeschränkte Mitgliedschaftsrechte einräumen und die Mitgliedschaft nicht geschäftlichen Zwecken dient.“

<sup>58</sup> Siehe III.II.B

<sup>59</sup> ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 16; Welser, JBl 1980, 1 f; Krejci in Krejci, HBzKSchG 211; SZ 55/157; RZ 1984/59.

HGB, weil auch nichtkaufmännische Unternehmer erfasst waren.<sup>60</sup> Die dem HGB vorgeworfene Enge des Grundtatbestandes hat das KSchG bereits vor Bestehen des UGB nicht aufgewiesen. Völlig zu recht wird daher die Meinung vertreten, dass der Unternehmer- und Unternehmensbegriff des KSchG insofern Vorbildfunktion auch für die Weiterentwicklung des Handels- zum Unternehmerrecht hatte.<sup>61</sup>

### 1.2. Gesamtsache

Im Einklang mit dem Wirtschaftsleben setzt das Gesetz voraus, dass Unternehmen Rechtsobjekte sind, also „Sachen“ iSd weiten Sachbegriffs des § 285 ABGB<sup>62</sup>. So regelt insbesondere § 38 ff UGB neben zahlreichen anderen Bestimmungen den Erwerb eines Unternehmens unter Lebenden oder von Todes wegen.

Die offensichtliche Eigenart, die ein Unternehmen von anderen Gegenständen des Rechtsverkehrs unterscheidet und eine Sonderbehandlung rechtfertigt bzw in Wahrheit erforderlich macht, ist seine Komplexität.<sup>63</sup> Dieser Eigenschaft ist es auch zuzuschreiben, dass Unternehmen ganz herrschend als Gesamtsachen iSd § 302 ABGB qualifiziert werden.<sup>64</sup> Ein Unternehmen ist im Hinblick auf seine singularsukzessive Übertragung als Sondervermögen zu qualifizieren, das aus sachenrechtsfähigen Gegenständen sowie aus schulrechtlichen und immaterialgüterrechtlichen Rechtspositionen besteht, die durch den jeweiligen Unternehmenszweck miteinander verbunden sind.

Die Komplexität des Rechtsobjekts „Unternehmen“ erschwert dessen Einordnung eher auf der faktischen Seite. So erschwert es zB die interne Bewertung, die über die Möglichkeit einer Transaktion entscheidet und die Spanne bestimmt, in der sich der vereinbarte Preis letztlich

---

<sup>60</sup> So insb die Angehörigen der freien Berufe (Apotheker, Ärzte, Dentisten, Notare, Patentanwälte, Rechtsanwälte, Tierärzte, Wirtschaftstreuhänder, Ziviltechniker; bzgl all dieser gibt es eigene Kammerorganisationen; die Verkehrsauffassung anerkennt aber noch zahlreiche andere Tätigkeiten als freiberufliche: zB Schriftsteller, Übersetzer, Privatgelehrte, Erfinder, Privatlehrer, Wissenschaftler, Künstler; näheres bei *Straube* in *Straube*<sup>3</sup> § 1 Rz 16 und 18; *Krejci*, EGG § 1 Rz 93) und die land- und forstwirtschaftlichen Tätigkeiten, die sich mit der wirtschaftlichen Bodennutzung zur Gewinnung organischer Produkte befassen (insb Acker-, Wein-, Obst-, Wiesen-, Hopfen-, Gemüse-, Tabakbau, Nutzpflanzengärtnerei) sowie mit Viehzucht auf zur Nutzung verfügbarem Boden bzgl Zucht und Pflege landwirtschaftlicher Nutztiere (Rinder, Schweine, Pferde, Schafe, Bienen, Geflügel) und Erzeugung tierischer Produkte, vgl *Straube* in *Straube*<sup>3</sup>, § 3 Rz 6–8. Zu nennen sind ferner all jene gewerblichen Tätigkeiten, die nicht unter § 1 HGB gefallen sind und die Dimension eines gewerblichen Unternehmers iSd § 2 HGB nicht erreicht haben.

<sup>61</sup> *Krejci/K.Schmidt*, Unternehmensgesetz; *Krejci*, Grundtatbestandbildung, FS *Bydlinski*, 219.

<sup>62</sup> Siehe bereits *Pisko*, Rechtsverkehr, 2 ff, 5 ff; *denselben* in *Ehrenberg*, Handbuch II/1, 195 ff; außerdem zB *Oppikofer*, Unternehmensrecht, 131; *Klang* in *Klang*<sup>2</sup> II, 39; *Karollus/Huemer/M. Harrer*, Casebook, 50; *Kalss/Schauer*, Handelsrecht, Rz 8/2; vgl aber auch *Krejci* in *Dehn/Krejci*, UGB<sup>2</sup>, 49; *denselben*, in: *Heldrich/Prölss/Koller*, FS *Canaris*, 736; *denselben* in *Krejci*, RK UGB, Vor §§ 38–40 Rz 5.

<sup>63</sup> *Torggler*, jbl 2008, 137.

<sup>64</sup> ZB OGH 1 Ob 580/52, SZ 25/266; *Klang* in *Klang*<sup>2</sup> II 39; *Chalupsky* in *Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe*, Unternehmungen, 20; *Koziol/Welser*, I<sup>13</sup>, 255; *Iro*, Sachenrecht<sup>3</sup> Rz 1/18; *Eccher* in *KBB*<sup>2</sup> § 302 Rz 1; *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht<sup>2</sup>, Rz 761.

bewegen wird.<sup>65</sup> Besonders schwer hat es der Käufer, der die Details des Kaufobjekts und die möglicherweise damit verbundenen Risiken nicht kennt. Dazu hat sich ein Überprüfungs-Prozess eingebürgert, der in der englisch dominierten Fachsprache „Due Diligence“ genannt wird.<sup>66</sup> Schon dabei gleitet aber die Problematik in rechtliches Gebiet, geht es doch zu einem guten Teil darum, wertbestimmende Haftungsrisiken zu erkennen.<sup>67</sup> Auch diese Unsicherheiten werden durch die Komplexität des Kaufgegenstands „Unternehmen“ potenziert.

Es folgen daran Aufstellung und Abschluss des Kaufvertrags. Einmal mehr bereitet ein Unternehmen besondere Probleme, nämlich wenn es gilt, den Kaufgegenstand möglichst genau zu beschreiben.<sup>68</sup> Auch werden in Form von Freistellungsvereinbarungen, Garantiezusagen oder Vorkehrungen zur Anpassung des Kaufpreises auf die bekannten Risiken Rücksicht genommen.<sup>69</sup> Korrekturmechanismen sind idR außerdem auch deswegen notwendig, weil zwischen dem sog „Signing“, dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts, und dem „Closing“, der Verfügung über das Unternehmen und sein Zubehör, notwendig eine manchmal recht erhebliche Zeitspanne liegt, in der sich wesentliche Eigenschaften des Kaufobjekts ändern können.<sup>70</sup>

Das leitet über zu dem weiteren Problemkreis, der mit der Komplexität des Rechtsobjekts zusammenhängt, nämlich dem des Verfügungsgeschäfts. Dabei muss nicht nur die Hauptsache, also das Unternehmen, übertragen werden, sondern auch sein vielfältiges und üblicherweise zahlreiches Zubehör, sodass sich die Frage stellt, inwieweit der regelmäßig gewünschte Übergang zu einem Stichtag<sup>71</sup> überhaupt möglich ist. Ein anderes, bereits angedeutetes Problem des „ Closings“ lautet, dass sich die wirtschaftliche Einheit „Unternehmen“ seit dem Vertragsabschluss oft schon erheblich verändert hat, also über

<sup>65</sup> Siehe dazu G. Mandl/Rabel in Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe, Unternehmungen, 41; Hölter in Hölter, Handbuch<sup>6</sup>, Teil I Rz 140, 176 ff; Widmann, ebenda, Teil II Rz 22 ff, 409 ff.

<sup>66</sup> Siehe dazu Hölter in Hölter, Handbuch<sup>6</sup>, Teil I Rz 142, 172 ff; Semler, ebenda Teil VII Rz 29 ff; Picot in Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung<sup>3</sup>, 61 ff; Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf<sup>12</sup>, Rz 12 ff.

<sup>67</sup> Vgl zB Reich-Rohrwig/Hanslik, ecolex 2006, 632 ff; Günther in Schütze/Weipert, Vertragshandbuch II<sup>4</sup>, 114; Widmann in Hölter, Handbuch<sup>6</sup>, Teil II Rz 30.

<sup>68</sup> Ausführlich Günther in Schütze/Weipert, Vertragshandbuch II<sup>4</sup>, 106 ff, 128 ff; vgl auch Chalupsky in Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe, Unternehmungen, 31 f.

<sup>69</sup> ZB Reich-Rohrwig/Hanslik, ecolex 2006, 635; Günther in Schütze/Weipert, Vertragshandbuch II<sup>4</sup>, 174 ff, 186 ff, 192 f, 244; Thurn/Ziegenhain in Walz, Beck'sches Formularhandbuch, M4 § 16 mit Anm 10, 12, 55.

<sup>70</sup> Vgl Chalupsky in Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe, Unternehmungen, 33, 35 f; Kletter in Hausmaninger/Petsche/Vartian, Wiener Vertragshandbuch I: Wirtschaftsrecht, 69; Hölter in Hölter, Handbuch<sup>6</sup>, Teil I Rz 187; Semler, ebenda Teil VII Rz 89; Thurn/Ziegenhain in Walz, Formularhandbuch, M.4 § 10 mit Anm 39; Günther in Schütze/Weipert, Vertragshandbuch II<sup>4</sup>, 108 f, 190, 217; Picot in Picot, Unternehmenskauf<sup>3</sup>, 94.

<sup>71</sup> Ausführlich Günther in Schütze/Weipert, Vertragshandbuch II<sup>4</sup>, 108 f, 111, 189 ff; siehe auch Picot in Picot, Unternehmenskauf<sup>3</sup>, 112, 210; Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf<sup>12</sup>, Rz 22 ff.

Vermögensgegenstände verfügt wird, deren Existenz beim Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts möglicherweise nicht einmal vorhersehbar war.<sup>72</sup>

### 1.3. Auf Dauer angelegte Organisation

Die Unternehmereigenschaft setzt eine auf Dauer angelegte Ausrichtung der wirtschaftlichen Tätigkeit voraus. Nicht maßgeblich ist, ob sie tatsächlich dauerhaft ausgeübt wird, solange nur die planmäßige Absicht auf eine kontinuierliche Tätigkeit gerichtet ist.<sup>73</sup> Eine solche Absicht ist dann anzunehmen, wenn sie auf eine grundsätzlich offene Zahl von Geschäftsabschlüssen hin ausgerichtet ist, die einen dauerhaften Erwerb ermöglichen<sup>74</sup>, sie darf sich von ihrer Intention her also nicht in der Vornahme von Einzelhandlungen oder Gelegenheitsgeschäften erschöpfen. Ist diese Absicht gegeben, können aber selbst einmalige Handlungen, die planmäßig in Wiederholungsabsicht vorgenommen werden, unternehmensbezogen sein, wenn sie in der Folge auch keine tatsächliche Fortsetzung finden.<sup>75</sup> Die bloße Absicht für eine dauerhafte unternehmerische Tätigkeit genügt allerdings dann nicht, wenn sie sich gar nicht in einer tatsächlichen Geschäftstätigkeit verwirklicht, so etwa, wenn sich – wenn auch erst im Nachhinein – zeigt, dass die Tätigkeit über Vorbereitungshandlungen nicht hinausgegangen ist, sondern gleich wieder eingestellt wurde.<sup>76</sup> Die Rsp hat schon bisher zur Rechtslage vor dem HaRÄG die Kaufmannseigenschaft bei Gründungsgeschäften verneint, wenn die Absicht zum Betrieb eines Handelsgewerbes nicht „zur Ausführung gelangte“.<sup>77</sup> Durch die Ausnahme von Vorbereitungsgeschäften<sup>78</sup> aus dem Vierten Buch des UGB wird diese Frage nunmehr entschärft; diese gelten für sich genommen auf Seite des Gründungsunternehmers noch nicht als unternehmensbezogene Geschäfte<sup>79</sup>. Dessen ungeachtet muss das Tatbestandsmerkmal der dauerhaften Ausrichtung der wirtschaftlichen Tätigkeit im Ergebnis auch in der tatsächlichen Aufnahme des Betriebs zum Ausdruck kommen.

<sup>72</sup> Vgl. auch Günther in Schütze/Weipert, Vertragshandbuch II<sup>4</sup>, 129 f.; Semler in Hölters, Handbuch<sup>6</sup>, Teil VII Rz 77.

<sup>73</sup> Dehn in Krejci, RK UGB § 1 Rz 18.

<sup>74</sup> Siehe auch Straube in Straube<sup>3</sup>, § 1 Rz 5.

<sup>75</sup> Dehn in Krejci, RK UGB § 1 Rz 18.

<sup>76</sup> Die Rsp hat schon bisher die Kaufmannseigenschaft bei Gründungsgeschäften verneint, wenn die Absicht zum Betrieb eines Handelsgewerbes nicht „zur Ausführung gelangte“ (EvBl 1974/247 = HS 9231; wbl 1992, 96)

<sup>77</sup> EvBl 1974/247 = HS 9231; wbl 1992, 96; aA Kramer in Straube<sup>3</sup>, § 343 Rz 11; siehe auch M. Schauer, § 343 Rz 16.

<sup>78</sup> Siehe § 343 Abs 3 UGB: „Geschäfte, die eine natürliche Person vor Aufnahme des Betriebes ihres Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür tätigt, gelten noch nicht als unternehmensbezogene Geschäfte.“

<sup>79</sup> Siehe Schauer in Krejci, RK UGB § 343 Rz 17, insbesondere dahingehend, dass davon aber die Möglichkeit unberührt bleibt, dass das Geschäft dem Vierten Buch unterliegt, weil es für den anderen Vertragsteil unternehmensbezogen ist.

Umgekehrt kann aber auch eine tatsächlich dauerhaft ausgeübte Tätigkeit die Unternehmereigenschaft begründen, wenn die ursprüngliche Zielsetzung gar nicht auf eine kontinuierliche Erwerbstätigkeit ausgelegt war.<sup>80</sup> Dies kann insb dann der Fall sein, wenn sich die Durchführung von Gelegenheitsgeschäften mit der Zeit so verdichtet, dass sie als dauerhafte, regelmäßige und organisierte Tätigkeit wahrgenommen werden muss. Wann dieser Punkt erreicht wird, ist von der Art der Tätigkeit abhängig und kann nur im Einzelfall beurteilt werden.

„Auf Dauer angelegt“ bedeutet nicht „unbefristet“ oder „sehr lange“. Befristete Tätigkeiten wie Saisonbetriebe (zB Eissalon) stehen diesem Merkmal ebenso wenig entgegen wie vorübergehende Unterbrechungen. Entscheidend ist, ob durch die – wenn auch unterbrochene – Tätigkeit eine Kontinuität in der Unternehmensträgerschaft gegeben ist.<sup>81</sup>

Die auf Dauer und eine Vielzahl von Geschäftsabschlüssen angelegte Ausrichtung der wirtschaftlichen Tätigkeit kann nicht vom Erfordernis ihrer Organisation getrennt werden. Unter Organisation wird allgemein „ein von einer Personengruppe gebildetes Aktions- und Handlungssystem mit dem Zweck fortgesetzter Verfolgung eines relativ genau umschriebenen Zieles unter rationalem Einsatz zweckdienlicher Mittel“ verstanden.<sup>82</sup> Dieses sehr weite Verständnis des Organisationsbegriffes erfordert eine Abgrenzung von sonstigen, nicht-unternehmerischen Organisationen. Sie liegt in dem in § 1 Abs 2 UGB<sup>83</sup> für die Annahme eines Unternehmens weiteren genannten Kriterium einer „wirtschaftlichen Tätigkeit“, also in der Zielsetzung, durch die Organisation entgeltlich wirtschaftlich werthafte Leistungen auf einem offenen Markt zu erbringen.

Der Organisationsbegriff selbst wird in der genannten Art als Typus beschrieben, der verschiedene Elemente des Begriffs – objektive (Einrichtung, Sachwerte), subjektive (unternehmerische Idee und Zielsetzung, Art der Unternehmensführung) und organisatorisch-funktionale („lebendiges Wirken“) – beinhaltet.<sup>84</sup> Diese Aspekte können iS eines beweglichen Systems je nach Art des Unternehmens ganz unterschiedlich gewichtet sein. In diesem Zusammenhang stellt auch das Agieren einer Personengruppe nur ein typologisches Kriterium dar, ohne dass es darauf ankäme, ob im Einzelfall tatsächlich mehrere Personen tätig werden oder nicht.<sup>85</sup> Selbstverständlich kann daher auch eine einzelne natürliche Person auch ohne Hinzuziehung von Hilfspersonen Unternehmer sein. Auch eine geringe Ausstattungsdichte

<sup>80</sup> Dehn in Krejci, RK UGB § 1 Rz 19.

<sup>81</sup> Vgl K. Schmidt in MünchKomm<sup>2</sup>, § 1 Rz 30.

<sup>82</sup> siehe nur Krejci in Rummel<sup>3</sup>, KSchG § 1 Rz 15 mwN; ders, Handelsrecht<sup>3</sup>, 110.

<sup>83</sup> § 1 Abs 2 UGB: „Ein Unternehmen ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.“

<sup>84</sup> Krejci, Handelsrecht<sup>3</sup>, 110.

<sup>85</sup> Krejci in Dehn/Krejci, UGB<sup>2</sup>, 19; Dehn, ÖJZ 2006, 44 ff, 46.

(objektives Element) steht der Annahme einer „organisierten“ Tätigkeit nicht entgegen, wenn damit eine kontinuierliche selbstständige Erwerbsaktivität beabsichtigt ist. In Hinblick auf Autoren zB weist *Koziol*<sup>86</sup> zu Recht darauf hin, dass sie nicht schon bei längerer und/oder gelegentlicher Ausarbeitung eines Werks, sondern nur dann als Unternehmer angesehen werden können, wenn das Anbieten von Manuskripten selbst dauerhaft erfolgt. Nur damit wäre ein kontinuierlicher Marktauftritt verbunden.<sup>87</sup>

#### 1.4. Wirtschaftliche Tätigkeit

Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist das entgeltliche Anbieten wirtschaftlich werthafter Waren oder Leistungen auf einem Markt.<sup>88</sup> Die Beteiligung am wirtschaftlichen Leben muss im Geschäftsverkehr nach außen für die Allgemeinheit erkennbar sein.<sup>89</sup> § 1 UGB unterscheidet in keiner Weise mehr zwischen verschiedenen Arten von Waren oder Leistungen. Mit der generellen Bezugnahme auf eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ wurden die herkömmlichen Unterscheidungen zwischen gewerblicher, freiberuflicher, land- und forstwirtschaftlicher, handwerklicher, gemeinnütziger oder sonst nicht-kaufmännischer Tätigkeit zur Gänze aufgegeben. Vielmehr ist nun jede wirtschaftliche Tätigkeit, welcher Art auch immer, geeignet, die Unternehmereigenschaft zu begründen. Illustrativ kann dafür die „Veräußerung von angeschafften, selbst erzeugten oder verarbeiteten Waren, die Beförderung von Personen, Sachen und Nachrichten, die Gewährung von Krediten, die Übernahme von Risiken, die Vermittlungsdienste der Handelsvertreter und Handelsmäkler, persönliche Dienstleistungen, zB durch Krankenanstalten, aber auch alle sonstigen, einschließlich kultureller (Theater, Orchester) Leistungen, wenn sie auf privatwirtschaftlicher Basis der Allgemeinheit angeboten werden“, genannt werden.<sup>90</sup> Die Abgrenzung zwischen unternehmerischer und nicht-unternehmerischer Tätigkeit am Markt sei nicht nach der Art der Tätigkeit und Leistung (Gewerbe – freier Beruf, etc) vorzunehmen, sondern danach, ob sie in beabsichtigter Kontinuität, in organisierter Weise und gegen Entgelt erbracht werden soll.<sup>91</sup>

Bei vermietender Tätigkeit kann die Unternehmereigenschaft nach der Rsp<sup>92</sup> dann gegeben sein, wenn der Bestandgeber dritte Personen (zB Hausbesorger) beschäftigt und eine größere Zahl von Bestandverträgen abgeschlossen hat, die eine nach kaufmännischen Grundsätzen geführte Buchhaltung erfordern und die Einschaltung von anderen Unternehmen

---

<sup>86</sup> *Koziol*, JBl 2002, 769.

<sup>87</sup> *Dehn in Krejci*, RK UGB, § 1.

<sup>88</sup> siehe die ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP zu § 1 Abs 2 UGB; *Krejci*, Handelsrecht<sup>3</sup>, 110.

<sup>89</sup> *Dehn in Krejci*, RK UGB § 1 Rz 24.

<sup>90</sup> *Raisch*, Handelsrecht, 183.

<sup>91</sup> *Dehn in Krejci*, RK UGB § 1 Rz 25.

<sup>92</sup> zu § 1 KSchG.

oder Erfüllungsgehilfen notwendig macht. Dabei wurde als annähernde Richtzahl dafür die Vermietung von mehr als fünf Bestandobjekten genannt.<sup>93</sup> Aufgrund der Außenorientierung dieser Tätigkeit und des dafür erforderlichen Organisationsaufwandes sei dies daher auch für § 1 UGB anzunehmen.<sup>94</sup>

Voraussetzung muss das Anbieten der Waren und Leistungen auf einem offenen Markt sein. Die Größe des Markts ist dabei nicht von Bedeutung, selbst die Ausrichtung einer kontinuierlichen wirtschaftlichen Tätigkeit auf einen einzigen Großabnehmer stehe gegebenenfalls der Unternehmereigenschaft nicht entgegen.<sup>95</sup> Charakteristisch für einen Markt ist, dass der Anbieter einer Vielzahl von potenziellen Interessenten gegenübersteht. Mit einem Leistungsangebot bloß innerhalb einer Einrichtung (zB Selbstversorgungsbetrieb) werde dem nicht entsprochen; allerdings könne sich bei einer größeren Zahl an Nachfragenden bzw. Bezugsberechtigten auch ein „innerer Markt“ herausbilden, der eine entsprechende Vertriebsorganisation zur Bedienung dieser „Marktgegenseite“ erfordert (zB Buchklubgemeinschaften). Auch in diesem Fall sei von einer unternehmerischen Tätigkeit auszugehen.<sup>96</sup>

Bei Arbeitsgemeinschaften (zB in der Bauwirtschaft), die nur die wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Gesellschafter für die Durchführung eines bestimmten Projektes kooperativ binden, fehlt es für gewöhnlich an einer fortgesetzten, anbietenden Tätigkeit auf einem offenen Markt.<sup>97</sup> Mag die Abwicklung eines solchen Projektes oder Geschäftes auch längere Zeit in Anspruch nehmen, ist eine solche Tätigkeit daher dennoch nicht als unternehmerisch anzusehen. Dies war in Bezug auf die Frage der Gewerblichkeit von ARGE-Tätigkeiten bisher nicht unumstritten<sup>98</sup>, hat nunmehr aber in Zusammenhang mit § 8 Abs 3 UGB<sup>99</sup> insofern eine Klarstellung erfahren, als die Erläuterungen zu § 8 UGB eine Eintragungspflicht einer solchen GesBR – ausdrücklich wird dabei auch eine Bau-ARGE genannt – verneinen, „da sie typischerweise gerade nicht auf Dauer als Marktanbieter auftreten“. Bei fortgesetzten Kooperationen zur laufenden Übernahme von Aufträgen sei dies anders zu beurteilen.

Die Ausrichtung auf einen Markt hin ist auch bei bloßer Verpachtung eines Unternehmens oder bloßer Verwaltung eigenen Vermögens zu verneinen, ebenso für die Funktion einer

<sup>93</sup> ImmZ 1981, 268 = SZ 53/103; MietSlg. 45.179 = wobl 1994/68 = ecolex 1994, 228; MietSlg 51.209 = RdW 1999, 782 = ecolex 1999/2997 = immolex 2000/100; auch bei Veräußerung der Liegenschaft, JBl 1992, 796 = ImmZ 1993, 54 = SZ 65/37.

<sup>94</sup> vgl auch *Beig*, wobl 2006, 37 ff.

<sup>95</sup> *Dehn in Krejci*, RK UGB § 1 Rz 28.

<sup>96</sup> *Dehn*, ÖJZ 2006, 44 (46 f).

<sup>97</sup> vgl *Krejci in Krejci*, ARGE Bauwirtschaft, 1 f.

<sup>98</sup> kritisch etwa *Jabornegg/Rebhahn*, HGB, § 1 Rz 14 mwN.

<sup>99</sup> § 8 Abs 3 UGB: „Betreiben mehrere Personen ein Unternehmen in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 1175 ff ABGB) und überschreitet die Gesellschaft den Schwellenwert des § 189, so sind sie zur Eintragung der Gesellschaft als offene Gesellschaft oder als Kommanditgesellschaft verpflichtet.“

Holding, deren Gewerblichkeit schon bisher abgelehnt wurde<sup>100</sup>; bei Betriebsaufspaltungen in Besitz- und Betriebsgesellschaft wird sie nur der operativen Gesellschaft zugeordnet.<sup>101</sup>

### 1.5. Entgeltlichkeit

Schon im Zusammenhang mit § 1 HGB wurde die Notwendigkeit einer Gewinnerzielungsabsicht als konstitutives Merkmal einer gewerblichen Tätigkeit zunehmend als verfehlt angesehen<sup>102</sup>, weil ein Unternehmen auch ohne Gewinnstreben nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geführt werden kann. Betont wurde hier, dass das Gewinnstreben nur die innere Motivationslage des Unternehmers betrifft, nicht aber das nach außen orientierte professionelle Auftreten des Unternehmers im Geschäftsverkehr als eigentliches Regelungsanliegen des UGB.<sup>103</sup> Wie mit § 1 Abs 2 KSchG wird auf eine Gewinnerzielung nunmehr explizit verzichtet, die Erwerbszwecke eines Unternehmers werden damit von einer „Motivationserforschung“ losgelöst und objektiviert. Für die Annahme einer unternehmerischen Tätigkeit am Markt wird stattdessen – in Übereinstimmung mit dem gemeinschaftsrechtlichen Verständnis einer unternehmerischen Tätigkeit<sup>104</sup> – auf deren Entgeltlichkeit abgestellt.

Dieses Erfordernis ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut, wird jedoch auch in den ErläutRV zu § 1 Abs 2 UGB als Merkmal einer „Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit“ genannt. Notwendig ist damit die Absicht, für die erbrachten Leistungen eine Gegenleistung zu erhalten.<sup>105</sup> Entgeltlichkeit liegt vor, wenn auf beiden Seiten die Freigebigkeit der Leistung fehlt.<sup>106</sup> Ob das Entgelt letztlich zumindest für ein kostendeckendes Wirtschaften reicht, ist nicht maßgeblich.<sup>107</sup> Entscheidend ist nur, dass die Gegenleistung ein als Vergütung ernst zu nehmendes Entgelt darstellt.<sup>108</sup> Wird die Erbringung von Leistungen ausschließlich über Zuwendungen von dritter Seite (Beihilfen, Spenden, Subventionen, etc) finanziert, mit denen nicht eine konkrete Leistung abgegolten, sondern die anbietende Tätigkeit als solche ermöglicht und aufrecht erhalten werden soll, liegt

<sup>100</sup> *Jabornegg/Rebhahn*, HGB, § 1 Rz 15 mwN; *Kalss/Schauer*, Handelsrecht, Rz 2/11; *K. Schmidt* in *MünchKomm*<sup>2</sup>, § 1 Rz 28 sowohl für verwaltende als auch konzernleitende Holding.

<sup>101</sup> *Jabornegg/Rebhahn*, HGB, § 1 Rz 15; *K. Schmidt* in *MünchKomm*<sup>2</sup>, § 1 Rz 28; aA *Baumbach/Hopt*, HGB, § 1 Rz 18 mwN, da eine kaufmännische Einrichtung häufig auch für das Besitzunternehmen, namentlich bei unternehmerischem Einfluss auf die Betriebsgesellschaft, erforderlich sei.

<sup>102</sup> *Krejci*, Handelsrecht<sup>3</sup>, 26; *Kalss/Schauer*, Handelsrecht, Rz 2/14; siehe auch die Nw *Straube* in *Straube*<sup>3</sup>, § 1 Rz 6 ff; dezidiert nur für Ertragsabsicht zB *Jabornegg/Rebhahn*, HGB, § 1 Rz 17 mwN.

<sup>103</sup> *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 1 Rz 31.

<sup>104</sup> siehe *Micklitz* in *MünchKomm*<sup>4</sup>, BGB, § 14 Rz 17.

<sup>105</sup> *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 1 Rz 31.

<sup>106</sup> Vgl insgesamt *Reischauer* in *Rummel*<sup>3</sup>, § 917 Rz 1.

<sup>107</sup> *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 1 Rz 32.

<sup>108</sup> *K. Schmidt* in *MünchKomm*<sup>2</sup>, § 1 Rz 31.

keine Entgeltlichkeit vor. Dagegen schadet es nicht, wenn (defizitäre) Unternehmen zwar entgeltlich tätig werden, jedoch nur über solche Drittleistungen aufrecht erhalten werden können; auch diesfalls sind sie als Anbieter wirtschaftlich werthafter Leistungen auf dem Markt und damit als Unternehmer tätig.<sup>109</sup> Dass das Tätigwerden gegen Entgelt schon typologisch zur unternehmerischen Tätigkeit gehört, manifestiert sich nicht zuletzt auch im Entgeltlichkeitsprinzip des § 354 UGB.<sup>110</sup>

Von Bedeutung ist das fehlende Gewinnstreben insb dort, wo die wirtschaftliche Absicht nur auf Kostendeckung gerichtet ist, für die Tätigkeit öffentlicher (Versorgungs-) Unternehmen wie auch für sonstige gemeinnützige oder ideelle Tätigkeiten. Werden sie entgeltlich erbracht, sind ihre jeweiligen Rechtsträger Unternehmer.

### 1.6. Mehrere Unternehmen

Nicht die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit eines Unternehmers muss zwingend einem einzigen Unternehmen zugeordnet werden. Das Unternehmen wird als wirtschaftliche Einheit unter einheitlicher Organisation und gemeinsamer Ausrichtung auf einen bestimmten Unternehmenszweck verstanden.<sup>111</sup> Betreibt ein Unternehmer verschiedene, voneinander getrennte und wirtschaftlich selbstständige Einheiten mit unterschiedlichen Unternehmenszwecken (zB Tankstelle neben Gasthaus), so hat er mehrere Unternehmen. Dies ist etwa für die Möglichkeit der Führung verschiedener Firmen, die Reichweite der Bilanzierungspflicht oder einer Firmenbucheintragung von Bedeutung.<sup>112</sup>

### 1.7. Unternehmen und Betrieb

Der Unternehmensbegriff ist nicht mit dem des Betriebs gleichzusetzen.<sup>113</sup> Beim Betrieb wird die Zwecksetzung in einer technischen Betrachtungsweise in der Erzielung unmittelbarer Arbeitsergebnisse angenommen. Er stellt sich damit grundsätzlich als Teil eines Unternehmens dar.<sup>114</sup> Gerade im UGB erfährt der Betriebsbegriff in § 189 Abs 1 Z 2 UGB<sup>115</sup>

<sup>109</sup> vgl Krejci in Dehn/Krejci, UGB<sup>2</sup>, 22 f; Dehn, ÖJZ 2006, 47 f.

<sup>110</sup> § 354 Abs 1 UGB: „Ist in einem Geschäft kein Entgelt bestimmt und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart, so gilt ein angemessenes Entgelt als bedungen.“; näher dazu Schauer in Krejci, RK UGB § 354 Rz 1ff.

<sup>111</sup> Straube in Straube<sup>3</sup>, Vor § 1 Rz 29 mwN insb zur arbeitsverfassungsrechtlichen Differenzierung der § 33 ff ArbVG.

<sup>112</sup> Siehe Dehn in Krejci, RK UGB, § 8 Rz 16.

<sup>113</sup> Dehn in Krejci, RK UGB, § 1 Rz 39.

<sup>114</sup> Straube in Straube<sup>3</sup>, Vor § 1 Rz 29.

<sup>115</sup> § 189 UGB: „(1) Soweit in der Folge nichts anderes bestimmt wird, ist das Dritte Buch anzuwenden auf: 1. Kapitalgesellschaften und unternehmerisch tätige Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, 2. alle anderen mit Ausnahme der in Abs. 4 genannten Unternehmer, die hinsichtlich der einzelnen einheitlichen Betriebe jeweils mehr als 700 000 Euro Umsatzerlöse im Geschäftsjahr erzielen.“

jedoch noch eine spezifischere Ausprägung, die ihn sehr an den skizzierten Unternehmensbegriff annähert. Denn durch das dortige Abstellen auf die „einzelnen einheitlichen Betriebe“ sollten bewusst nur solche unternehmerische Einheiten erfasst werden, die für sich genommen ein hohes Maß an organisatorischer, wirtschaftlicher und technischer Selbstständigkeit haben.<sup>116</sup> Damit kann aber der Betriebsbegriff des § 189 UGB demjenigen des Unternehmens nahezu gleichgesetzt werden. Der in § 189 UGB gewählte Ausdruck „Betrieb“ sei insofern lediglich ein Hinweis auf das Bestreben, eine Harmonisierung mit dem Steuerrecht zu erreichen.<sup>117</sup>

## **D. Formen der Rechtsnachfolge im Rahmen eines Unternehmenserwerbs**

### **1. Singularsukzession – „Asset deal“**

Die Unterscheidung einer Singularsukzession (Einzelrechtsnachfolge) zur Universalsukzession (Gesamtrechtsnachfolge) bezieht sich auf die Art der Übertragung: Bei einer Singularsukzession sind die Übertragungsregeln des Sachenrechts für jede zu übertragende Sache oder jedes Recht einzeln sowie die durch das Schuldrecht konstituierten zusätzlich erforderlichen Maßnahmen einzuhalten. Neben einem Verpflichtungsgeschäft muss demnach für jede Rechtsposition bzw jedes Rechtsverhältnis ein Verfügungsgeschäft hinzutreten, um einen Rechtsübergang zu ermöglichen. Erst dann können einzelne Bestandteile eines Unternehmens ohne besondere gesetzliche Regelung jeweils isoliert von einander übergehen.

### **2. Partielle Singularsukzession**

Eine partielle Sukzession liegt vor, wenn ein Rechtsträger nur einen Teil seiner Rechtspositionen und Rechtsverhältnisse überträgt. IdR vollzieht sich diese in der Ausformung einer partiellen Singularsukzession.

### **3. Universalsukzession – „Share deal“**

Der Begriff der Universalsukzession (Gesamtrechtsnachfolge) drückt einen Anteilserwerb, also den Erwerb eines Rechtsträgers und insofern einen indirekten Unternehmenserwerb aus. Hinsichtlich der Vertragsverhältnisse zwischen dem Rechtsträger und dessen Vertragsparteien findet dadurch kein Wechsel in der Person des Vertragspartners statt. Es werden also nicht einzelne Vermögenswerte, Rechte und Pflichten übertragen,

<sup>116</sup> siehe auch die ErläutRV zum PuG, 1427 BlgNR 22. GP; sowie *Dehn in Krejci*, RK UGB, § 8 Rz 16.

<sup>117</sup> Zur Gleichsetzung von Betrieb und Unternehmen vgl auch *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht<sup>2</sup>, Rz 117.

sondern die Anteile an der Gesellschaft, die Eigentümerin der Vermögenswerte, Rechte und Pflichten ist.

Im Gegensatz zur Singularsukzession ersetzt ein einziger Übertragungsakt den Übergang sämtlicher Rechtspositionen und -verhältnisse. Rechte und Pflichten (Verbindlichkeiten) gehen dabei „*uno actu*“ über.<sup>118</sup>

Die Gesamtrechnachfolge sichert somit dem Erwerber die für ihn wichtige Vertragskontinuität. Die Gesellschaft wird mit all ihren Vermögensgegenständen, Rechten, aber auch Pflichten erworben. Vermögensgegenstände, die jedoch im Eigentum eines bestimmten Gesellschafters stehen, werden bei Übergang der Gesellschaftsbeteiligung nicht mit übertragen.

#### 4. Partielle Universalsukzession

Erst mit dem SpaltG 1993<sup>119</sup> wurde die Möglichkeit einer partiellen Universalsukzession durch den österreichischen Gesetzgeber eingeräumt, durch die auch einzelne Vermögensteile im Wege Gesamtrechnachfolge übertragen werden können.

### IV. Überlegungen zum Unternehmenserwerb im Rahmen einer Singularsukzession

§ 380 ABGB<sup>120</sup> statuiert die „Zweiaktigkeit“ des Eigentumserwerbes. Sie besteht typischerweise aus einem Verpflichtungs- und einem Verfügungsgeschäft. Das Verpflichtungsgeschäft stellt dabei den von § 380 ABGB geforderten Titel dar und versteht darunter jede rechtliche Möglichkeit, Eigentum zu erwerben.<sup>121</sup>

Die Erwerbungsart, der Modus, ist schließlich der Akt, der die rechtliche Erwerbsmöglichkeit realisiert. Er besteht zunächst in einem äußeren Vorgang, der sich beim Erwerb beweglicher Sachen grundsätzlich in der Übergabe, bei unbeweglichen Sachen in der Eintragung in das Grundbuch zeigt. Daneben ist nach heute überwiegender Auffassung<sup>122</sup> für den zweiseitigen Erwerb die Einigung der Parteien darüber nötig, dass das Eigentum an der Sache übergehen soll.<sup>123</sup>

Wie bereits oben dargelegt<sup>124</sup>, zeichnet sich der Charakter des singularsukzessiven Unternehmenserwerbes gerade dadurch aus, dass neben einem Verpflichtungsgeschäft für

<sup>118</sup> Koziol/Welser, I<sup>13</sup>, 213f, II<sup>13</sup> 520f; Helbich/Wiesner/Bruckner, Handbuch Umgründungen<sup>4</sup>, Rz 298ff.

<sup>119</sup> ErläutRV 1016 BlgNR 18. GP 4.

<sup>120</sup> § 380 ABGB: „*Ohne Titel und rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigentum erlangt werden.*“

<sup>121</sup> Zu den verschiedenen Erwerbsarten siehe Koziol/Welser, I<sup>13</sup>, 277ff.

<sup>122</sup> Nachweise bei Bydliniski in Klang<sup>2</sup>, 371 FN 42; vgl aber Meinhart, Übertragung 35ff.

<sup>123</sup> Man spricht dabei von einem „dinglichen Vertrag“; vgl dazu Koziol/Welser, I<sup>13</sup>, 109, 276f, 290.

<sup>124</sup> Siehe I.III.D.1.

jede Rechtsposition bzw jedes Rechtsverhältnis ein Verfügungsgeschäft hinzutreten muss, um einen Rechtsübergang zu ermöglichen.

## II. DAS VERPFLICHTUNGSGESCHÄFT

Durch das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft wird eine Verpflichtung erzeugt, ohne dass bereits dadurch eine rechtliche Veränderung bewirkt werden würde. Das heißt, dass durch das Verpflichtungsgeschäft der Rechtsübergang noch nicht statt findet.

### I. Rechtsgeschäftliche Erklärungen im Transaktionsvorfeld

Der Prozess der Verhandlung von Unternehmenskaufverträgen ist üblicherweise langwierig, was vor allem mit der Komplexität des zugrunde liegenden Gegenstandes zu tun hat. Im Zuge eines Unternehmenserwerbs werden zahlreiche verschiedene Rechte, Pflichten und Vermögenswerte entweder direkt (wie bei dem in dieser Arbeit behandelten „asset deal“) oder indirekt durch Anteile (im Zuge des so genannten „share deal“) übertragen. Voraussetzungen und Folgen der Übertragung dieser Rechtspositionen und Wirtschaftsgüter wollen sowohl auf Seite des Käufers, wie auch auf Seite des Verkäufers genau bedacht werden. Das zu übertragende Unternehmen ist zudem auch während des ganzen Prozesses der Vertragsverhandlung der ständigen Veränderung unterzogen, weswegen die Verhandlung eines Unternehmenskaufvertrages ein äußerst bewegliches Ziel zum Gegenstand hat.

All das erfordert im Einzelnen komplexe Überlegungen und die Klärung einer Fülle von Details, was zur Folge hat, dass der Prozess des Unternehmenskaufs selten in einem einzigen Schritt der Einigung erfolgt. Die Parteien geben daher oft bereits im Vorfeld des eigentlichen Unternehmenskaufvertrages rechtsgeschäftliche Willenserklärungen ab. Weiters schließen sie auch bereits im Vorfeld des eigentlichen Unternehmenskaufs bestimmte Vereinbarungen<sup>125</sup> ab.

Für die Dokumente, die im Transaktionsvorfeld errichtet werden, gibt es eine Fülle verschiedener Bezeichnungen<sup>126</sup>, die jedoch auf den rechtlichen Gehalt ihres Inhalts nicht immer sichere Schlüsse zuließen, weswegen ihrer sorgfältigen Textierung wie auch Auslegung besondere Bedeutung zukomme.

<sup>125</sup> zB über die Tragung bestimmter Transaktionsvorbereitungskosten, über Verhandlungsexklusivität, oder über die Geheimhaltung.

<sup>126</sup> Hertel, BB 1983, 1825 zählt zB Vorvertrag, Option, Vorbereitender Vertrag, Vorhand, Grundsatzvereinbarung, Traktat, Punktion, Memorandum of Understanding, Heads of Agreement, Gentlemen's Agreement, Letter of Intent auf.

## A. Klassifikationsprobleme

Begriffe wie „Letter of Intent“, „Memorandum of Understanding“, bzw. „Term Sheet“ und andere in der Praxis des Unternehmens- und Beteiligungskaufs inzwischen regelmäßig verwendete Begriffe entstammen der angloamerikanischen Rechts- bzw. vielmehr eigentlich Wirtschaftssprache. *Reischauer* meint zutreffend dazu, dass die Rechtslage nicht klarer wird, wenn man Anglizismen verwendet.<sup>127</sup> Allerdings orientieren sich die praktischen Gegebenheiten des Wirtschaftslebens nicht an der historischen Sprache des ABGB und noch weniger an genau den rechtlichen Kategorien, die seine Autoren vor Augen hatten. Trotzdem sind die Probleme von zwischenzeitig weithin geläufigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen vor dem Hintergrund des österreichischen Zivilrechts zu analysieren.

Auch ist unter österreichischem Recht die durch die Parteien gewählte Bezeichnung der Rechtsverhältnisse unerheblich; es kommt einzig auf den Inhalt der Parteienvereinbarung und auf die Art des Bindungswillens der Parteien an.<sup>128</sup> Das hat seinen Grund darin, dass es bei der Auslegung von Willenserklärungen nicht primär auf den Willen des Erklärenden, sondern auf das Verständnis ankommt, das ein redlicher Erklärungsempfänger von der Willenserklärung gewinnen durfte bzw. gewonnen hat.<sup>129</sup> Generell besteht somit keine Bindung des Auslegenden an die von den Parteien gebrauchte Bezeichnung des Typus ihres Rechtsgeschäfts, sofern und soweit der rechtsgeschäftliche Wille in der Sache auf etwas anderes gerichtet ist.<sup>130</sup>

Somit haben die Termini „Letter of Intent“, „Memorandum of Understanding“, und „Term Sheet“ so wie viele andere der aus der angloamerikanischen Rechts- und Wirtschaftssprache rezipierten begrifflichen Konzepte, die dem Fachjargon der um Unternehmens- und Beteiligungskäufe (in angloamerikanischer Diktion „Mergers and Acquisitions“) entspringen, wenig dogmatische Relevanz<sup>131</sup>, dafür jedoch große praktische Bedeutung im Zusammenhang von Unternehmenskauftransaktionen. Jedoch kann auf keinen dieser Begriffe mangels gesetzlicher Rahmenbedingungen ein klares und abgegrenztes rechtliches Konzept des österreichischen Rechts angewendet werden. Anders hingegen

<sup>127</sup> *Reischauer in Rummel*<sup>3</sup>, vor §§ 918–933 Rz 17.

<sup>128</sup> „falsa demonstratio non nocet“; vgl. *Rummel in Rummel*<sup>3</sup>, § 871 Rz 6; auch JBl 1979, 146; DRdA 1983, 35; SZ 58/177 = JBl 1986, 585; JBl 1988, 714; wbl 1990, 149; wobl 1998/69; RIS-Justiz RS0017839, RS0013957.

<sup>129</sup> „normative Auslegung“, siehe § 863 ABGB iVm §§ 870 ff und 914 ABGB; vgl. wbl 1994, 372 = RdW 1994, 356; JBl 1991, 791; SZ 49/133; 46/9; JBl 1977, 486; EvBl 1965/215 = JBl 1965, 378 uva.

<sup>130</sup> *Rummel in Rummel*<sup>3</sup>, § 863 Rz 8 mwN.

<sup>131</sup> *Picot in Picot*, Handbuch Mergers & Acquisitions hält generell fest, dass der Letter of Intent sich einer allgemeingültigen Definition entziehe.

verhält es sich beim Vorvertrag<sup>132</sup> und der Punktation<sup>133</sup>, für die bereits das ABGB Regelungsnotwendigkeit vorsah.

In allen Fällen stellt sich die Frage, welche rechtlichen Wirkungen dem jeweils vorliegenden Dokument im Einzelnen zukommen. Wie bereits erwähnt, kommt es dabei auf die Bezeichnung nicht an, vielmehr ist auf den Erklärungsinhalt Rücksicht zu nehmen und die Art des Bindungswillens der Parteien zu untersuchen.<sup>134</sup>

Unabhängig davon können hinsichtlich einzelner Aspekte einer Transaktion vertragliche Vereinbarungen auch außerhalb des eigentlichen Hauptvertrages vorliegen. *Lutter* bezeichnet diese als „Verträge im Vorfeld“.<sup>135</sup> Darin werden bestimmte Einzelfragen in Form einer bindenden vertraglichen Einigung geregelt, wobei typische Anwendungsfälle für solche Vereinbarungen etwa die Themen Vertraulichkeit, Exklusivität, und der Ersatz bestimmter vorkaufvertraglicher Kosten wie zB Due Diligence Kosten, usw sind.

## B. Der Vorvertrag

*§ 936. Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschließung, als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt, und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, dass dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des einen oder andern Teiles verloren wird. Überhaupt muss auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpunkte gedrungen werden; widrigen Falls ist das Recht erloschen.*

Ein Vorvertrag ist die Verabredung, künftig einen Vertrag mit bestimmtem Inhalt abzuschließen und begründet somit die Verpflichtung zum Abschluss des Hauptvertrages.<sup>136</sup> Der Leistungsgegenstand des Vorvertrages ist somit der Abschluss des Hauptvertrages, wogegen unter dem Vorvertrag noch nicht die Erfüllung der Verpflichtung verlangt werden kann, die der Gegenstand des Hauptvertrages ist.<sup>137</sup> Auf dem Klagswege durchgesetzt werden könne somit auch nur der Abschluss des Hauptvertrages. Das Klagerecht erlischt jedoch innerhalb eines Jahres nach dem für den Vertragsabschluss vereinbarten Zeitpunkt.

Allerdings ist die Rechtsprechung bei Konsensualverträgen – wie dem (Unternehmens-) Kaufvertrag – sehr zurückhaltend darin, einen Vorvertrag überhaupt als gegeben anzunehmen.

<sup>132</sup> Siehe im Folgenden unten II.I.B.

<sup>133</sup> Siehe dazu II.I.C.

<sup>134</sup> SZ 34/169; HS 6.438.

<sup>135</sup> *Lutter*, Der Letter of Intent<sup>3</sup>, 39.

<sup>136</sup> *Koziol/Welser*, I<sup>13</sup>, 142; SZ 34/169; NZ 1976, 158; JBl 1978, 153; RdW 1994, 205 = HS 24.511.

<sup>137</sup> RdW 1994, 205; siehe auch *Reischauer in Rummel*<sup>3</sup>, § 936 Rz 5.

Im Zweifel wird beim Konsensualvertrag nicht angenommen, dass ein Vorvertrag abgeschlossen wurde, und es wird davon ausgegangen, dass bereits ein Vertrag vorliegt.<sup>138</sup> Insbesondere dann, wenn bereits Einigkeit über Ware und Preis erzielt wurde, wird davon ausgegangen, dass der Kaufvertrag bereits abgeschlossen ist.<sup>139</sup> Die Zweifelsregel gilt lediglich dann nicht, wenn aus den Umständen eindeutig hervorgeht, dass die Parteien tatsächlich einen Vorvertrag abschließen wollten, was insbesondere dann anzunehmen ist, wenn wesentliche Fragen des Hauptvertrages noch ungeklärt sind.<sup>140</sup> Demzufolge ist besondere Vorsicht bei der Vertragsgestaltung von Vorverträgen über einen Unternehmenskauf geboten, da es – trotz der Bezeichnung des Dokuments als „Vorvertrag“ – wie soeben dargelegt, sein könnte, dass im Streitfall ein Gericht einen geschlossenen „Vorvertrag“ bereits als einen Unternehmenskaufvertrag beurteilen könnte.

## 1. Inhaltliche Anforderungen

Das Gesetz stellt die folgenden Anforderungen an die Verbindlichkeit eines Vorvertrages:

Der Zeitpunkt des Abschlusses des Hauptvertrages muss bestimmt sein. Er muss kalendermäßig bestimmt sein, kann aber auch vom Eintreten einer Bedingung abhängen. Dies bedeutet, dass es nicht reicht, wenn die Parteien zB festlegen, dass der Hauptvertrag „ehemalig“ abzuschließen ist,<sup>141</sup> oder etwa „im Frühjahr“.<sup>142</sup> Wenn der Vorvertrag regelt, dass erst ein Entwurf über den Hauptvertrag zu erstellen ist, so wird angenommen, dass tatsächlich kein Bindungswille besteht.<sup>143</sup>

Weiters müssen die „wesentlichen Stücke“ des Vertrags bestimmt sein.<sup>144</sup> Dies bedeutet, dass die so genannten „essentialia negotii“, dh die Regelungsinhalte, die das Gesetz vom jeweiligen Vertragstyp als Mindestvoraussetzung verlangt, vorhanden sein müssen.<sup>145</sup> Über

<sup>138</sup> NZ 1989, 264 [zu formlosen Konsensualverträgen]; HS 25.504 = 25.648 = RdW 1995, 48 = ecolex 1994, 463; NZ 1998, 216; dies ist auch gebührenrechtlich von großer Bedeutung. Der VwGH nimmt in stR an, dass die sich aufgrund eines „Vorvertrages“ übergebende Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung eines bestimmten Kaufpreises unter Festsetzung bestimmter Zahlungsstermine nicht bloß eine vorläufige Bindung und Verpflichtung zum künftigen Vertragsschluss indiziert; vielmehr weisen diese Umstände auf das Zustandekommen des Erwerbsgeschäfts selbst, uzw in der Rechtsfigur einer Puktation, hin; vgl *Fellner, Gebühren und Verkehrssteuern*<sup>11</sup> II, § 1 GrEStG Rz 146 mwN.

<sup>139</sup> zB OGH 1 Ob 604/77 = JBl 1979, 94; OGH 7 Ob 522/88 = NZ 1989, 264; OGH SZ 66/85; ecolex 1994, 463; OGH 3 Ob 2094/96d = NZ 1998, 216.

<sup>140</sup> OGH 1 Ob 2322/96v = SZ 10/197; 8 Ob 232/99x = MietSlg 52.100.

<sup>141</sup> HS 6437; aM „für den Fall entsprechenden Parteiwillens“ *Reischauer in Rummel*<sup>3</sup>, § 936 Rz 4.

<sup>142</sup> GIUNF 5925.

<sup>143</sup> *Reischauer in Rummel*<sup>3</sup>, § 936 Rz 4.

<sup>144</sup> *Koziol/Welser*, I<sup>13</sup>, 142 mwN.

<sup>145</sup> Miet 5520; NZ 1976, 158; Miet 29.109/8; JBl 1979, 94; EvBl 1980/139; NZ 1989, 264; wbl 1990, 110 = DRdA 1990, 228 [Betriebsvereinbarung]; RdW 1994, 205; NZ 1998, 216; LGZ Wien Miet 40.073; – siehe auch *Rummel in Rummel*<sup>3</sup>, § 869 Rz 5.

sonstige Vertragspunkte kann sogar Dissens bestehen, wenn die Parteien in Bezug auf die wesentlichen Punkte bereits eine Vertragsbindung wollen.<sup>146</sup>

Im Falle eines (Unternehmens-)Kaufvertrages bedeutet dies, dass sowohl das Kaufobjekt als auch der Kaufpreis bestimmt, oder doch zweifelsfrei bestimmbar sind.<sup>147</sup> Der Vorvertrag muss so bestimmt sein, dass er als Hauptvertrag bestehen könnte.<sup>148</sup> In einem Streitfall müsse der Richter den Hauptvertragsinhalt aus dem Parteiwillen erschließen und aus dem Gesetz ergänzen können.<sup>149</sup> Der Richter könne dabei nur solche Vertragspunkte ergänzen, die sich aus Dispositivnorm, Verkehrssitte oder Handelsgebrauch ergeben.<sup>150</sup>

Solange sich die Parteien einen Vertragspunkt vorbehalten haben, ist der Vorvertrag noch nicht verbindlich, wobei allerdings auch eine Wahlschuld oder die Preisbestimmung durch Dritte vorgesehen werden kann.<sup>151</sup>

## 2. Geänderte Umstände

Es ist zu beachten, dass Vorverträge der so genannten Umstandsklausel<sup>152</sup> unterliegen. Das bedeutet, dass eine Veränderung der Umstände zwischen dem Abschluss des Vorvertrages und dem vereinbarten Zeitpunkt des Abschlusses des Hauptvertrages beachtlich ist, wenn sie den Zweck des Vorvertrages vereitelt, und wenn der Zweck Vertragsinhalt oder aus den Umständen erkennbar war. Zuzufolge der Lehre sind hier – anders als unter österreichischem Zivilrecht im Allgemeinen – sogar individuelle Motive beachtlich, wenn sie vor dem Abschluss des Vorvertrages mitgeteilt wurden.<sup>153</sup>

Beispiele für veränderte Umstände, die mit Erfolg eingewendet worden waren, sind etwa die Änderung der Gesetzesbestimmungen über Stammeinlage- und Stammkapitalhöhe;<sup>154</sup> die Abweichung des behördlich genehmigten Bauplanes von einer Vereinbarung;<sup>155</sup> der Einkommensverlust eines Darlehensversprechenden;<sup>156</sup> das beiderseits unrichtige Ausgehen von einer Finanzierungsgrundlage für ein zu errichtendes Mietobjekt.<sup>157</sup> Judikatur zu spezifischen Unternehmenskaufsachverhalten liegt jedoch (noch) nicht vor.<sup>158</sup>

<sup>146</sup> Reischauer in Rummel<sup>3</sup>, § 936 Rz 2 mwN.

<sup>147</sup> Siehe Aicher in Rummel<sup>3</sup>, § 1054 Rz 2 mwN.

<sup>148</sup> OGH MietSlg 5520; OGH MietSlg 29.109; OGH JBL 1979, 94.

<sup>149</sup> EvBl 1966/493; JBl 1978, 153.

<sup>150</sup> Schwimann, Praxiskommentar ABGB<sup>3</sup>, § 936 Rz 24 mwN.

<sup>151</sup> vgl ZBl 1919/51; ZBl 1923/42.

<sup>152</sup> Sog „clausula rebus sic stantibus“.

<sup>153</sup> Reischauer in Rummel<sup>3</sup>, § 936 Rz 6.

<sup>154</sup> Bei einem Vorgründungsvertrag, EvBl 1955/86.

<sup>155</sup> GIUNF 1216.

<sup>156</sup> SZ 20/256.

<sup>157</sup> EvBl 1969/30

<sup>158</sup> Schwimann, Praxiskommentar ABGB<sup>3</sup>, § 936 Rz 38 mwN führt eine Reihe von Judikaturbeispielen an, in denen einer Berufung auf geänderte Umstände bei einer Option stattgegeben wurde, die analog auf

Wenn allerdings die Änderung der Umstände vorhersehbar war, so kann man sich nicht auf ihre Änderung berufen.<sup>159</sup> Auch wer veränderte Umstände selbst herbeiführt, könne sich nicht auf diese berufen.<sup>160</sup> Auch auf eine vorhersehbare Änderung von Umständen oder auf veränderte Umstände der eigenen Sphäre kann man sich nicht berufen.<sup>161</sup>

Rechtsfolge veränderter Umstände – insofern relevant – sei die Anpassung oder der Entfall der Bindung.<sup>162</sup> Diese trete jedoch nicht automatisch ein, sodass es nicht zur „Selbstauflösung“ des Vorvertrages komme.<sup>163</sup> Wie beim Geschäftsirrtum habe eine klags- bzw einredeweise Geltendmachung zu erfolgen.<sup>164</sup>

Die Umstandsklausel kann wirksam ausgeschlossen werden.<sup>165</sup> Dies wird bei einem Vorvertrag über einen Unternehmenskauf dann sinnvoll sein, wenn die Parteien eine möglichst starke Bindung aus der vorvertraglichen Verpflichtung anstreben, und mögliche Risiken aufgrund geänderter Umstände ausschließen wollen.

### 3. Vertrauensverlust

Auch der Verlust des Vertrauens in die andere Partei ist zufolge der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung bedeutsam und kann ebenfalls mit Lösungserklärung geltend gemacht werden. Der Vertrauensverlust sei somit wie eine Zweckvereitelung zu behandeln.<sup>166</sup> Er liegt zB bei einer Insolvenz des Vertragspartners vor.<sup>167</sup> Von praktischer Bedeutung könnten aber auch plötzlich auftauchende Öffentlichkeits- bzw Imageprobleme eines Vertragspartners sein.

### 4. Formgebot

Von zentraler Bedeutung bei Vorverträgen über einen Unternehmenskauf ist der Umstand, dass der Vorvertrag jeweils der gesetzlichen Form des Hauptvertrages folgen muss. Wenn somit der Hauptvertrag formbedürftig ist, muss es auch der Vorvertrag sein. So sind Vorverträge bei Bürgschaft, Schenkungsversprechen, Ehepakten<sup>168</sup> und deren Aufhebung<sup>169</sup>,

---

Unternehmenskaufsituationen anwendbar scheinen: Änderung der beiderseits unterstellten Finanzierungsmöglichkeit; eintretende Unmöglichkeit eines beabsichtigten Syndikatsvertrags wegen Aktienzwangverkauf; Vertrauensbruch während Annahmefrist zur Verlängerung eines Gesellschaftsverhältnisses; Erhebliche Preisänderungen aufgrund äußerer Umstände.

<sup>159</sup> SZ 65/17; vgl auch § 1052 S 2 ABGB.

<sup>160</sup> JBl 1978, 153; Miet 36.083.

<sup>161</sup> so JBl 1978, 153; kritisch *Reischauer in Rummel*<sup>3</sup>, § 936 Rz 6.

<sup>162</sup> *Rummel in Rummel*<sup>3</sup>, § 901 Rz 6a mwN.

<sup>163</sup> *Reischauer in Rummel*<sup>3</sup>, § 936 Rz 6 mwN.

<sup>164</sup> *Rummel in Rummel*<sup>3</sup>, § 901 Rz 7a mwN.

<sup>165</sup> JBl 1962, 90.

<sup>166</sup> Siehe dazu näher *Reischauer in Rummel*<sup>3</sup>, § 936 Rz 6.

<sup>167</sup> *Reischauer in Rummel*<sup>3</sup>, § 936 Rz 6 mwN; für weitere Beispiele vgl auch *Reischauer in Rummel*<sup>3</sup>, vor §§ 918 – 933 Rz 7.

<sup>168</sup> GIUNF 216; 1697; SZ 23/268.

beim GmbH-Gesellschaftsvertrag<sup>170</sup> und der GmbH-Anteilsübertragung<sup>171</sup> formpflichtig.<sup>172</sup> Dies bedeutet insbesondere, dass Vorverträge über den Erwerb bzw die Veräußerung von GmbH-Geschäftsanteilen der Notariatsaktpflicht unterliegen.<sup>173</sup>

## 5. Gebühren- und verkehrssteuerliche Folgen

Der Vorvertrag löst keine Rechtsgeschäftsgebühr aus<sup>174</sup> und führt auch nicht zum Entstehen einer Grunderwerbsteuerschuld.<sup>175</sup>

## 6. Praktische Bedeutung

Vorverträge kommen in der Praxis von Unternehmenskauftransaktionen eher selten vor. Der Grund dafür liegt vor allem darin, dass die gewünschte Bindungsintensität in der Vorphase des eigentlichen Kaufvertragsabschlusses idR eine eher geringere ist als die, bereits einen einklagbaren Anspruch auf Abschluss eines Unternehmenskaufvertrages zu schaffen.

Ein Vorvertrag wird in der Praxis somit sinnvollerweise nur dann abgeschlossen werden, wenn wesentliche Inhalte des Hauptvertrages bereits feststehen, Bindungswille besteht, und die Parteien davon ausgehen, dass sie sich über die noch offenen Punkte innerhalb eines bestimmten bzw bestimmbaren Zeitrahmens einigen werden.<sup>176</sup>

---

<sup>169</sup> RZ 1976/1 = EF 24.759 [Ehepakt].

<sup>170</sup> SZ 13/146; HS 2158; 11.123/18; RdW 1984, 41 = HS 14.737 [Vorgründungsvertrag].

<sup>171</sup> Rsp 1931/72; NZ 1934, 42 u NZ 1986, 37 zu § 76 GmbHG.

<sup>172</sup> Reischauer in Rummel<sup>3</sup>, § 936 Rz 3.

<sup>173</sup> Koziol/Welser, I<sup>13</sup>, 143; Reischauer in Rummel<sup>3</sup>, § 936 Rz 3 mwN.

<sup>174</sup> VwGH 1454/49, Slg 559 F; 82/15/0168, ÖSTZB 1984, 361.

<sup>175</sup> Fellner, Gebühren und Verkehrssteuern<sup>11</sup> II, § 1 GrEStG Rz 152 mwN.

<sup>176</sup> Das ist nicht der Fall, wenn etwa nur die Verpflichtung besteht, den Vertragsentwurf „ehebaldigst“ auszuarbeiten – OGH HS 6437.

## C. Die Punktation

*§ 885. Ist zwar noch nicht die förmliche Urkunde, aber doch ein Aufsatz über die Hauptpunkte errichtet und von den Parteien unterfertigt worden (Punktation), so gründet auch schon ein solcher Aufsatz diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche darin ausgedrückt sind.*

Unter einer Punktation versteht das Gesetz einen Aufsatz über die vertraglichen Hauptpunkte, der durch beide Seiten unterfertigt wurde.

Die Punktation wird durch das Gesetz als „Aufsatz über die Hauptpunkte“ bezeichnet, der in Ermangelung einer „förmlichen Urkunde“ über den Vertrag durch die Parteien unterfertigt ist. Sie ist somit die „vorläufig verbindliche“<sup>177</sup> und konzeptartige Fixierung der Hauptpunkte des abzuschließenden Vertrages, und sie stellt selbst bereits einen abgeschlossenen Vertrag dar. Ihre Wirkung ist auflösend bedingt mit der Errichtung der förmlichen Vertragsurkunde, die sie ersetzen soll, und wird daher auch als „Interimsvertrag“ bezeichnet.<sup>178</sup> Mit Unterfertigung einer Punktation wird die widerlegbare Vermutung geschaffen, dass die Parteien konkreten Bindungswillen hinsichtlich der in der Punktation geregelten Rechte und Pflichten haben.<sup>179</sup> Anders als beim Vorvertrag, gibt es bei Vorliegen einer Punktation keine Befristung für die Errichtung des Hauptvertrages.<sup>180</sup>

Aus einer Punktation kann – anders als beim Vorvertrag – unmittelbar die vereinbarte Leistung verlangt werden und es besteht somit ein Anspruch auf Vertragserfüllung.<sup>181</sup> Weiters kann die Errichtung einer förmlichen Vertragsurkunde verlangt werden.<sup>182</sup> Der Erfüllungsanspruch aus einer Punktation unterliegt den Verjährungsregeln, wobei das Fristerfordernis des § 936 ABGB nicht gilt.<sup>183</sup>

Die Punktation könne in der Praxis insbesondere dann Verwendung finden, wenn den Parteien die Zeit zur Niederlegung eines ausformulierten Vertrages, insbesondere zur Ausverhandlung der Nebenpunkte, fehlt, und dies erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen soll.<sup>184</sup>

---

<sup>177</sup> ZAS 1976/24.

<sup>178</sup> Schwimann, Praxiskommentar ABGB<sup>3</sup>, § 885 Rz 1 mwN.

<sup>179</sup> Rummel in Rummel<sup>3</sup>, § 885 Rz 1.

<sup>180</sup> Siehe Rummel in Rummel<sup>3</sup>, § 885 Rz 3.

<sup>181</sup> EvBl 1958/381; 1966/493; JBl 1968, 531 = ZAS 1969, 15 m Anm Koziol; EvBl 1974/247; JBl 1975, 161 = ZAS 1976, 216; wobl 1996/24 m Anm Call; NZ 1999, 87

<sup>182</sup> EvBl 1958/381.

<sup>183</sup> NZ 1938, 184.

<sup>184</sup> So Rummel in Rummel<sup>3</sup>, § 885 Rz 5.

## 1. Inhaltliche und formelle Anforderungen

Das Gesetz verlangt, dass eine Urkunde über die „Hauptpunkte“ errichtet wird. Wie beim Vorvertrag, müssen bei der Punktation jedenfalls die „essentialia negotii“ fixiert sein.<sup>185</sup> Daneben müssen jedoch auch die für den Vertragsabschluss erkennbar wesentlichen Punkte geregelt sein, weil ansonsten der notwendige Bindungswille fehle. „Wesentlich“ seien alle Punkte, die durch dispositive gesetzliche Bestimmungen oder durch die Verkehrssitte nicht ergänzt werden können.<sup>186</sup> Dieser Bindungswille könne bereits vor vollständiger Einigung vorliegen, und somit sei eine Einigung über die unwesentlichen Punkte nicht erforderlich.<sup>187</sup> Unvollständigkeiten würden aus dem mutmaßlichen Parteiwillen und dem Gesetz ergänzt.<sup>188</sup>

Eine Punktation müsse in Schriftform errichtet werden, wobei dies auch im Korrespondenzweg erfolgen könne.<sup>189</sup> Gesetzliche Formerfordernisse beim Vertragsabschluss (zB Notariatsaktpflicht bei der Abtretung von Geschäftsanteilen einer GmbH) müssen eingehalten zu werden.

## 2. Abgrenzungsfragen

Wesentlicher Unterschied zum Vorvertrag sei, dass die Parteien bei der Punktation das schriftlich Fixierte sofort in Geltung setzten (dh einen direkten Leistungsanspruch schaffen wollen) und sich nicht – wie beim Vorvertrag – nur für den künftigen Hauptvertrag aufzeichnen und lediglich eine Verpflichtung schaffen wollen, künftig einen Vertrag zu schließen.<sup>190</sup> Wenn in der Punktation lediglich der künftige Vertragsabschluss vereinbart werde, so liegt ein Vorvertrag vor. Die Bezeichnung als „Vorvertrag“ hindert die im Einklang mit dem Vertragsinhalt nach der Absicht der Parteien vorzunehmende Beurteilung als Punktation nicht.<sup>191</sup>

Da die Rechtsfolgen einer Punktation iSd ABGB denen des „endgültigen“ Vertrags entsprechen, ist die Abgrenzung zu einem Vertrag weitgehend akademischer Natur, und dogmatisch nicht sehr bedeutsam.<sup>192</sup>

---

<sup>185</sup> Näheres siehe *Rummel in Rummel*<sup>3</sup>, § 885 Rz 2.

<sup>186</sup> JBl 1975, 161.

<sup>187</sup> *Rummel in Rummel*<sup>3</sup>, § 885 Rz 2 mwN.

<sup>188</sup> *Schwimann*, Praxiskommentar ABGB<sup>3</sup>, § 936 Rz 18.

<sup>189</sup> SZ 43/152.

<sup>190</sup> OGH 4 Ob 10/74 = ZAS 1976/24

<sup>191</sup> JBl 1975, 161.

<sup>192</sup> *Rummel in Rummel*<sup>3</sup>, § 885 Rz 4.

### 3. Gebühren- und verkehrssteuerliche Folgen

Die Punktation löst – wenn das in ihr verbrieft Geschäft gebührenrechtlich relevant ist<sup>193</sup> – zufolge der Regelung des § 18 Abs 5 GebG Rechtsgeschäftsgebühr aus, und auch die Pflicht zur Entrichtung von Grunderwerbsteuer.<sup>194</sup> Auch ein allfälliges Vorkaufsrecht iSd §§ 1072 ff ABGB werde durch den Abschluss einer Punktation ausgelöst.<sup>195</sup> Wird nach der Errichtung der Punktation die förmliche Urkunde errichtet, so ist diese neuerlich gebührenpflichtig.<sup>196</sup>

### 4. Praktische Bedeutung

In der Praxis von Unternehmenskauftransaktionen kommen auch diese vom ABGB vorgesehenen Vertragsvarianten im Sinne einer Punktation selten vor. Zumeist solle eine Urkunde, die durch die Parteien allenfalls sogar ausdrücklich als „Punktation“ betitelt ist, nicht bereits ein Instrument darstellen, aus dem ein Anspruch auf Leistung, dh auf Übertragung, bestehe. Vielmehr soll es sich sehr oft bloß um das Festhalten der wesentlichen kommerziellen Einigung in Kurzform handeln und die Parteien wollen erst mit Unterfertigung der richtigen Vertragsurkunde rechtlich gebunden sein. Die Form einer Punktation iSd ABGB würde in der Praxis wohl nur dann gewählt werden, wenn die noch ausstehenden Punkte als derartig unwesentlich erachtet werden, dass sie dem Abschluss eines bindenden und bereits klagbaren Vertrages nicht im Wege stehen.

## D. Der Letter of Intent

Als „Letter of Intent“ (abgekürzt „LoI“) wird ein einseitig<sup>197</sup> errichtetes (und durch die Gegenseite zuweilen gegengezeichnetes, „akzeptiertes“, bzw „zur Kenntnis genommenes“ Instrument) verstanden, das sich seinem Inhalt nach auf Lieferungen, Leistungen und Vorhaben im weitesten Sinne bezieht.<sup>198</sup>

*Lutter* charakterisiert den Letter of Intent („LoI“) als einseitige<sup>199</sup> Erklärung der einen Partei gegenüber der anderen, nicht selten unter Bezugnahme auf andere beigelegte oder

<sup>193</sup> ZB Forderungsabtretungen.

<sup>194</sup> Und zwar selbst dann, wenn die Punktation zur grundbücherlichen Eintragung des Eigentumsrechts des Käufers nicht ausreichend sei, zB mangelnde Bezeichnung des Grundstücks, Fehlen der Aufsandungserklärung, mangelnde Beglaubigung der Unterschrift: *Fellner*, Gebühren und Verkehrssteuern<sup>11</sup> II, § 1 GrESTG Rz 143 mwN

<sup>195</sup> EvBl 1967/87; weitere Beispiele *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup>, § 885 Rz 4.

<sup>196</sup> *Arnold*, Rechtsgebühren<sup>8</sup>, § 18 Rz 31 mwN.

<sup>197</sup> Zufolge ebenfalls vertretener Auffassung können jedoch auch beide Parteien – Käufer und Verkäufer – ihre Absichten zum Verkauf und Kauf durch einen Letter of Intent zum Ausdruck bringen. Vgl dazu zB *Beisel/Klumpp*, Unternehmenskauf<sup>2</sup>, Rz 50.

<sup>198</sup> *Lutter*, Der Letter of Intent<sup>3</sup> 10.

<sup>199</sup> AA *Beisel/Klumpp*, Der Unternehmenskauf, Rz 50. Für den angloamerikanischen Bereich *Lake/Draetta*, Letters of Intent<sup>2</sup>, 10: „Letters of intent..... may be, and usually are, unilateral.“

schon früher gewechselte Dokumente, der sich seinem Inhalt nach auf Lieferungen, Leistungen oder Vorhaben im weitesten Sinne bezieht, und häufig bei umfangreichen Vertragsverhandlungen verwendet wird.<sup>200</sup> Der Anwendungsbereich des LoI sei daher nicht auf Unternehmenskäufe beschränkt. Insbesondere im Rahmen der Aushandlung von Projektvereinbarungen (etwa im Bereich der Immobilienentwicklung) komme er häufig vor. Unzweifelhaft stellt aber der beabsichtigte Unternehmenskauf einen wichtigen Anwendungsfall eines LoI dar.

Der LoI hat eine typisierte Form in Form eines Briefes, nicht aber einen typisierten Inhalt. Er dient vor allem dazu, ein bestehendes Interesse einer Partei gegenüber der anderen schriftlich und mehr oder weniger konkret zum Ausdruck zu bringen, um dadurch Verhandlungen in Gang zu setzen bzw voranzutreiben.<sup>201</sup> Zweck des Letter of Intent sei generell, den Stand der im Vorfeld eines Vertragsabschlusses geführten Verhandlungen festzuhalten und die wechselseitige Absicht zu bekunden, vorbehaltlich der Einigung über noch zu verhandelnde Punkte sowie des Eintritts sonstiger Ereignisse<sup>202</sup> einen Vertrag abzuschließen.<sup>203</sup>

#### 1. Grundsätzliche Unverbindlichkeit des LoI und deren Grenzen

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass der LoI eine Absichtserklärung sei, der als solcher keine Bindungswirkung zukomme und ihr der Rechtsfolgewillen fehle.<sup>204</sup> Sie löse weder den Zwang zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen aus, noch könne aus ihr die Notwendigkeit zum Abschluss eines Vertrages abgeleitet werden. Die im Letter of Intent enthaltene bloße Absichtserklärung binde den Erklärenden selbst dann nicht, wenn in ihm Bedingungen für den Abschluss des Kaufvertrages enthalten seien.<sup>205</sup> Der traditionelle Letter of Intent sei ungeachtet seiner Bezeichnung somit kein bindendes Dokument.<sup>206</sup>

Wie ganz allgemein unter österreichischem Recht, so kommt es auch hier nicht auf die Bezeichnung eines Dokuments an, sondern lediglich auf den Inhalt.<sup>207</sup> Allerdings wird der Bezeichnung sehr wohl oft Indizwirkung zukommen, insbesondere bei einem beidseitig unterzeichneten Letter of Intent.<sup>208</sup>

---

<sup>200</sup> Lutter, Der Letter of Intent<sup>3</sup>, 10.

<sup>201</sup> Dazu Hochedlinger, AnwBl 2003, 465 mwN.

<sup>202</sup> zB Zuführung von Information, Sicherstellung der Finanzierung.

<sup>203</sup> Kösters, NZG 1999, 623.

<sup>204</sup> Beisel/Klumpp, Unternehmenskauf, Rz 50, unter Verweis auf Lutter, Der Letter of Intent<sup>3</sup>, 20.

<sup>205</sup> Beisel/Klumpp, Unternehmenskauf, Rz 51.

<sup>206</sup> Wolf, Sample Clauses, 16.

<sup>207</sup> vgl Rummel in Rummel<sup>3</sup>, § 871 Rz 6.

<sup>208</sup> Dass es sich dabei nur um eine Indizwirkung handeln kann, und es primär auf die Formulierungen im Text ankommt, sieht man zB in OGH 2 Ob 72/94.

Der OGH hat sich bereits in verschiedenen Entscheidungen mit dem Letter of Intent beschäftigt. In einer Entscheidung eines Falles aus dem Jahr 1995<sup>209</sup>, in dem auch ein Letter of Intent zum Beweis erlittenen Schadens vorgelegt worden war, wurde auf die Ausführungen *Lutters* verwiesen und der „Letter of Intent“ als Element von Vertragsverhandlungen und daher als ein Instrument des Vertragsrechts umschrieben. Der OGH führte unter Bezugnahme auf die Ausführungen des Berufungsgerichts aus, dass der Letter of Intent als erster Schritt im Verlauf eines geplanten Vertragsabschlusses mit der Absicht erstellt werde, den bisherigen Abschnitt der Vertragsverhandlungen zu beenden, an dem gemeinsam Erreichten festzuhalten, und von den noch offenen, also noch zu klärenden Aspekten abzugrenzen. Er wird daher nach dieser Auffassung nicht als vertragserzeugende Erklärung angesehen, sondern enthält die Vermutung dafür, dass kein bindendes Angebot bezüglich des intendierten Hauptvertrages vorliegt. Diese Wertung könne sich allerdings dann ändern, wenn von den Vertragsparteien bereits bestimmte Leistungen erbracht worden seien. Es komme im Einzelfall darauf an, ob eine Einigung über alle wesentlichen Punkte und Bindungswille der Parteien vorgelegen sei.

In einer weiteren Entscheidung setzt der OGH einen Letter of Intent mit dem Begriff der „Absichtserklärung“ gleich.<sup>210</sup>

Schließlich führt eine Entscheidung des OGH aus 2002<sup>211</sup> vor Augen, dass die falsche Bezeichnung eines Dokuments nichts an seinem sonst eindeutigen oder zumindest von einem Gericht für eindeutig gehaltenen Inhalt ändert. Im zugrundeliegenden Sachverhalt wurde der Übergang von Vermögenswerten auf der Grundlage eines „Letter of Intent“ streitig. Er enthielt eine ausdrückliche Verpflichtungserklärung der Parteien und konkrete Abreden über den Übergang bestimmter Vermögenswerte, sowie über den Kaufpreis und die Fälligkeit desselben. Dies war offenbar Grund genug, trotz der Bezeichnung als „Letter of Intent“ das Dokument als bindende Vereinbarung über eine Unternehmensveräußerung zu qualifizieren.

Die konkreten rechtlichen Wirkungen des Letter of Intent würden in erster Linie davon abhängen, welche Funktionen er nach den Vorstellungen der Parteien im konkreten Fall wahrnehmen solle.<sup>212</sup> Weiters könnten auch vor Abschluss eines bindenden Vertrages Schadenersatzpflichten durch Verletzung vorvertraglicher Verpflichtungen begründet sein.<sup>213</sup> Schließlich seien, wie in der Praxis oft festzustellen sei, die Schwierigkeiten nicht zu unterschätzen, wenn im Zuge weiterer Vertragsverhandlungen versucht werde,

<sup>209</sup> OGH 2 Ob 72/94, RdW 1996, 357; siehe jüngst 9 Ob 71/08v.

<sup>210</sup> OGH 4 Ob 51/97x, ZfRV 1997, 207.

<sup>211</sup> OGH 1 Ob157/02y = RdW 2003, 253.

<sup>212</sup> *Heussen*, Letter of Intent, Rz 4.

<sup>213</sup> Siehe zur sog. „culpa in contrahendo“ unten III.V.B.

Vereinbarungen durchzusetzen, die im Letter of Intent nicht oder nicht so angelegt waren.<sup>214</sup> Wer dies versucht, ist, wie *Merkt* hervorhebt, moralisch und psychologisch im Hintertreffen und wird in aller Regel für einen Verhandlungserfolg in derartigen Fragen einen viel höheren Preis zu entrichten haben.<sup>215</sup> Auch den nicht einklagbaren Aspekten eines Letter of Intent sei größte Aufmerksamkeit und Sorgfalt zu widmen. Denn es stelle sich idR heraus, dass man von einmal gegebenen „Zusagen“ nur schwer abweichen könne, insbesondere wenn man nicht nur sehr „weiche“ Formulierungen wähle.

## 2. Bindende Teile eines LoI

Ein Letter of Intent könne aber nun, entgegen seinem grundsätzlich nicht bindenden Charakter, durchaus auch bindende und durchsetzbare Bestimmungen bzw Verpflichtungen enthalten.<sup>216</sup> Dies sei sogar hinsichtlich einiger Punkte typisch.<sup>217</sup> Es handle sich dabei idR um folgende Themenbereiche:

Die Verpflichtung, Vertraulichkeit hinsichtlich der geführten Gespräche und ausgetauschten bzw anlässlich der Gespräche erfahrenen Dinge zu wahren. Diese Verpflichtung wird idR gegenseitig eingegangen, ist aber auch einseitig möglich. Zur Absicherung wird oftmals eine Vertragsstrafe vereinbart, weil idR ein Unterlassungsanspruch aus einer Vertraulichkeitserklärung zu spät käme.

Weiters die Verpflichtung, während eines bestimmten Zeitraums nicht mit anderen prospektiven Vertragsparteien zu verhandeln (Exklusivität). Die Entscheidung, ob man sich einer von der Gegenseite vorgeschlagenen Exklusivitätsbestimmung unterwirft bzw selbst eine verlangt, hängt primär von wirtschaftlichen und taktischen Überlegungen ab. Einerseits besteht durch eine Exklusivitätsvereinbarung ein gewisser Schutz gegen Parallelverhandlungen. Andererseits schränkt man seinen Aktionsspielraum mit einer Exklusivitätsverpflichtung ein. Unter bestimmten Voraussetzungen könne ein Vertragsschaden zustehen.<sup>218</sup> Zur Absicherung kommt daher auch eine Vertragsstrafenregelung in Frage.

Auch eine Verpflichtung, während eines bestimmten Zeitraums und unter bestimmten Rahmenbedingungen eine Due Diligence des Zielunternehmens zu ermöglichen, komme in

---

<sup>214</sup> *Merkt*, Internationaler Unternehmenskauf<sup>2</sup>, Rz 846.

<sup>215</sup> *Merkt*, aaO, Rz 846.

<sup>216</sup> *Merkt*, Internationaler Unternehmenskauf<sup>2</sup>, Rz 847; *Lake/Draetta*, Letters of Intent<sup>2</sup>, 10: “[...] many letters of intent contain provisions that parties believe to be, and that sometimes are, legally binding.”

<sup>217</sup> Siehe dazu *Hochedlinger*, AnwBl 2003, 465.

<sup>218</sup> *Welser* in FS *Wagner*, 380 f.

Frage. Eine solche Regelung werde idR mit einer Geheimhaltungsverpflichtung verknüpft. Im Übrigen gelte das zur Vertraulichkeitsverpflichtung Gesagte.

Eine bindende Wirkung könne auch der Verpflichtung, im Falle des Scheiterns der Verhandlungen während eines bestimmten Zeitraums keine Mitarbeiter des gegenständlichen Unternehmens abzuwerben, entnommen werden. Eine solche Bestimmung werde häufig auch mit den vorgenannten Regelungen kombiniert. Ihre Bedeutung ergebe sich aus dem Umstand, dass durch Verhandlungen und Due Diligence Prüfung dem prospektiven Käufer, der oft ein Konkurrent sein wird, meist erst der Zugang zu Schlüsselpersonen des Zielunternehmens ermöglicht wird und es verlockend sein mag, durch Abwerbung von Mitarbeitern einen Vorteil zu erzielen, wenn es schon nicht zum Unternehmenskauf kommt. Auch in diesem Bereich ist die Vereinbarung einer Vertragsstrafe nicht selten.

Ganz allgemein sollte daher die Bedeutung klarer und deutlicher Formulierung betont werden, die die Verbindlichkeit zum Ausdruck bringt, sodass keine Unsicherheit verbleibt, welche Bestimmungen verbindlich sind und welche nicht. Dies lässt sich vor allem durch entsprechende Formulierung der einzelnen Bestimmungen erreichen; alternativ könnten auch in einem spezifischen Punkt des LoI alle Bestimmungen angeführt werden, denen nach dem Parteiwillen Verbindlichkeit zukommen soll.

## **E. Das Memorandum of Understanding**

Als „Memorandum of Understanding“ (im Folgenden kurz „MoU“) werde ein dem Letter of Intent entsprechendes Dokument verstanden, das von vornherein durch beide Seiten errichtet und unterfertigt werde.<sup>219</sup>

Unter einem Memorandum of Understanding versteht man üblicherweise eine Zusammenfassung des bisherigen vorläufigen Standes von Gesprächen bzw Verhandlungen, die insbesondere die Punkte, in denen man schon (vorläufig) Einigung erzielt hat, festhält.

### **1. Abgrenzung zu anderen Instrumenten**

*Lutter* sieht einerseits die formale Unterscheidung zum Letter of Intent darin, dass das Memorandum of Understanding Erklärungen von zwei oder mehr Parteien enthalte, also zwei- oder mehrseitig sei.<sup>220</sup> Materiell habe die Absichtserklärung (dh der Letter of Intent) typischerweise eine andere Funktion, indem sie nämlich von einer Partei in einem relativ frühen Verhandlungsstadium abgegeben werde, um Gespräche in Gang zu bringen oder zu halten, wohingegen im weiteren Verlauf und mit zunehmender Konkretisierung des

<sup>219</sup> *Lutter*, Der Letter of Intent<sup>3</sup>, 106.

<sup>220</sup> Siehe *Lutter*, Der Letter of Intent<sup>3</sup>, 106.

Vertragsinhalts eher „Memoranda of Understanding“ udgl verwendet würden, um den jeweils erreichten Verhandlungsstand festzuhalten.<sup>221</sup>

Die erwähnten Begriffe würden jedoch nicht einheitlich verwendet werden. Die Bezeichnung ist aber, wie schon gesagt, ohnehin ohne Relevanz. Wie *Lutter* anmerkt, sei es unzulässig, aus Bezeichnung, Umfang und Präzisionsgrad eines Dokuments auf dessen rechtliche Bedeutung zu schließen. Die Termini sind auch nicht rechtlich in bestimmter Weise festgelegt, und werden in der Praxis vielfach als Synonyma neben- und durcheinander verwendet.<sup>222</sup>

Da ein MoU idR beiderseits unterfertigt ist, gibt es durchaus Ähnlichkeiten zu einem Vorvertrag und einer Punktation. Mit der entsprechenden wechselseitigen Unterschrift werden allerdings im Gegensatz dazu keine ungewollten Bindungswirkungen erzeugt.

## **F. Das Term Sheet**

Das „Term Sheet“ (manchmal auch „Heads of Terms“ oder „Heads of Agreement“ genannt) enthält, wie dem Begriff auch sprachlich zu entnehmen ist, typischerweise eine lediglich schlagwortähnliche, auf die wesentlichsten Fragen reduzierte, Darstellung der Transaktion und eines beabsichtigten Vertragsabschlusses im Sinne einer Themen- und Stichwortsammlung über den Inhalt des abzuschließenden Vertrags. Manchmal finden sich darin auch Regelungen bezüglich des zeitlichen Ablaufs bzw der weiteren Schritte zum Abschluss eines Unternehmenskaufs.

### **1. Abgrenzung zu anderen Instrumenten**

Es bestehen oftmals Parallelen zum wechselseitig unterfertigten Letter of Intent ebenso wie zum Memorandum of Understanding.

## **II. Der Unternehmenskaufvertrag**

Wie bereits dargestellt, kann ein Unternehmen als Gesamtsache im Sinne des § 302 ABGB Gegenstand eines einheitlichen Kaufvertrages sein.<sup>223</sup> Allerdings entziehe es sich als organisatorische Einheit von beweglichen und unbeweglichen, körperlichen und unkörperlichen Sachen (Forderungen, sonstigen Rechten, faktischen Geschäftsbeziehungen)

<sup>221</sup> *Lutter*, Der Letter of Intent<sup>3</sup>, 107.

<sup>222</sup> Vgl *Lutter*, Der Letter of Intent<sup>3</sup>, 107.

<sup>223</sup> *Klang* in *Klang*<sup>2</sup> II, 40; HS I/5; HS 3014; 5057.

einer generellen Einordnung in die rechtlich entscheidende Kategorie bewegliche und unbewegliche Sachen.<sup>224</sup> Soweit das Gesetz darauf abstellt, ist eine Zuordnung nach dem Zweck der jeweiligen Vorschrift vorzunehmen. So gilt ein Unternehmen als eine unbewegliche Sache bezüglich der Gewährleistungsfrist<sup>225</sup> und hinsichtlich des Vor- und Wiederkaufsrechts<sup>226</sup>, sowie des Kaufes auf Probe<sup>227</sup>. Ein Unternehmen kann aber, wie bereits ausgeführt, nicht Gegenstand eines einheitlichen Verfügungsgeschäftes sein. Vielmehr ist dabei je nach Sachkategorie der entsprechende Modus einzuhalten: die Einverleibung bei Liegenschaften<sup>228</sup>, die Zession bei Forderungen und die Übergabe bei beweglichen Sachen. Allerdings genüge bei beweglichen Unternehmensbestandteilen einheitlich eine symbolische Übergabe iSd § 427 ABGB.<sup>229</sup> Nach dem Parteiwillen könne aber in einer symbolischen Übergabe (zB der Geschäftsbücher) auch eine Abtretung der zum Unternehmen gehörigen Forderungen gesehen werden.<sup>230</sup>

#### A. Individualisierung des zu übertragenden Vermögens

Das Erfordernis der genauen Abgrenzung (Individualisierung) gilt uneingeschränkt für die Rechtsnachfolge sowohl im Wege der Einzel- als auch im Wege der Gesamtrechtsnachfolge. Dadurch sollen schwierige Beweisprobleme unterbunden und der rechtliche Verkehr ausreichend geschützt werden.

Sofern die Übertragung im Wege der Einzelrechtsnachfolge vollzogen wird, fordert bereits der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz die exakte Beschreibung jeder einzelnen Rechtsposition und jedes einzelnen Rechtsverhältnisses; zusätzlich ist für den Rechtsübergang das für die Übertragung der jeweiligen Rechtsposition und des jeweiligen Rechtsverhältnisses vorgeschriebene Publizitätserfordernis einzuhalten.<sup>231</sup>

<sup>224</sup> Aicher in Rummel<sup>3</sup>, § 1053 Rz 7.

<sup>225</sup> § 933 Abs 1 ABGB; zur Gewährleistung bei Unternehmenskauf siehe III.V.C.1 und umfassend Puck, Unternehmenskauf, 12f.

<sup>226</sup> SZ 28/144.

<sup>227</sup> §§ 1075, 1070, 1082 ABGB; vgl Bydlinski in Klang<sup>2</sup> II, 109 mwN.

<sup>228</sup> § 431 ABGB: „Zur Übertragung des Eigentumes unbeweglicher Sachen muß das Erwerbungsgeſchäft in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen werden. Diese Eintragung nennt man Einverleibung (Intabulation).“

<sup>229</sup> arg „Warenlager oder andere Gesamtsache“; § 427 ABGB: „Bei solchen beweglichen Sachen aber, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Übergabe zulassen, wie bei Schuldforderungen, Frachtgütern, bei einem Warenlager oder einer ander Gesamtsache, gestattet das Gesetz die Übergabe durch Zeichen; indem der Eigentümer dem Übernehmer die Urkunden, wodurch das Eigentum dargetan wird, oder die Werkzeuge übergibt, durch die der Übernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschließend den Besitz der Sache zu ergreifen; oder, indem man mit der Sache ein Merkmal verbindet, woraus jedermann deutlich erkennen kann, daß die Sache einem andern überlassen worden ist.“

<sup>230</sup> Bydlinski in Klang<sup>2</sup> II, 110.

<sup>231</sup> Siehe Helbich/Wiesner/Bruckner, Handbuch Umgründungen<sup>4</sup>, Rz 43.

## **B. Sachgesamtheiten**

Die Verpflichtung zur Übertragung einer Vielzahl von Rechtspositionen und Rechtsverhältnissen in einem einzigen Rechtsgeschäft, beispielsweise einem Sacheinlagevertrag, ist im Rahmen eines singularsukzessiven Unternehmenserwerbes durchaus zulässig. Jedoch ist die Erfüllung dieser Verpflichtung durch einen einzigen Akt, im Gegensatz zur Universalsukzession, nicht möglich. Es ist vielmehr eine Vielzahl an Verfügungsgeschäften, je nach Art der zu übertragenden Rechtsposition bzw Rechtsverhältnisse ausgestaltet, erforderlich.

## **III. DAS VERFÜGUNGSGESCHÄFT**

Wie bereits zuvor erwähnt, bedarf es bei einer Rechtsübertragung im Rahmen einer Singularsukzession neben dem Verpflichtungsgeschäft für jede Rechtsposition bzw jedes Rechtsverhältnis des Hinzutretens des jeweiligen Verpflichtungsgeschäftes. Dabei ist zwischen sachenrechtlichen Begriffen und schuldrechtlichen Ordnungsfragen strikt zu trennen.

Würde der Gesetzgeber hinsichtlich der Übertragung eines Unternehmens im Wege der Einzelrechtsnachfolge in Bezug auf schuldrechtliche Belange nicht unterstützend eingreifen, würde sich diese als schwierig und äußerst aufwändig herausstellen. Es käme zur Anwendung herkömmlicher zivilrechtlicher Grundlagen, dh, dass Forderungen zu zedieren, Verbindlichkeiten im Wege der Schuldübernahme oder zumindest eines Schuldbeitritts zu übertragen und Vertragspositionen im Wege der Vertragsübernahme überzuleiten wären. Dabei kommen jedoch auch der sog Dritt- oder Restpartei gewisse Rechte zu, die zu beachten sind.

### **I. Zivilrechtliche Regelungen**

#### **A. Zession**

Die Zession ist eine durch Willeneinigung zwischen Alt- und Neugläubiger ohne Zustimmung des Schuldners bewirkte Veränderung der Rechtszuständigkeit eines Forderungsrechtes.<sup>232</sup> Gegenstand einer Zession sind nach § 1393 ABGB alle veräußerlichten Forderungsrechte, also obligatorischen Rechte, nicht jedoch die Sachenrechte ieS (also die

---

<sup>232</sup> Koziol/Welser, II<sup>13</sup>, 114; Steiner, RdW 1991, 64.

dinglichen Rechte), weil für deren Übertragung insbesondere aus Publizitätsgründen besondere Regeln bestehen.<sup>233</sup>

Die Zession ist weiters nach hM ein sogenanntes kausales Verfügungsgeschäft<sup>234</sup>, das eines gültigen Titels (zB Kauf, Schenkung etc) bedarf und bei dem regelmäßig mangels Formgebotes – in Ermangelung eines einzuhaltenden Modus – in der Praxis im Rahmen formloser Transaktionen Titelgeschäft und Abtretung zusammenfallen.<sup>235</sup>

Da durch die Abtretung der Schuld inhaltlich nichts verändert wird und der Schuldner somit keinesfalls einen Nachteil erleiden kann, bedarf die Zession weder einer Verständigung noch einer Zustimmung des Schuldners. Weil aber die Gefahr besteht, dass der Schuldner durch die unterbliebene Verständigung an den Altgläubiger leistet, sehen die §§ 1395ff ABGB vor, dass dieser so lange mit schuldbefreiender Wirkung an den Zedenten zahlen kann, als er eben von dieser Zession keine Kenntnis hat.<sup>236</sup>

## B. Erfüllungübernahme

Bei der Erfüllungsübernahme gem § 1404 ABGB verpflichtet sich der Übernehmer intern gegenüber dem Schuldner, dessen Gläubiger zu befriedigen.

Die Erfüllungsübernahme (interne Schuldübernahme, Belastungsübernahme) ist ein (interner) Vertrag zwischen dem Schuldner und einem Dritten, wonach sich letzterer ohne Rechtswirkungen für den Gläubiger dazu verpflichtet, dem Schuldner die wirtschaftliche Last abzunehmen, welche die Schuld in dessen Vermögen bildet.<sup>237</sup> Der Gläubiger erhält gegen den Erfüllungsübernehmer keine Rechte.<sup>238</sup> Er hat daher insbesondere kein Forderungsrecht gegen den Erfüllungsübernehmer.<sup>239</sup> Er ist allerdings verpflichtet, die Leistung des Erfüllungsübernehmers anzunehmen, da sie ihm mit Einverständnis des Schuldners angeboten ist.<sup>240</sup> Voraussetzung ist allerdings, dass es sich um keine höchstpersönliche Leistung handelt. Der Vertragspartner des Übernehmers (Schuldner) hat dagegen einen Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit.

<sup>233</sup> Koziol/Welser, II<sup>13</sup>, 115; Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1392 Rz 1; Honsell in Schwimann<sup>3</sup>, § 1392 ABGB Rz 1.

<sup>234</sup> Koziol/Welser, aaO; Ertl, aaO, § 1393 ABGB Rz 1; Honsell, aaO, § 1393 ABGB Rz 1.

<sup>235</sup> Koziol/Welser, II<sup>13</sup>, 277; Ertl, aaO, § 1392 ABGB Rz 1; Honsell, aaO, § 1392 ABGB Rz 2.

<sup>236</sup> Koziol/Welser, II<sup>13</sup>, 117; Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1395 Rz 1 ff; zum Verhältnis zwischen §§ 1395 f ABGB und § 25 Abs 1 S 2 HGB siehe Karollus, ÖJZ 1989, 202.

<sup>237</sup> EvBl 1973/15; SZ 56/117; JBl 1988, 518 = ÖBA 1988, 1235 (P. Bydlinski); ÖBA 1992, 743 (Apathy); JBl 1995, 51; EvBl 1996/78 = JBl 1996, 402 = ÖBA 1996, 815; Wolff in Klang<sup>2</sup> 335; Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1404 Rz 2.

<sup>238</sup> JBl 1995, 51; EvBl 1996/78 = JBl 1996, 402 = ÖBA 1996, 815.

<sup>239</sup> EvBl 1973/15; JBl 1995, 51; EvBl 1996/78 = JBl 1996, 402 = ÖBA 1996, 815; EvBl 2000/184.

<sup>240</sup> Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1404 Rz 2; Koziol/Welser, II<sup>13</sup>, 128.

## C. Schuldübernahme

### 1. Privative Schuldübernahme

Durch die befreiende Schuldübernahme wird der alte Schuldner aus seiner Verpflichtung entlassen und ein neuer Schuldner tritt an seine Stelle. Dies kann nur entweder durch Vertrag zwischen Altschuldner und Neuschuldner mit Einwilligung des Gläubigers („Schuldnervertrag“) oder durch Vertrag zwischen Neuschuldner und Gläubiger („Gläubigervertrag“) durchgeführt werden.<sup>241</sup> Die Form der Schuldübernahme ist allerdings nur mit Zustimmung des Gläubigers möglich, weil der neue Schuldner (finanzielle) Gefahren für den Gläubiger mit sich bringen könnte.<sup>242</sup>

### 2. Kumulative Schuldübernahme (Schuldbeitritt)

Beim Schuldbeitritt tritt der neue Schuldner neben den alten, sie haften in weiterer Folge solidarisch.<sup>243</sup> Auch der Schuldbeitritt erfolgt wie die privative Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Beitretendem und Altschuldner oder durch Vertrag zwischen Beitretendem und Gläubiger.<sup>244</sup> Der Schuldbeitritt stellt den Gläubiger jedoch besser, weil ihm nun mehrere Personen nebeneinander zur Leistung verpflichtet sind. Deshalb ist für die kumulative Schuldübernahme seine Zustimmung nicht erforderlich.<sup>245</sup>

### 3. Gesetzlicher Schuldbeitritt

§ 1409 Abs 1 ABGB ordnet einen zwingenden gesetzlichen Schuldbeitritt an. Der Erwerber eines Vermögens oder Unternehmens haftet neben dem Veräußerer für die zum Vermögen oder zum Unternehmen gehörigen Schulden, die er bei der Übergabe kannte oder kennen musste. Die Haftung ist dabei mit der Höhe der übernommenen Aktiven beschränkt. Der der Regelung zugrundeliegende Gesetzeszweck ist der Schutz der Gläubiger des Veräußerers gegen den Entzug ihres Haftungsfonds.<sup>246</sup>

§ 1409 ABGB ist zwingendes Recht und kann daher durch Vereinbarung – im Gegensatz zur speziell unternehmensrechtlichen Regelung – nicht abgeändert oder abbedungen werden.<sup>247</sup>

---

<sup>241</sup> SZ 70/145.

<sup>242</sup> Koziol/Welser, II<sup>13</sup>, 124; Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1405 Rz 1.

<sup>243</sup> JBl 1989, 256; Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1405 Rz 1.

<sup>244</sup> Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1405 Rz 1.

<sup>245</sup> Koziol/Welser, II<sup>13</sup>, 124; Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1405 Rz 1.

<sup>246</sup> Koziol/Welser, II<sup>13</sup>, 125.

<sup>247</sup> Näher dazu unter III.III.A.

## D. Vertragsübernahme

Die Vertragsübernahme selbst, also die Übertragung eines Schuldverhältnisses als Ganzes ist dem ABGB fremd. Sie wird aber als zulässig angesehen, wenn alle Beteiligten zustimmen.<sup>248</sup> Sofern die verbleibende Vertragspartei nicht bereits im Vorhinein zugestimmt hat, wird eine von Alt- und Neupartei vereinbarte Vertragsübernahme erst mit ihrer rechtsgeschäftlichen Erklärung, dem Wechsel zuzustimmen, wirksam, wobei diese auch schlüssig erfolgen kann.<sup>249</sup>

Der Vertragsübernehmer übernimmt dabei alle Verpflichtungen und Forderungen und tritt in alle Gestaltungsrechte des bisherigen Vertragspartners ein.<sup>250</sup> Die Vertragsübernahme überträgt daher eine bestehende „gesamte Vertragsstellung“, ohne dass sich an der Identität des Vertrages etwas ändert. Das heißt, dass durch die Vertragsübernahme weder der Inhalt noch die rechtliche Identität des bisherigen Schuldverhältnisses verändert werden.<sup>251</sup>

Der Vorgang der Vertragsübernahme geht daher über eine Kombination von Forderungsabtretung und Schuldübernahme hinaus, weil er sowohl die Übertragung der darüber hinausgehenden rechtlichen Rahmenbeziehungen als auch der vertragsbezogenen Gestaltungsrechte bewirkt.<sup>252</sup> Dazu haben sich die Zerlegungs-, die Neubegründungs- und die mittlerweile überwiegend vertretene Einheitstheorie entwickelt.<sup>253</sup> Nach der Zerlegungstheorie ist die Vertragsübernahme eine Kombination aus Zession und Schuldübernahme. Die Neubegründungstheorie sieht in der Vertragsübernahme eine Auflösung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Überträger und dem Dritten und eine Neubegründung eines inhaltsgleichen Rechtsgeschäftes zwischen dem Übernehmer und der Drittpartei.

Die Einheitstheorie geht von einem einheitlichen Rechtsgeschäft aus, das zu einer Übertragung der Rechtsposition *uno actu* führt.<sup>254</sup> Die Vertragsübernahme wird nach herrschender Auffassung als einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne der Einheitstheorie verstanden. Auch die Judikatur des OGH hat dies bereits mehrfach deutlich ausgesprochen, indem betont wurde, dass das Schuldverhältnis in seiner Gesamtheit mit dem neuen Partner

---

<sup>248</sup> Vgl dazu Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1406 Rz 2 mwN.

<sup>249</sup> OGH 8 Ob 34/08w.

<sup>250</sup> Siehe Ausführungen Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1406 Rz 2.

<sup>251</sup> 2 Ob 509/79; EvBl 1973/65; 1975/30 = JBl 1975, 429; DRdA 1982, 413 (Bernat); SZ 56/140 = JBl 1984, 439; JBl 1986, 131 (Krejci); 1988, 720; 1990, 717; RdW 1998, 334; EvBl 2001/173.

<sup>252</sup> Vgl dazu statt vieler VwGH 87/15/0145 mwN.

<sup>253</sup> Konezny, RdW 2003, 539.

<sup>254</sup> Vgl dazu ausführlich Frotz/Hügel/Popp, Gebührengesetz, § 33 TP 21, 21.

„fortgesetzt“ wird.<sup>255</sup> Gegenstand einer Vertragsübernahme kann jedenfalls nur ein noch nicht beiderseits erfüllter Vertrag sein.<sup>256</sup>

Neben der rechtsgeschäftlichen Vertragsübernahme gibt es auch den kraft Gesetzes wirkenden Eintritt in ein Rechtsverhältnis. Wichtigster Fall ist der Eintritt bestimmter naher Angehöriger in das Mietverhältnis nach dem Tode des Mieters.<sup>257</sup>

Auch beim Vertragseintritt, bei dem neben den bisherigen Vertragsparteien ein Dritter hinzukommt, der kumulativ alle Rechte und Pflichten übernimmt, bedarf es der Zustimmung des anderen Vertragsteiles.<sup>258</sup>

## E. Übertragungsbeschränkungen

### 1. Vinkulierungen

Das in § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG erwähnte gesellschaftsvertragliche Erfordernis der Zustimmung der Gesellschaft zur Anteilsübertragung einer GmbH wird in der Lit und Rsp „Vinkulierung“ von Geschäftsanteilen genannt.<sup>259</sup> Das GmbHG selbst verwendet das Wort „Vinkulierung“ nicht, sondern spricht von einer Bindung der Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft.<sup>260</sup>

Vinkulierungsklauseln in Gesellschaftsverträgen sollen es den Gesellschaftern insb ermöglichen, unliebsamen Personen (insb Konkurrenten oder schlecht beleumundeten Personen) den Eintritt in die Gesellschaft zu verwehren.<sup>261</sup> Sie scheinen daher in der Praxis weit verbreitet zu sein.<sup>262</sup>

Eine gesellschaftsvertragliche Vinkulierung ist in bestimmten gesetzlich genannten Fällen geboten, etwa wenn an einen Geschäftsanteil Rechte zur Entsendung in den Aufsichtsrat geknüpft<sup>263</sup> oder einem Gesellschafter Nebenleistungspflichten auferlegt werden sollen.<sup>264</sup>

<sup>255</sup> So zB OGH 7 Ob 31/99f; siehe auch Ertl in *Rummel*<sup>3</sup> § 1406 ABGB Rz 2 mwN.

<sup>256</sup> OGH 4 Ob 506/81; 5 Ob 688/82; 4 Ob 355/97b.

<sup>257</sup> Siehe § 14 MRG.

<sup>258</sup> *Koziol/Welser*, II<sup>13</sup>, 129.

<sup>259</sup> Vgl etwa *Koppensteiner/Rüffler*<sup>3</sup> § 76 Rz 4; *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1994, 757; *J. Zehetner / U. Zehetner*, GBU 2004/12/13; *Schmidsberger* in *Kalss/Rüffler* 96; vgl demgegenüber für Deutschland etwa *Winter/Seibt* in *Scholz*, GmbHG<sup>10</sup> § 15 Rz 119 [schlicht „Genehmigung“].

<sup>260</sup> Vgl § 8 Abs 2, § 30 c Abs 2 GmbHG.

<sup>261</sup> Vgl OGH 5 Ob 103/65; *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1994, 757; *Koppensteiner* in FS *Druey*, 431 [zB auch Erhaltung der Familienstruktur]; *Nitsche* in FS *Jelinek*, 190 [„Wahrung der personalistischen Struktur“]; *Schmidsberger* in *Kalss/Rüffler* 96; *Umfahrer*, GesRZ-Spezial 2006, 32; *Thöni*, *ecolex* 1992, 238 [„ganz generell die Abwehr jedweden von der Gesellschaft nicht gebilligten Fremdeinflusses“; mN]; *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen, 200; für Differenzierungen s etwa *Loritz*, NZG 2007, 364 f [gegen eine pauschale Annahme der Verhinderung des Eindringens Fremder als Vinkulierungszweck].

<sup>262</sup> Vgl *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1994, 757; 83%; *Schmidsberger* in *Kalss* 96; *U. Torggler*, Treuepflichten 168 f; *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenzforum 2007, 91 [mehr als 80%].

<sup>263</sup> § 30 c Abs 2 GmbHG.

<sup>264</sup> § 8 Abs 2 GmbHG; vgl auch *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen 44 f.

Außerhalb des GmbHG findet sich ein Vinkulierungserfordernis etwa in § 6 Abs 3 WGG.<sup>265</sup> In diesen Fällen soll die Übertragungsbeschränkung erst bei entsprechender Regelung im Gesellschaftsvertrag wirksam sein.<sup>266</sup> Demgegenüber ist das Zustimmungserfordernis in § 2 Abs 4 InvFG<sup>267</sup> und § 2 Abs 4 ImmoInvFG<sup>268</sup> bereits gesetzlich angeordnet.<sup>269</sup> Auch § 3 Abs 3 BetFG<sup>270</sup> verlangt die Anteilsvinkulierung, doch können Beteiligungsfondsgesellschaften bloß in der Rechtsform der AG bestehen. In § 45 Abs 2 und § 48 Abs 3 GmbHG ist eine Vinkulierung ex lege für die Dauer der Revision bzw des Rechtsstreits angeordnet.<sup>271</sup> Die gesellschaftsvertragliche Vinkulierung von Geschäftsanteilen kann zwar nicht in das Firmenbuch eingetragen werden<sup>272</sup>, sie wirkt aber nach hM gleichwohl absolut.<sup>273</sup>

## 2. Aufgriffsrechte

In der Praxis finden sich neben Vinkulierungsklauseln häufig auch Klauseln betreffend Vorkaufsrechte und (sonstige) Aufgriffsrechte.<sup>274</sup> Mit derartigen Klauseln können Abwehrinteressen wie auch Erwerbsinteressen verfolgt werden.<sup>275</sup>

<sup>265</sup> § 6 Abs 3 WGG: „Die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder die Übertragung von Aktien muss an die Zustimmung des Aufsichtsrates gebunden sein.“

<sup>266</sup> Siehe Reich-Rohrwig 618; Weismann, Übertragungsbeschränkungen 44 ff.

<sup>267</sup> § 2 Abs 4 InvFG: „Die Aktien einer Kapitalanlagegesellschaft müssen auf Namen lauten. Die Übertragung von Aktien oder Geschäftsanteilen einer Kapitalanlagegesellschaft bedarf der Zustimmung des Aufsichtsrates der Gesellschaft.“

<sup>268</sup> § 2 Abs 4 ImmoInvFG: „Die Aktien einer Kapitalanlagegesellschaft für Immobilien müssen auf Namen lauten. Die Übertragung von Aktien oder Geschäftsanteilen einer Kapitalanlagegesellschaft für Immobilien bedarf der Zustimmung des Aufsichtsrates der Gesellschaft.“

<sup>269</sup> Vgl Weismann, Übertragungsbeschränkungen 46 mN; undeutlich jedoch Schmidberger in Kalss/Rüffler 96.

<sup>270</sup> § 3 Abs 3 BetFG: „Die Aktien einer Beteiligungsfondsgesellschaft müssen auf Namen lauten und dürfen nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates übertragen werden.“

<sup>271</sup> vgl auch Weismann, Übertragungsbeschränkungen 45 f.

<sup>272</sup> Siehe OGH 6 Ob 313/99 v, RIS-Justiz RS011360; Koppensteiner/Rüffler<sup>3</sup> § 76 Rz 7; Umfahrer<sup>6</sup> Rz 732, 735; dens, GesRZ-Spezial 2006, 32; Gellis/Feil<sup>7</sup> § 76 Rz 3 aE; vgl auch Fellner, RdW 2000, 583.

<sup>273</sup> Dingliche Wirkung; siehe OGH 10 Ob 132/05 t; 6 Ob 205/04 x; 1 Ob 8/00 h [zu Vorkaufsrecht]; 6 Ob 313/99 v [Publizität durch Urkundensammlung]; 8 Ob 631/90 [zu Vorkaufsrecht; krit zur Parallelität zum Zessionsverbot Geist, ÖJZ 1996, 414, 415], Thiery, ecolex 1992, 481; weiters OGH 7 Ob 2350/96 f, SZ 70/98; Koppensteiner/Rüffler<sup>3</sup> § 76 Rz 7; Kastner/Doralt/Nowotny<sup>5</sup>, 422; Krejci, ecolex 1992, 561 [zu vinkulierten Namensaktien]; Gellis/Feil<sup>7</sup> § 76 Rz 3 aE; Kralik in FS Kastner, 217 f [absolute Wirkung iSd § 364 c Satz 2 ABGB; mit Hinweisen auf den Wortlaut des § 76 Abs 2 und des § 77 sowie die Registerpublizität]; Geist, ÖJZ 1996, 417; Tichy, RdW 1998, 56; dens, Syndikatsverträge 201; Fantur / J. Zehetner, ecolex 2000, 430; J. Zehetner / U. Zehetner, GBU 2004/12/13; Karollus/Artmann, GesRZ 2001, 65; Nitsche in FS Jelinek, 190; Kalss in Kalss/Schauer, Unternehmensnachfolge 95; Schmidberger in Kalss/Rüffler 96; Fellner, RdW 2000, 583; Höller, ZIK 2004, 152; Umfahrer<sup>6</sup> Rz 732, 735; dens, GesRZ-Spezial 2006, 31 f; dens in Apathy 109; Gurmman/Sakowitsch, GeS 2008, 136; Weismann, Übertragungsbeschränkungen 46 f, 101, 151 ff [mit ausf dogmatischer Darstellung und zahlreichen Nw]; Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 4/307 [„selbst gegenüber einem gutgläubigen Erwerber“]; vorsichtig auch H. Torggler, GesRZ 1990, 192; vgl auch Hager-Rosenkranz, wbl 2006, 253 f [§ 1396 a ABGB auf Geschäftsanteile nicht anwendbar].

<sup>274</sup> Vgl Schmidberger in Kalss/Rüffler 105; zur Koppelung von Vinkulierungsbestimmungen mit Erwerbsvorrechten vgl auch G. Hueck in FS Larenz, 751.

<sup>275</sup> Dazu Weismann, Übertragungsbeschränkungen 123; vgl auch G. Hueck in FS Larenz, 751; Geist, ÖJZ 1996, 415; Kalss in Kalss/Schauer, Unternehmensnachfolge 94; weiters Koppensteiner/Rüffler<sup>3</sup> § 76 Rz 10.

Zu den „Aufgriffsrechten“ werden entsprechend etwa Vorkaufsrechte bzw vorkaufsrechtsähnliche Konstruktionen gezählt<sup>276</sup>; die Bandbreite möglicher Gestaltungsvarianten schließt die Option ein.<sup>277</sup> Häufig kommen in der Praxis der sog „Vorhand“ ähnelnde Ausgestaltungen vor.<sup>278</sup>

Aufgriffsrechte sind zwar – ebenso wie Vinkulierungsbestimmungen – nicht im Firmenbuch eintragungsfähig<sup>279</sup>, doch wirken derartige Regelungen, wenn sie im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sind, grundsätzlich<sup>280</sup> als dingliche Verfügungsverbote.<sup>281</sup>

Dem widersprechende Verfügungsgeschäfte sind rechtsunwirksam<sup>282</sup>, was auch dann gilt, wenn der Vertragspartner gutgläubig ist.<sup>283</sup>

<sup>276</sup> Tichy, RdW 1998, 56, 58; weiters *Umfahrer*, GesRZ-Spezial 2006, 29 [keine Gleichsetzung mit dem engeren Begriff des Vorkaufsrechts iSd §§ 1072 ff ABGB]; *Fellner*, GeS 2008, 145.

<sup>277</sup> Vgl Tichy, RdW 1998, 56, 58; zur Option siehe *Aicher in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1072 Rz 33; vgl auch *G. Hueck* in FS *Larenz*, 752, 756 [„Ankaufsrecht“: Recht, „unter näher bestimmten Voraussetzungen von einem Gesellschafter die Abtretung seines Geschäftsanteils zu verlangen“].

<sup>278</sup> Vgl *Geist*, ÖJZ 1996, 415 [mit Kritik an der konkreten Qualifikation des Aufgriffsrechts als Vorkaufsrecht in OGH 8 Ob 631/90; dieser Kritik zustimmend *Tichy*, RdW 1998, 55, 58 FN 49]; *Tichy*, RdW 1998, 58 f; *G. Hueck* in FS *Larenz*, 752 [„Verpflichtung eines veräußerungswilligen Gesellschafters zu vorrangigem Angebot an den oder die Berechtigten“]; OLG Wien 28 R 84/96 w NZ 1997, 332; zur Vorhand auch *F. Bydlinski* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB IV/2<sup>2</sup>, 799 ff.

<sup>279</sup> Siehe idZ ua OGH 6 Ob 313/99 v; *Umfahrer*<sup>6</sup> Rz 732.

<sup>280</sup> *Rauter in Straube*, GmbHG § 76 Rz 148.

<sup>281</sup> absolute Wirkung; siehe OGH 10 Ob 132/05 t; 6 Ob 289/05 a; 6 Ob 205/04 x [„absolute Wirkung“]; 8 ObA 44/01 f [„absolut wirkende Vorkaufsrechte“]; 6 Ob 313/99 v [„Registerpublizität“ durch Einreihung des Gesellschaftsvertrages in die Urkundensammlung]; 1 Ob 8/00 h [iZm Vorkaufsrecht; „absolute Vinkulierungswirkung“], *Zehetner*, ecolex 2000, 585; 8 Ob 631/90 [bzgl Vorkaufsrecht; krit zur Parallelität zum Zessionsverbot *Geist*, ÖJZ 1996, 414, 415, 418], ecolex 1992, 481 [zust *Thiery*]; RIS-Justiz RS0020381; OLG Wien 28 R 84/96 w, NZ 1997, 332; *Koppensteiner/Rüffler*<sup>3</sup> § 76 Rz 9; *Gellis/Feil*<sup>7</sup> § 76 Rz 5.4; *Umfahrer*<sup>6</sup> Rz 732; *Geist*, ÖJZ 1996, 417; *H. Torggler*, GesRZ 1990, 192; *Tichy*, Syndikatsverträge 201 f; *Kalss* in *Kalss/Schauer*, Unternehmensnachfolge 81; *Kalss/Eckert*, RdW 2007, 133; *Hager-Rosenkranz*, wbl 2006, 255; *Fellner*, GeS 2008, 144; *Rüffler*, wbl 2008, 357; *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen 124 f; vgl auch *Reich-Rohrwig*, ecolex 1994, 758.

<sup>282</sup> Siehe OGH 8 Ob 631/90; *Tichy*, RdW 1998, 56.

<sup>283</sup> Siehe OGH 1 Ob 8/00 h; 8 Ob 631/90; OLG Wien 28 R 84/96 w, NZ 1997, 332; *Umfahrer*<sup>6</sup> Rz 732.

### 3. Abtretungsverbot

**§ 1396a.** (1) Eine Vereinbarung, dass eine Geldforderung zwischen Unternehmern aus unternehmerischen Geschäften nicht abgetreten werden darf (Zessionsverbot), ist nur verbindlich, wenn sie im Einzelnen ausgehandelt worden ist und den Gläubiger unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nicht gröblich benachteiligt. Auch ein solches Zessionsverbot steht der Wirksamkeit einer Abtretung aber nicht entgegen; sobald die Abtretung und der Übernehmer dem Schuldner bekannt gemacht worden sind, kann dieser nicht mehr mit schuldbefreiender Wirkung an den Überträger leisten, es sei denn, dass ihm dabei nur leichte Fahrlässigkeit zur Last fällt.

(2) Rechte des Schuldners gegen den Überträger wegen der Verletzung eines verbindlichen Zessionsverbots bleiben unberührt, sie können aber gegen die Forderung nicht eingewendet werden. Der Übernehmer haftet dem Schuldner nicht allein deshalb, weil er das Zessionsverbot gekannt hat.

(3) Die Abs. 1 und 2 gelten nicht für Zessionsverbote, die zwischen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einer von dieser gegründeten Einrichtung und einem Förderungswerber vereinbart werden.

Die Frage, inwieweit ein vereinbartes Zessionsverbot einem Forderungsübergang auf den Erwerber entgegensteht, insb ob ein solches absolute Wirkung hat, wurde durch den neuen § 1396a ABGB<sup>284</sup> beantwortet. Danach ist die Abtretung von Geldforderungen aus beiderseits unternehmerischen Geschäften ungeachtet eines vereinbarten Zessionsverbots wirksam.

### 4. Veräußerungs- und Belastungsverbot

**§ 364c.** Ein vertragsmäßiges oder letztwilliges Veräußerungs- oder Belastungsverbot hinsichtlich einer Sache oder eines dinglichen Rechtes verpflichtet nur den ersten Eigentümer, nicht aber seine Erben oder sonstigen Rechtsnachfolger. Gegen Dritte wirkt es dann, wenn es zwischen Ehegatten, eingetragenen Partnern, Eltern und Kindern, Wahl- oder Pflegekindern oder deren Ehegatten oder eingetragenen Partnern begründet und im öffentlichen Buche eingetragen wurde.

Das Veräußerungs- und Belastungsverbot gem § 364c ABGB ist unübertragbar.<sup>285</sup>

<sup>284</sup> BGBl I 2005/51.

<sup>285</sup> Siehe Näher dazu Spielbüchler in Rummel<sup>3</sup>, § 364c Rz 15.

## 5. Sonstige Beschränkungen

Nach einigen berufsrechtlichen Bestimmungen ist die Übertragung von Geschäftsanteilen einer GmbH insofern eingeschränkt, als bloß bestimmte Personen als Gesellschafter einer „Freiberufler-GmbH“, wie zB einer Rechtsanwalts-GmbH oder einer Wirtschaftstreuhand-GmbH, in Frage kommen, insb Angehörige des jeweiligen freien Berufes und gewisse nahe Angehörige.<sup>286</sup> Die Regelungen treffen auch Vorkehrungen für den Fall der Erbfolge<sup>287</sup>, enthalten insb für Kinder des Freiberuflers jedoch auch Altersgrenzen.

Teilweise sind in den Grundverkehrsgesetzen der Länder Regelungen vorgesehen, welche unter bestimmten Bedingungen auch den Erwerb von Geschäftsanteilen einer Gesellschaft mit Liegenschaftsbesitz der Zustimmung unterwerfen.<sup>288</sup>

## 6. Rechtliche Konsequenzen aus Übertragungsbeschränkungen

Scheint die Übertragung des Rechts oder der Sache im Zuge des singularsukzessiven Unternehmenserwerb als nicht möglich, weil entsprechende Hindernisse im Sinne von Übertragungsbeschränkungen vorliegen und solche auch nicht behoben werden können, so verbleibt diese Sache beim Veräußerer.<sup>289</sup>

---

<sup>286</sup> Vgl § 21 c Abs 1 RAO: „*Gesellschafter dürfen nur sein a) inländische Rechtsanwälte und Rechtsanwälte im Sinn der Anlage zum EIRAG, BGBl. I Nr. 27/2000, b) Ehegatten und Kinder eines der Gesellschaft angehörenden Rechtsanwalts, c) ehemalige Rechtsanwälte, die auf die Rechtsanwaltschaft verzichtet haben und die im Zeitpunkt der Verzichtleistung Gesellschafter waren oder deren Kanzlei von der Gesellschaft fortgeführt wird, d) die Witwe (der Witwer) und Kinder eines verstorbenen Rechtsanwalts, wenn dieser bei seinem Ableben Gesellschafter war oder wenn die Witwe (der Witwer) oder die Kinder die Gesellschaft mit einem Rechtsanwalt zur Fortführung der Kanzlei eingehen, e) von einem oder mehreren Gesellschaftern errichtete österreichische Privatstiftungen, deren ausschließlicher Stiftungszweck die Unterstützung der in den lit. a bis d genannten Personen ist.*“, § 68 Abs 1 WTBG: „*(1) Gesellschafter dürfen nur folgende Personen sein: 1. berufsberechtigte natürliche Personen, 2. Ehegatten und Kinder von an der Gesellschaft beteiligten Berufsberechtigten, 3. Gesellschaften, die berechtigt sind, einen Wirtschaftstreuhandberuf auszuüben, 4. nach ausländischem Recht Berufsberechtigte, wenn ihre Kapitalanteile am Gesellschaftsvermögen und ihre Stimmrechte ein Viertel nicht übersteigen, sofern zwischen Österreich und dem Staat, in dem die Berufsberechtigung erlangt wurde, Reziprozität gegeben ist und eine ähnliche Ausbildung nachgewiesen wird und die Geschäftsführung und die Vertretung nach außen mehrheitlich durch in Österreich Berufsberechtigte erfolgt, und 5. bei Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften gemäß Art. 2 Z 2 und 3 der Abschlussprüfungs-RL, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder eines Vertragsstaates des EWR oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft zugelassen sind, wenn ihre Kapitalanteile am Gesellschaftsvermögen und ihre Stimmrechte drei Viertel nicht übersteigen.*“

<sup>287</sup> Vgl etwa § 68 Abs 8 WTBG: „*Stirbt ein Berufsberechtigter, so ist sein Ehegatte bis zu seiner allfälligen Wiederverhehlung oder Begründung einer eingetragenen Partnerschaft, sind seine Kinder bis zur Vollendung ihres 35. Lebensjahres und sein eingetragener Partner bis zu einer allfälligen Verhehlung oder Begründung einer neuerlichen eingetragenen Partnerschaft berechtigt, in seine Stellung als Gesellschafter einzutreten, sofern sie seinen Geschäftsanteil von Todes wegen erworben haben. Der Ehegatte, die Kinder und der eingetragene Partner haben zu den angeführten Zeitpunkten aus der Gesellschaft auszuscheiden, wenn sie bis dahin nicht bereits selbst berufsberechtigt sind.*“

<sup>288</sup> Siehe etwa § 4 Abs 1 lit h Tir GVG, § 7 Abs 1 Vbg GVG; dazu weiters noch Kalss, wobl 1996, 1.

<sup>289</sup> Ob weitere Rechtsfolgen daran gekoppelt sind, zB Gewährleistung oder Schadenersatz dafür gefordert werden könnten, siehe Ausführungen unter III.V.

## II. Unternehmensrechtliche Regelungen

### A. Die deutsche Regelung als Ursprung

*§ 25. (1) Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betrieb begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben.*

*(2) Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist.*

*(3) Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekanntgemacht worden ist.*

#### 1. Entstehungsgeschichte

Für das Verständnis der Entstehung von § 25 dHGB sei zwischen dessen Abs 1 und 2 einerseits und Abs 3 andererseits zu unterscheiden.<sup>290</sup> Während die Haftung des Erwerbers bei handelsüblicher Bekanntmachung der Passivenübernahme (heutiger Abs 3) schon lange zuvor anerkannt gewesen sei, war die Bedeutung der Firmenfortführung für die rechtliche Behandlung von Altverbindlichkeiten und Altforderungen heftig umstritten.<sup>291</sup> In der deutschen Rechtswissenschaft gab es im Wesentlichen zwei Richtungen<sup>292</sup>: Zum einen wurde das Handelsgeschäft als rechtlich verselbständigte Vermögensmasse oder als eigenes Rechtssubjekt angesehen, dessen Aktiva und Passiva kraft Universalsukzession oder Identität trotz Inhaberwechsels mit ihm verbunden bleiben sollten. Zum anderen sah man teilweise aber auch nur die Möglichkeit einer rechtsgeschäftlichen Begründung, wobei dann strittig war, welcher Erklärungswert der Firmenfortführung beigemessen werden sollte.

Das Reichsoberhandelsgericht verfolgte die zweitgenannte Ansicht: Entscheidend sollte allein sein, ob im Innenverhältnis ein Schuldbeitritt bzw eine Forderungsabtretung vereinbart worden war, wobei die Firmenfortführung ohne Bedeutung war.<sup>293</sup>

<sup>290</sup> Dazu näher *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 1.

<sup>291</sup> Vgl Nachweise bei *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 1.

<sup>292</sup> *Gerlach*, Haftungsordnung, 5 ff; *Heckelmann*, FS *Bartholomeyczik*, 129 (137 ff); *Huber*, FS *Raisch*, 85.

<sup>293</sup> Grundlegend ROHGE 2, 47 ff; außerdem etwa ROHGE 2, 153 ff [zum Forderungsübergang]; ROHGE 12, 159; 16, 271.

Demgegenüber war die Rechtsprechung des Reichsgerichts, das 1879 an die Stelle des ROHG trat<sup>294</sup>, nicht mehr so einheitlich. Während die Mehrheit der Entscheidungen zwar der restriktiven Linie des ROHG folgte, wurde teilweise in der Firmenfortführung das an die Gläubiger gerichtete Angebot eines Schuldbeitritts gesehen.<sup>295</sup>

Trotzdem konnte der Gesetzgeber im Ergebnis von einer breiten Zustimmung zur Erwerberhaftung bei Firmenfortführung ausgehen. Dies zeigte sich insbesondere an der Diskussion auf dem 15. Deutschen Juristentag im Jahr 1880. Einig war man sich dort über die Schaffung einer Norm, nach der Forderungen und Verbindlichkeiten auf den Geschäftserwerber übergehen sollten; streitig war allein, ob dafür die Firmenfortführung erforderlich sein sollte, was aber schließlich mit großer Mehrheit bejaht wurde.<sup>296</sup>

Der Gesetzesbegründung in der Denkschrift zur Reichstagsvorlage eines Handelsgesetzbuchs<sup>297</sup> folgend, soll das Verständnis der Firma als Rechtssubjekt zwar unzutreffend sein, aber trotzdem „sei gerechtfertigt, der Verkehrsauffassung, nach welcher der jeweilige Inhaber der Firma als der Verpflichtete und Berechtigte angesehen wird, entgegenzukommen. Denn der Erwerber eines Geschäfts, der die Firma, wenngleich nur mit einem Zusatze, fortführt, erklärt dadurch seine Absicht, in die Geschäftsbeziehungen des früheren Inhabers soweit als möglich einzutreten.“

## 2. Normzweck

### 2.1. Zum Theorienstreit

Aufgrund dieser wenig klaren Erwägungen im Rahmen der Entstehungsgeschichte ist der Zweck der Norm seit langem umstritten. So entwickelten sich dazu verschiedene Theorien<sup>298</sup>, insbesondere die Erklärungs-<sup>299</sup>, Rechtsschein-<sup>300</sup> und Haftungsfondstheorie<sup>301</sup>, sowie eine Konzeption, die an der im Innenverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber regelmäßig

---

<sup>294</sup> Siehe dazu *Buschmann*, NJW 1979, 1966ff.

<sup>295</sup> So RGZ 2, 55 f; unklar RGZ 15, 53 f; krit oder ohne maßgeblichen Bezug zur Firmenfortführung argumentierend dagegen RGZ 8, 65 f; 17, 98 f; 38, 175 ff; eingehende Rechtsprechungsanalyse auch bei *Huber*, FS *Raisch*, 90 ff.

<sup>296</sup> Verhandlungen des 15. DJT, 1880, Stenographische Berichte, 132; das zugrunde liegende Gutachten von *Heinsen* ist abgedruckt in Verhandlungen des 14. DJT, 1878, Band I, 215 ff.

<sup>297</sup> Denkschrift zur Reichstagsvorlage eines HGB 36 = *Schubert/Schmiedel/Krampe*<sup>2</sup>, 978 f.

<sup>298</sup> Überblicke über den Meinungsstand bei *Hüffer*, in *GroßK*<sup>3</sup>, Rz 3 ff; *K. Schmidt*, HandelsR<sup>5</sup>, § 8, 215 ff; *Canaris*, Handelsrecht § 7 Rz 6 ff.

<sup>299</sup> *Säcker*, ZGR 1973, 272 ff.

<sup>300</sup> *Gotthardt*, BB 1987, 1900 ff; *A. Hueck*, ZHR 108, 7 f; *Nickel*, NJW 1981, 102; *GK/Nickel*, § 25 HGB Rz 1; *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, HGB § 25 Rz 1a.

<sup>301</sup> *Raisch*, Unternehmensrecht I, 1973, 110; in kombiniertes Vermögensübernahme- und Verkehrsschutzprinzip vertritt *Schricker* ZGR 1972, 150 ff.

vorliegenden Erfüllungsübernahme ansetzt<sup>302</sup>; darüber hinaus gibt es eine Auffassung, die § 25 dHGB de lege lata und de lege ferenda jeden vernünftigen Sinn abspricht.<sup>303</sup> Letzteres geht sicherlich zu weit<sup>304</sup>; zuzugeben ist aber, dass der Theorienstreit die Erkenntnis trotz einzelner fruchtbarer Aspekte letztlich wenig gefördert habe.<sup>305</sup> Auch in der Rechtsprechung habe er wenig Bedeutung erlangt, so erscheint die Berufung auf die eine oder andere Theorie fast durchwegs formelhaft, wobei konkrete Ergebnisse daraus kaum einmal abgeleitet worden sind.<sup>306</sup>

Die Haftungsanordnung des § 25 Abs 1 dHGB ist für den Regelfall zunächst einmal schon deswegen angemessen, weil in den meisten Fällen ohnehin eine – kaufpreismindernde(!) – Erfüllungsübernahme des Erwerbers vereinbart worden und daher der Erwerber im Innenverhältnis ohnehin verpflichtet sein wird, die Altgläubiger zu befriedigen.<sup>307</sup> In der Realität dürfte der Übergang des Unternehmens als wirtschaftliches Ganzes und damit auch der Passiva daher die Regel darstellen, so dass § 25 dHGB insoweit durchaus zutreffend einer darauf gestützten, verbreiteten Verkehrserwartung entspricht. Mit § 25 Abs 1 dHGB verleiht der Gesetzgeber diesem vermuteten Innenverhältnis lediglich eine im Übrigen dispositive Außenwirkung, wobei die Firmenfortführung ein relativ verlässliches Indiz für eine entsprechende Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Veräußerer und Erwerber sein soll: Die Fortführung der Firma durch den Erwerber signalisiert eine (vereinbarte) Haftungskontinuität, der der Gesetzgeber die oben erwähnte dispositive Außenwirkung verleiht und damit den Gläubigern insbesondere den unmittelbaren weiteren Zugriff auf Substanz und Ertrag des übernommenen Vermögens gewährleistet.<sup>308</sup> Dies ist im Übrigen auch schon deswegen sinnvoll, wenn nicht sogar erforderlich, weil der Veräußerungserlös bei Berücksichtigung der übernommenen Passiva deutlich geringer sein wird als der Gesamtwert der Aktiva, die den Gläubigern bis dahin als Zugriffsmasse zur Verfügung standen. Außerdem erspart ihnen die gesetzliche Regelung die Notwendigkeit der hastigen Realisierung ihrer

<sup>302</sup> Heckelmann, FS Bartholomeyczik, 137 ff; Gerlach, Haftungsordnung, 36 ff [der sogar regelmäßig eine Schuldübernahme zugunsten der Gläubiger für gegeben hält]; Axer, Abstrakte Kausalität, 1986, 160 ff; ansatzweise auch Pahl, Handelsregistereintragung und Bekanntmachung, 1987, 227 f.

<sup>303</sup> Canaris, Systemdenken und Systembegriff, 131 f; ders Vertrauenshaftung, 187; Canaris, Handelsrecht § 7 Rz 16 ff (zu § 25 dHGB); Canaris, ZIP 1989, 1166 f; ders, FS Frotz, 17 ff; Fischer LM § 28 Nr 3; Nitsche ÖZW 1976, 48 f; krit auch Schrickner ZGR 1972, 149 f; eine eigenständige, primär auf § 25 Abs 1 S 2 abstellende Begründung hat Börner, FS Möhring, 37 ff versucht.

<sup>304</sup> aA Canaris, Handelsrecht § 7 Rz 14 [das Unternehmen sei ein Vermögensgegenstand wie jeder andere auch]; ausführlich Lieb, Haftung, 6 ff.

<sup>305</sup> K. Schmidt, HandelsR<sup>5</sup>, § 8, 215; aA mit entsprechend breiter Darstellung des Streits Zimmer/Scheffel in E/B/J § 25 HGB Rz 8 ff.

<sup>306</sup> Zimmer/Scheffel in E/B/J § 25 HGB Rz 1, die die praktische Relevanz des Theorienstreits bejahen.

<sup>307</sup> Vgl hierzu Heckelmann, FS Bartholomeyczik, 140 ff; Säcker ZGR 1973, 275; Gerlach, Haftungsordnung, 36 ff; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 29; Zimmer/Scheffel in E/B/J § 25 HGB Rz 5, 21.

<sup>308</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 9.

Forderungen gegen den Veräußerer nach Unternehmensübertragung; die Erwerberhaftung erweist sich von daher als sinnvolles, stabilisierendes, die Kontinuität wahrendes Element und gewährleistet damit Rechtssicherheit in einer oftmals heiklen Übergangssituation.<sup>309</sup>

Die von § 25 Abs 1 S 1 dHGB angeordnete, an sich recht weitgehende Haftung des Erwerbers auch mit seinem Privatvermögen<sup>310</sup>, erklärt sich aus der Schwierigkeit, wenn nicht Unmöglichkeit der Vermögensseparierung bei der (Fort-)Führung von Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit, sowie daraus, dass die persönliche Haftung des Veräußerers dem Gläubiger nach Ablauf der Frist des § 26 dHGB praktisch nicht mehr zur Verfügung steht.<sup>311</sup>

Die Abdingbarkeit der Haftungsanordnung des § 25 Abs 1 S 1 dHGB gemäß § 25 Abs 2 dHGB rechtfertigt sich schließlich dadurch, dass sie im Regelfall nur dann erfolgen wird, wenn der Erwerber die Passiva nicht übernommen, dann aber auch einen entsprechend höheren Kaufpreis entrichtet haben wird, so dass sich das den (Alt-)Gläubigern haftende Vermögen nicht verringert hat.<sup>312</sup>

## 2.2. Zur Kontinuitätstheorie Karsten Schmidts

Besondere Betrachtung erfordert die von *Karsten Schmidt* vorgelegte Kontinuitätslehre.<sup>313</sup> *Schmidt* geht – verkürzt dargestellt – davon aus, dass den Vorschriften der §§ 25 ff dHGB ein einheitliches unternehmensrechtliches Prinzip des Inhalts zugrunde liege, dass bei Wechsel des Unternehmensträgers der neue Inhaber (bei § 28 dHGB die Gesellschaft) allein schon kraft Unternehmensidentität für die Altverbindlichkeiten hafte.<sup>314</sup> Diese Haftungskontinuität solle daher auch bei § 25 dHGB von der Firmenfortführung unabhängig und entgegen der §§ 25 Abs 2, 28 Abs 2 dHGB zwingend sein. Sie sei eingebettet in die umfassendere Lehre vom Handelsrecht als dem Außenprivatrecht der Unternehmen.<sup>315</sup>

<sup>309</sup> Diesem Haftungsgrund zust *Zimmer/Scheffel* in *E/B/J* § 25 HGB Rz 21 und *Koller/Roth/Morck*, HGB § 25 Rz 2.

<sup>310</sup> Bedenken deswegen insbes bei *Canaris*, Handelsrecht § 7 Rz 14 und *Canaris*, FS *Frotz*, 19 f.

<sup>311</sup> Dazu *Lieb*, Haftung, 5 ff; aA *Canaris*, FS *Frotz*, 17 ff.

<sup>312</sup> *Lieb*, in *MünchK HGB* § 25 Rz 11.

<sup>313</sup> Grundlegend ZHR 145, 2 ff und *K. Schmidt*, HandelsR<sup>5</sup>, § 8, 225; außerdem ZGR 1992, 621; ZIP 1989, 1028 f; NJW 1982, 1648; 1984, 1187; 1987, 1633; MDR 1994, 133; abl etwa *Canaris*, ZIP 1989, 1161 ff, insbes 1166; *ders*, FS *Frotz*, 21 f; *Canaris*, Handelsrecht § 7 Rz 13 ff; *Axer*, Abstrakte Kausalität, 155 ff; *Pahl*, Handelsregistereintragung und Bekanntmachung, 221 f; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 17 f; *Zöllner* ZGR 1983, 88 f.

<sup>314</sup> Die Unternehmenskontinuität als Prinzip des § 25 dHGB wird auch in der Rspr vereinzelt betont, allerdings ohne dass daraus die weitreichenden Konsequenzen *K. Schmidts* gezogen würden, vgl BGH NJW 1984, 1187; m Anm *K. Schmidt*; BGH NJW 1992, 912; BayObLG NJW-RR 1988, 870; OLG Düsseldorf GmbHR 1991, 316; sehr weitgehend LG Berlin ZIP 1993, 1478.

<sup>315</sup> *K. Schmidt*, JuS 1985, 249 und 939; *ders*, Gegenwartsaufgaben, 31 ff; *ders* HandelsR § 1, 6, § 1, 11, §§ 3 und 4 47 ff, insbes auch 86 f; krit hierzu *Bydlinski*, Sonderprivatrecht; *Vossius* JuS 1985, 936; *Zöllner*, ZGR 1983, 82; *Canaris*, Handelsrecht § 1 Rz 23 ff.

Diese Lehre habe zwar die Diskussion außerordentlich befruchtet; insbesondere stellt dabei der Kontinuitätsaspekt eine tragfähige Grundlage für das grundsätzliche Normverständnis dar.<sup>316</sup> Die deutsche Lehre<sup>317</sup> könne *Schmidt* aber in der für ihn zentralen, aber bisher kaum begründeten<sup>318</sup> Übersteigerung, wonach die Haftungskontinuität als zwingendes Prinzip angesehen werden soll, nicht folgen.<sup>319</sup> Dafür bestehe vielmehr zumindest dann weder ein Bedürfnis, noch lasse sich die Haftungserstreckung dem Erwerber gegenüber rechtfertigen, wenn er nur die Aktiva des Unternehmens übernommen und diese voll bezahlt hat, die Passiva also – entgegen der Regel – nicht kaufpreismindernd berücksichtigt wurden. In diesem Fall geschieht den Altgläubigern durch einen Haftungsausschluss gemäß § 25 Abs 2 dHGB „kein Unrecht“. Außerdem muss die Möglichkeit der Übernahme des Unternehmens unter Ausschluss der Passiva schon deswegen erhalten bleiben, weil sonst Unternehmensveräußerungen außerordentlich erschwert würden.<sup>320</sup>

Die Erforderlichkeit eines Haftungsausschlusses besteht erst recht in den von *Canaris*<sup>321</sup> in den Mittelpunkt seiner Überlegungen gestellten Fällen, in denen der Veräußerer bereits mehr oder weniger insolvent war; hier ist das Unternehmen nur dann noch veräußerlich, wenn das Risiko der Haftung für die (womöglich unüberschaubaren) Verbindlichkeiten des Veräußerers zuverlässig ausgeschlossen werden kann. Dies sei jedenfalls dann auch ohne weiteres akzeptabel, wenn der Erwerber den vollen Wert der übernommenen Aktiva vergütet, so dass die den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsmasse im Vermögen des Veräußerers ungeschmälert bleibt.<sup>322</sup>

Die entgegengesetzte Grundposition *Schmidts* scheint gerade umgekehrt maßgeblich von der auf die sog übertragende Sanierung<sup>323</sup> entwickelten Vorstellung beeinflusst zu sein, es gehe nicht an, die haftungsfreie Verwendung der Betriebsmittel eines Unternehmens für einen Neuanfang zu erlauben; gerade insoweit scheint ihm vielmehr die Verwirklichung von Haftungskontinuität zwingend geboten zu sein.<sup>324</sup> Dem könne jedoch schon deswegen nicht gefolgt werden, weil die Altgläubiger im Gegensatz zur Konzeption *Schmidts*, der von der unbewiesenen Prämisse der Notwendigkeit der Einheit von Aktiva und Passiva ausgeht, keinerlei Anspruch darauf haben, dass sich Sanierungen innerhalb des bisherigen

<sup>316</sup> *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 13.

<sup>317</sup> So *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 23.

<sup>318</sup> Krit *Canaris*, FS *Frotz*, 21 f.

<sup>319</sup> Dazu ausführlich *Canaris*, ZIP 1989, 1161 ff.

<sup>320</sup> *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 13.

<sup>321</sup> *Canaris*, FS *Frotz*, 11 ff; *ders*, Handelsrecht § 7 Rz 25 ff.

<sup>322</sup> *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 14.

<sup>323</sup> *Schmidt*, ZIP 1980, 336: Verkauf der Vermögensgegenstände eines insolventen Unternehmens auf einen anderen - oft neu gegründeten - Rechtsträger

<sup>324</sup> *K. Schmidt*, Umbruch, 67, insbes 82 ff; *ders*, ZIP 1989, 1026 ff; *ders*, ZGR 1992, 621 ff; dagegen eingehend *Canaris*, ZIP 1989, 1161.

Unternehmensträgers vollziehen bzw dass zukunftsgerichtete Sanierungsbeiträge auch ihnen zugute kommen, obwohl ihre Forderungen durch die bisherige wirtschaftliche Entwicklung bereits ganz oder teilweise entwertet wurden. Sichergestellt werden müsse allein, dass der vom Erwerber gezahlte Preis die Zerschlagungswerte, die den (Alt-)Gläubigern zumindest erhalten bleiben müssen, nicht unterschreitet. Dies könne systemgerechter durch entsprechende Anfechtungsvorschriften sichergestellt werden.<sup>325</sup> Generell könne und müsse man daher, insbesondere auch mit Stoßrichtung gegen manche Entscheidungen, formulieren, dass die haftungsfreie Übertragung der Aktiva eines Unternehmens jedenfalls dann unbedenklich ist, wenn als Gegenwert wenigstens der Zerschlagungswert ins Vermögen des Veräußerers gelangt.<sup>326</sup>

Schließlich hat *Schmidt* noch versucht, seine Thesen durch Vergleich mit der Rechtslage bei der juristischen Person zu untermauern, wenn er ausführt, es sei der Zweck der Haftungskontinuität, das Manko auszugleichen, das darauf beruhe, dass dem einzelkaufmännischen Unternehmen die Rechtsfähigkeit fehle.<sup>327</sup> Dieser Vergleich hinke jedoch deswegen, weil bei juristischen Personen den Gläubigern nur deren Vermögen haftet und diese Haftung erhalten bleiben müsse, während bei einzelkaufmännischen Unternehmen die Eigenhaftung des bisherigen Unternehmers erhalten bleibt. Auch daraus könne infolgedessen die Notwendigkeit einer zwingenden Haftung gemäß § 25 dHGB nicht hergeleitet werden.

Auch die Forderung nach Verzicht auf das Merkmal der Firmenfortführung sei selbst de lege ferenda problematisch. Es trifft zwar zu, dass die gesetzliche Haftungsanordnung nicht allein auf dieses Tatbestandsmerkmal gegründet werden könne, jedoch eröffne andererseits das geltende Recht die nützliche Möglichkeit, das Eingreifen der Haftungsanordnung des § 25 Abs 1 S 1 dHGB allein schon durch das Unterlassen der Firmenfortführung zu verhindern, ohne dass es einer Vereinbarung gemäß § 25 Abs 2 dHGB bedarf.<sup>328</sup>

<sup>325</sup> Zutr *Canaris*, ZIP 1989, 1163 f.

<sup>326</sup> Dazu *Lieb*, FS *Vierregge*, 557 ff.

<sup>327</sup> *K. Schmidt*, HandelsR<sup>5</sup>, § 4, 86 f.

<sup>328</sup> Zur Konzeption von *K. Schmidt* HandelsR<sup>5</sup>, auch *Huber*, FS *Raisch*, 112 ff.

### 3. Anwendungsbereich

#### 3.1. Abgrenzung zu § 28 dHGB<sup>329</sup>

Die Abgrenzung der beiden, auf Haftungskontinuität ausgerichteten, Bestimmungen der §§ 25, 28 dHGB, sei vor allem deswegen erforderlich, weil nur § 25 dHGB, nicht dagegen auch § 28 dHGB, die Fortführung der vom bisherigen Einzelkaufmann geführten Firma voraussetzt. Sie wurde früher so verstanden, dass es sich bei § 25 dHGB um einen vollständigen, bei § 28 dHGB dagegen nur um einen teilweisen Inhaberwechsel handle.<sup>330</sup> Dies sei deswegen nicht ganz korrekt, weil es sich auch bei den durch § 28 dHGB angesprochenen Personenhandelsgesellschaften um eigene, selbständige Unternehmensträger handelt.<sup>331</sup> Entscheidend bleibe aber, dass der Altunternehmer bei § 28 dHGB am neuen Unternehmensträger beteiligt ist, während er sich bei § 25 dHGB des von ihm betriebenen Unternehmens gänzlich entledigt. Aus dieser Beteiligung des bisherigen Einzelkaufmanns rechtfertige es sich, dass die entstandene Gesellschaft bei § 28 dHGB für die (Alt-) Verbindlichkeiten des bisherigen Einzelkaufmanns auch ohne Firmenfortführung haftet, während bei § 25 dHGB die Haftungserstreckung auf den Erwerber jedenfalls de lege lata die Firmenfortführung voraussetzt.

Es bestehen jedoch erhebliche und streitige Unklarheiten, weil der Gesetzgeber allein auf die unproblematischen Grundfälle fixiert gewesen sei<sup>332</sup>, so dass in Bezug auf problematische Zwischenlagen Lücken geblieben sind, bezüglich derer sowohl streitig sei, ob sie überhaupt geschlossen werden sollen, als auch, ob die Lückenfüllung an § 25 dHGB<sup>333</sup> oder an § 28 dHGB<sup>334</sup> zu orientieren sei.<sup>335</sup>

---

<sup>329</sup> § 28 dHGB: „(1) Tritt jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, so haftet die Gesellschaft, auch wenn sie die frühere Firma nicht fortführt, für alle im Betrieb des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers. Die in dem Betrieb begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf die Gesellschaft übergegangen. (2) Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder von einem Gesellschafter dem Dritten mitgeteilt worden ist. (3) Wird der frühere Geschäftsinhaber Kommanditist und haftet die Gesellschaft für die im Betrieb seines Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten, so ist für die Begrenzung seiner Haftung § 26 entsprechend mit der Maßgabe anzuwenden, daß die in § 26 Abs. 1 bestimmte Frist mit dem Ende des Tages beginnt, an dem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird. Dies gilt auch, wenn er in der Gesellschaft oder einem ihr als Gesellschafter angehörenden Unternehmen geschäftsführend tätig wird. Seine Haftung als Kommanditist bleibt unberührt.“

<sup>330</sup> Würdinger in GroßkommHGB § 28 Anm 1; Düringer/Hachenburg/Hoeniger, HGB § 25 Anm 1 und § 28 Anm 1; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB § 28 Anm 1a; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 87, 91.

<sup>331</sup> Siehe Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 87, 91.

<sup>332</sup> Zutr Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 28 Rz 30.

<sup>333</sup> So K. Schmidt, HandelsR<sup>5</sup>, § 8, 224.

<sup>334</sup> So Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 93 f, § 28 Rz 30.

<sup>335</sup> Vgl ausführlicher Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 19 mwN.

### 3.2. Analoge Anwendung

Die Haftungsanordnung des § 25 Abs 1 S 1 dHGB ist angesichts der Tatbestandsmerkmale „Handelsgeschäft“ und (Fortführung der bisherigen) „Firma“ auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen der Veräußerer bereits Kaufmann war.<sup>336</sup> Es wird jedoch seit längerem diskutiert, ob § 25 dHGB nicht auch analog auf die Übertragung nichtkaufmännischer Unternehmen<sup>337</sup> (eventuell sogar unter Einschluss der nichtgewerblichen freien Berufe)<sup>338</sup> angewandt werden könne.<sup>339</sup>

Eine Stellungnahme dazu fällt der deutschen Literatur schwer.<sup>340</sup> Das liegt unter anderem auch daran, weil die ratio des § 25 dHGB sehr umstritten ist; so sei diese Bestimmung zwar eine nützliche und plausibel zu rechtfertigende, aber nicht unbedingt erforderliche Vorschrift.<sup>341</sup> Bereits dies könnte aber einer Analogie entgegenstehen: In ihrem eigenen Geltungsbereich unklare Normen sind zumindest nur bedingt analogiefähig. Dazu kommt, dass gerade die im Rahmen einer Analogie auf nichtkaufmännische Unternehmen fehlenden Tatbestandsmerkmale der (bisherigen) Firma des Veräußerers und der Firmenfortführung durch den Erwerber in Stellenwert und Tragweite besonders unsicher seien.<sup>342</sup> Andererseits sei aber das Gläubigerinteresse an der Erhaltung des Zugriffs auf Substanz und Erträge des Unternehmens weitgehend identisch. Ein spezifisch handelsrechtlicher Gehalt des § 25 dHGB sei daher nicht ohne weiteres zu erkennen; die Probleme ergeben sich vielmehr aus der Unternehmensübertragung als solcher, weniger aus der Übertragung gerade eines Handelsgeschäfts.<sup>343</sup> Außerdem sei auch die Abgrenzung im Firmenrecht nicht ausreichend klar geregelt.<sup>344</sup> Es würde daher in der Praxis nicht selten Zweifel geben, ob denn nun ein zu übertragendes Unternehmen ein Handelsgeschäft darstellt oder nicht. Diese Unschärfen beruhen allerdings auf der aus heutiger Sicht (auch nach der Reform des deutschen

<sup>336</sup> Dabei belassen es Rspr und hL, vgl etwa BGHZ 18, 250; BGHZ 22, 240 = NJW 1957, 179; BGH DB 1964, 1297; BB 1966, 876; NJW 1982, 577; 1992, 113; RGZ 55, 85 f; OLG Frankfurt OLGZ 1973, 22; OLG Zweibrücken NJW-RR 1988, 998; OLG Koblenz NJW-RR 1989, 420; *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 122 ff; *Pahl*, Handelsregistereintragung und Bekanntmachung, 228 ff; *Wilhelm*, NJW 1986, 1798; *Würdinger*, GroßkommHGB § 25 Anm 3 f; v. *Gierke/Sandrock*, Handels- und Wirtschaftsrecht § 16, 221; teilweise wurde aber die Anwendung des § 25 dHGB bei nichtkaufmännischem Veräußerer dann bejaht, wenn der Erwerber Vollkaufmann war, vgl *Schricker* ZGR 1972, 155 f; *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rz 10; *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, HGB § 25 Rz 5; *Schuhmacher* in *Straube*<sup>3</sup>, § 25 Rz 4; vgl auch *Canaris*, Handelsrecht § 7 Rz 21.

<sup>337</sup> *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 84 f; *Baumbach/Hopt*, HGB § 25 Rz 2.

<sup>338</sup> Für eine Erstreckung auf alle auch nichtgewerbetreibenden Unternehmensträger *K. Schmidt*, HandelsR<sup>5</sup>, § 8, 222 f und 239; dagegen *Canaris*, Handelsrecht § 7 Rz 20; s auch *Arnold/Dötsch*, DStR 2003, 1403; OLG Köln ZIP 2001, 975.

<sup>339</sup> Der BGH (NJW 1992, 112) hat insoweit schon das Bestehen einer Regelungslücke verneint.

<sup>340</sup> *Lieb*, in *MünchK HGB* § 25 Rz 29.

<sup>341</sup> So *Lieb*, in *MünchK HGB* § 25 Rz 29.

<sup>342</sup> *Lieb*, in *MünchK HGB* § 25 Rz 29.

<sup>343</sup> Vgl *Lieb*, in *MünchK HGB* § 25 Rz 29.

<sup>344</sup> Siehe *Lieb*, in *MünchK HGB* § 25 Rz 29.

Kaufmannsbegriffs<sup>345</sup>) rechtspolitisch nicht befriedigenden Abgrenzung der §§ 1 ff dHGB.<sup>346</sup> Auch daher sei von einer analogen Anwendung des § 25 dHGB abzuraten. Vor allem aber gelte es zu berücksichtigen, dass dem Erwerber die Möglichkeit zuverlässiger Abbedingung des § 25 dHGB gewährleistet sein muss. Dies sei nur dann der Fall, wenn ihm die Möglichkeit der Eintragung einer abweichenden Vereinbarung gemäß § 25 Abs 2 dHGB offen steht; die bloße Mitteilung reiche dafür angesichts gravierender Nachweisprobleme nicht aus.<sup>347</sup> Jedenfalls müsse der Erwerber eingetragen werden können, wenn eine Analogie in Betracht kommen sollte. Damit scheiden diejenigen Fälle von vornherein aus, in denen dem Erwerber die Kaufmannseigenschaft auch fehlt.

Eine entsprechende Anwendung des § 25 dHGB komme daher nur in den Fällen in Betracht, in denen sich der Erwerber im Handelsregister eintragen lassen könne.<sup>348</sup> Dies ist der Fall, wenn ein bisher nichtkaufmännisches Unternehmen nunmehr einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.<sup>349</sup> Auch dann sei jedoch die Fortführung der Geschäftsbezeichnung des Veräußerers erforderlich, weil sonst bei Verzicht auf dieses einschränkende Merkmal des § 25 dHGB der Anwendungsbereich der Analogie weiter sein würde als derjenige der unmittelbaren Gesetzesanwendung.<sup>350</sup> Auf die Frage, ob der Erwerber eines nichtkaufmännischen Unternehmens die Geschäftsbezeichnung des Veräußerers fortführen dürfe,<sup>351</sup> komme es im Rahmen der Analogie zu § 25 dHGB deswegen nicht an, weil dort nur die tatsächliche Fortführung maßgeblich ist; ob der Erwerber dazu berechtigt war, spiele keine Rolle.<sup>352</sup>

Verneint man jedoch die analoge Anwendbarkeit des § 25 dHGB auf die Fortführung nichtkaufmännischer Unternehmen, stelle sich die davon zu unterscheidende Frage nach einer eventuellen Haftung wegen der Erweckung des Rechtsscheins des Vorliegens eines Handelsgeschäfts iS von § 25 dHGB.<sup>353</sup>

<sup>345</sup> BGBl. I 1474 vom 22.06.1998: Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften

<sup>346</sup> § 1 dHGB: „(1) Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. (2) Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, daß das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.“

<sup>347</sup> So auch Pahl, Handelsregistereintragung und Bekanntmachung, 229; Commandeur, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 122 f; Canaris, Handelsrecht § 7 Rz 20; Huber, FS Raisch, 103 ff; Zimmer/Scheffel in E/B/J § 25 HGB Rz 24.

<sup>348</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 30.

<sup>349</sup> AA Canaris, Handelsrecht § 7 Rz 21.

<sup>350</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 30.

<sup>351</sup> K. Schmidt, HandelsR<sup>5</sup>, § 12, 367; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 22 Rz 15; Heymann/Emmerich, HGB § 22 Rz 3; aA Canaris, Handelsrecht § 11 Rz 51.

<sup>352</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 30.

<sup>353</sup> Vgl Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 68ff; siehe auch nachfolgend unter III.II.A.4.5

### 3.3. Insolvenz

Auf den Erwerb eines Handelsgeschäfts im Rahmen von Insolvenzverfahren findet § 25 dHGB nach allgemeiner Auffassung<sup>354</sup> keine Anwendung<sup>355</sup>; nach dem BGH dagegen nicht für den Erwerb vom Zwangsverwalter („Sequester“).<sup>356</sup>

Letzteres wird von *Canaris* bestritten.<sup>357</sup> Er ist darüber hinaus der Auffassung, die Haftungserstreckung des § 25 dHGB müsse über die bisher anerkannten Fälle hinaus auch überall da teleologisch reduziert werden, wo eine entsprechende Haftungserwartung des Verkehrs gar nicht bestehen könne, wie insbesondere dann, wenn die gegen das Unternehmen gerichteten Forderungen bereits wertlos geworden seien.<sup>358</sup> *Canaris* stellt daher ganz allgemein den einschränkenden Rechtssatz auf, § 25 dHGB solle dann nicht eingreifen, wenn anzunehmen sei, dass die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des früheren Unternehmensinhabers zur Zeit des Unternehmensübergangs nicht zur Befriedigung des Gläubigers geführt hätte<sup>359</sup>, und er ergänzt ihn um den weiteren Satz, § 25 Abs 1 S 1 dHGB bleibe im Wege einer teleologischen Reduktion außer Anwendung, wenn der frühere Unternehmensinhaber zur Zeit der Veräußerung konkursreif gewesen und der Erlös im Interesse seiner Gläubiger verwendet worden sei.<sup>360</sup>

Allerdings sprechen die besseren Gründe im Sinne des BGH dafür, auch an der Anwendbarkeit des § 25 dHGB im Fall der Veräußerung durch den Sequester festzuhalten. Die Gründe, die eine generelle teleologische Reduktion des § 25 dHGB in Fällen der Insolvenz rechtfertigen würden,<sup>361</sup> liegen beim Sequester nicht vor.

<sup>354</sup> Mit unterschiedlichen dogmatischen Begr BGHZ 104, 153 f = NJW 1988, 1912; BGH NJW 1992, 911; RGZ 58, 167 ff; BAG AP BGB § 613a Nr. 85 = DB 1990, 1416; LAG Hamm NJW 1983, 243; s auch OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1556; *Gerhardt* JZ 1988, 976 f; *Henckel*, ZIP 1980, 5; *K. Schmidt*, HandelsR<sup>5</sup>, § 8, 254 f; *Baumbach/Hopt*, HGB § 25 Rz 4, 16; *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rz 12; *Hüffer*, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 60 f; *Röhricht/v Westphalen/Ammon*, HGB § 25 Rz 11; aA bezüglich Masseschulden *Gotthardt*, BB 1987, 1896 ff.

<sup>355</sup> Krit *K. Schmidt* ua in ZIP 1980, 336 f; *ders*, HandelsR § 8, 254.

<sup>356</sup> BGHZ 104, 151 = NJW 1988, 1912; ebenso BAG AP BGB § 613a Nr 85 = DB 1990, 1416; OLG Bremen NJW-RR 1989, 423; umstritten ist hierbei ob § 25 dHGB dann ausgeschlossen ist, wenn es anschließend zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens kommt, bejahend *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 121; dagegen *Gerhardt*, JZ 1988, 976 f.

<sup>357</sup> *Canaris*, FS Frotz, 11 (26 ff).

<sup>358</sup> Siehe *Canaris*, FS Frotz, 26 ff; anders noch *Capelle/Canaris*, HGB, § 7, 97.

<sup>359</sup> Vgl *Canaris*, FS Frotz, 29; *ders*, Handelsrecht § 7 Rz 26.

<sup>360</sup> *Canaris*, FS Frotz, 31; vgl auch OLG Dresden BauR 2003, 1265.

<sup>361</sup> Vgl dazu insb *Jaeger/Henckel* § 1 KO Rz 16.

#### 4. Tatbestandsmerkmale

##### 4.1. Erwerbsobjekt

###### a. Handelsgeschäft

Das Tatbestandsmerkmal des „Handelsgeschäfts“ ist nur dann erfüllt, wenn der bisherige Unternehmer ein kaufmännisches Handelsgewerbe betrieben hat<sup>362</sup>, und zwar unter einer Firma iS der §§ 17 ff dHGB. Zwar ist § 25 dHGB keine eigentlich firmenrechtliche Vorschrift, jedoch stellt die Führung einer Firma aber de lege lata ein notwendiges Tatbestandsmerkmal dar, mag auch seine Bedeutung zweifelhaft sein.<sup>363</sup> Dementsprechend muss das Handelsgeschäft in einer firmenfähigen Rechtsform betrieben worden sein: Neben dem Einzelkaufmann und den Kapitalgesellschaften kommen dafür auch die Gesellschaftsformen der OHG und der KG in Betracht, wenn die Gesellschaft das von ihr betriebene Unternehmen überträgt.<sup>364</sup> Die Fiktion der Kaufmannseigenschaft gemäß § 5 dHGB reiche aus.<sup>365</sup>

###### b. Zweigniederlassung

Als Handelsgeschäft iS von § 25 dHGB wird auch eine Zweigniederlassung angesehen; dann beschränkt sich jedoch die Haftung des Erwerbers auf diejenigen Verbindlichkeiten, die in deren Geschäftsbereich selbst begründet worden sind.<sup>366</sup>

###### c. Teilerwerb

Das Handelsgeschäft muss nicht vollständig übertragen werden. Es genügt vielmehr die Übertragung derjenigen Teile, die den Kern des Unternehmens ausmachen, also den Tätigkeitsbereich bestimmen, mit dem es nach außen in Erscheinung trat.<sup>367</sup> Insgesamt sind jedoch an das Tatbestandsmerkmal des Handelsgeschäfts insoweit strenge Anforderungen zu stellen. Erworben und fortgeführt werden muss das Unternehmen als betriebsfähige Wirtschaftseinheit.<sup>368</sup>

---

<sup>362</sup> Der Begriff des Handelsgeschäfts iS des § 25 dHGB ist damit von den einzelnen Handelsgeschäften der §§ 343 ff dHGB zu unterscheiden; siehe § 17 Abs 1 dHGB: „Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.“

<sup>363</sup> Siehe dazu bereits III.II.A.2.

<sup>364</sup> BGH NJW-RR 1990, 1251; wird das Unternehmen allerdings auf einen Rechtsträger übertragen, an dem die alten Gesellschafter (teilweise) beteiligt sind sei ein Fall des § 28 dHGB gegeben, vgl dazu Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 23.

<sup>365</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 36.

<sup>366</sup> BGH WM 1963, 664; NJW 1972, 1859; DB 1979, 1124; RGZ 169, 133; OLG Bremen NJW-RR 1989, 423, dazu Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 94.

<sup>367</sup> BGHZ 18, 248; BGH NJW 1982, 1647; 1992, 911 f; RGZ 169, 133; OLG Saarbrücken BB 1964, 1195 f; OLG Bremen NJW-RR 1989, 423; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 965.

<sup>368</sup> Zimmer/Scheffcl in E/B/J § 25 HGB Rz 31.

#### d. Firmenführung

Die vom Gesetz geforderte Fortführung der Firma durch den Erwerber setzt voraus, dass der Veräußerer seinerseits bereits eine Firma führte.<sup>369</sup> Dabei komme es nicht auf deren ordnungsgemäße Bildung an<sup>370</sup>; Voraussetzung sei jedoch, dass der prägende Teil der alten Firma weitergeführt wird.<sup>371</sup>

### 4.2. Geschäftserwerb

#### a. Allgemeines

Mit den in erster Linie auf das „Handelsgeschäft“ bezogenen Tatbestandsmerkmalen „erworbenes“ und „fortgeführt“ bringt das Gesetz unmissverständlich zum Ausdruck, dass § 25 dHGB nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn es sich um eine Unternehmensübertragung vom früheren Inhaber auf den Erwerber, und damit um einen abgeleiteten rechtsgeschäftlichen Erwerb, handelt.<sup>372</sup> Dies von vornherein ausdrücklich hervorzuheben ist erforderlich, weil die deutsche Rechtsprechung diesem objektiven Tatbestandsmerkmal wiederholt zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt habe und insbesondere mit dem selbständigen, zusätzlichen Merkmal der Fortführung der Firma sowie auch noch mit der eigenständigen Frage vermengt habe, ob der rechtsgeschäftliche Erwerb wirksam gewesen sein muss.<sup>373</sup> Formulierungen, wie etwa diejenige, entscheidend sei allein „die durch die Firmenfortführung nach außen dokumentierte Kontinuität“, sind mit ihrem Abstellen auf Firma und äußeren Eindruck irreführend.<sup>375</sup> Primär komme es demgegenüber auf das in seinem wesentlichen Bestand fortgeführte Unternehmen an.<sup>376</sup> Der Erwerb des Unternehmens auf rechtsgeschäftlicher Grundlage ist demnach notwendige Voraussetzung der Haftung gemäß § 25 dHGB; die von dieser Vorschrift angeordnete Haftungserstreckung kann dem Erwerber gegenüber nur gerechtfertigt werden, wenn eine entsprechende Geschäftsübernahme einverständlich erfolgte.<sup>377</sup>

<sup>369</sup> Zur Anwendung des § 25 dHGB auf Nichtkaufleute ausführlich *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 28 ff.

<sup>370</sup> BGHZ 22, 234 = NJW 1957, 179; BGH LM Nr. 1 = BB 1953, 1025; RGZ 113, 306; OLG Düsseldorf GmbHR 1991, 315; *Hüffer*, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 37; *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rz 22a; *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 132.

<sup>371</sup> BGH WM 2001, 683.

<sup>372</sup> So *Zimmer/Scheffel* in E/B/J § 25 HGB Rz 26; *Röhrich/v Westphalen/Ammon*, HGB § 25 Rz 5.

<sup>373</sup> *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 40.

<sup>374</sup> BGH NJW 1992, 911; aA *K. Schmidt*, ZGR 1992, 621 f; wie hier *Canaris*, FS Frotz, 11 ff.

<sup>375</sup> OLG Hamm NJW-RR 1995, 735.

<sup>376</sup> *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 28 ff.

<sup>377</sup> OLG Dresden NZG 2000, 32; *Zimmer/Scheffel* in E/B/J § 25 HGB Rz 32; aA OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 332; sowie *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rz 19.

Angesichts dieser Notwendigkeit eines derivativen Erwerbs können insbesondere diejenigen Fälle nicht unter § 25 dHGB subsumiert werden, in denen nach Einstellung der geschäftlichen Tätigkeit durch den bisherigen Unternehmensträger<sup>378</sup> oder gar nach seiner Löschung im Handelsregister<sup>379</sup> ein zu diesem Zweck gegründetes Unternehmen dessen Tätigkeit „wieder aufnimmt“. <sup>380</sup> Ein solcher Neuanfang, der dem § 25 dHGB mangels Erwerb und Fortführung nicht unterfällt, sei auch dann zu bejahen, wenn der Altunternehmer am neuen Unternehmen (etwa einer KG oder GmbH) beteiligt sein sollte.<sup>381</sup> Auch die Verwendung von restlichen Betriebsmitteln des Altunternehmens stehe dem nicht entgegen. Dies gelte erst recht dann, wenn solche Betriebsmittel gar von Dritten (etwa: Sicherungsnehmern) erworben worden sein sollten.<sup>382</sup> Stets fehlt es am Erwerb des Unternehmens als ganzem, als betriebsfähiger Wirtschaftseinheit.

Ein solch derivativer Erwerb ist insbesondere auch deswegen erforderlich, weil dem Erwerber sonst die Möglichkeit des Abschlusses einer Enthaltungsvereinbarung fehlt.<sup>383</sup>

Mit dieser Betonung der Erforderlichkeit eines derivativen Erwerbs wird zugleich den Einwendungen weitgehend Rechnung getragen, die *Canaris* unter dem Stichwort „Haftungsfalle“ gegen die Anwendung des § 25 dHGB dann vorgetragen hat, wenn der „Veräußerer“ bereits insolvent war; denn in den meisten der von ihm zitierten Fälle fehlte es bereits am derivativen Erwerb, so dass es der von *Canaris* vorgeschlagenen, tatbestandsmäßig schwer fassbaren teleologischen Reduktion<sup>384</sup> nicht bedarf. Sollte dagegen das Handelsgeschäft noch vom bisherigen Unternehmensträger als betriebsfähige Wirtschaftseinheit außerhalb der Insolvenz übertragen worden sein, stünde auch die Insolvenzreife des Veräußerers der Anwendung des § 25 dHGB nicht entgegen; dem Erwerber wäre es vielmehr hier zumutbar, den Weg über § 25 Abs 2 dHGB zu gehen.<sup>385</sup>

Fehlt es nach diesen Maßstäben bereits am Tatbestandsmerkmal von Erwerb und Fortführung des Unternehmens, schadet selbst die Führung einer Firma, die mit der alten identisch ist, nicht: Der Führung einer Firma kommt im Tatbestand des § 25 dHGB nur begrenzende, nicht aber selbständige haftungsbegründende Funktion zu.

---

<sup>378</sup> So der Fall OLG Oldenburg WM 1985, 1415 [Berufung]; BGH NJW 1986, 1633 [Revision]; ähnlich OLG Düsseldorf GmbHR 1991, 315; dagegen zutr OLG Dresden OLG-NL 1994, 230.

<sup>379</sup> So der Fall BGH NJW 1992, 911.

<sup>380</sup> So die wörtliche, mit Fortführung gleichgesetzte Formulierung des BGH in der hier zitierten Entscheidung. So auch *Canaris* § 7 Rz 23. Anders *Zimmer/Scheffel* in *E/B/J* § 25 HGB Rz 44, der § 25 dHGB bejaht, wenn innere Organisation und Geschäftsbeziehungen noch ausreichend intakt sind.

<sup>381</sup> *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 41.

<sup>382</sup> So im Fall BGH NJW 1992, 911.

<sup>383</sup> So aber *Zimmer/Scheffel* in *E/B/J* § 25 HGB Rz 45.

<sup>384</sup> *Canaris*, FS Frotz, 12 ff, ders, Handelsrecht § 7 Rz 26 ff.

<sup>385</sup> zum Ganzen *Lieb*, FS Vieregge, 1995, 557 ff; aA *Canaris*, FS Frotz, 24.

Die deutsche Rechtsprechung formuliert missverständlich, dass die Anwendung des § 25 dHGB unabhängig davon sei, „ob überhaupt und ggf welche Vereinbarungen der alte und der neue Inhaber zum Zwecke der Fortführung des Unternehmens getroffen haben“, „die tatsächliche Weiterführung des Handelsgeschäfts genügt“.<sup>386</sup> Möglich sei jedoch lediglich, dass der gemäß § 25 dHGB objektiv erforderliche Übernahmevertrag unter Umständen nicht rechtsgültig zu sein braucht bzw unter Rechtsscheinsaspekten ausnahmsweise auch der Anschein eines Übernahmevertrags ausreichen kann.<sup>387</sup>

Den Grund- und Regelfall des § 25 dHGB bildet damit der Erwerb eines Unternehmens (Handelsgeschäfts) aufgrund eines entsprechenden Unternehmenskaufvertrages. § 25 dHGB ist nicht auf entgeltliche Verträge beschränkt; vielmehr kommen auch sonstige Rechtsgründe in Betracht, die einen vollständigen Inhaberwechsel bewirken<sup>388</sup>, wie Schenkung<sup>389</sup>, Tausch, Treuhandvertrag (mit Ausnahme verdeckter, nach außen nicht hervortretender Treuhandabreden)<sup>390</sup>, Auseinandersetzungsverträge<sup>391</sup>, Erfüllung von Vermächtnissen etc. Da nur die Übertragung des Unternehmens als betriebsfähige Wirtschaftseinheit, nicht aber die Übertragung des Unternehmensvermögens erforderlich ist, fällt unter § 25 dHGB nach Rechtsprechung und ganz hL auch die Unternehmenspacht oder die Einräumung eines Nießbrauchs am Unternehmen.<sup>392</sup> Dem sei mit der Erwägung zuzustimmen, dass für den Gläubiger nicht nur die – im Fall von Unternehmenspacht oder Nießbrauch beim Veräußerer zurückbleibende – Vermögenssubstanz, sondern auch die Erträge aus künftigen Geschäften wichtig sind.<sup>393</sup>

<sup>386</sup> So BGH WM 1985, 1475; NJW 1986, 581 ff unter Berufung auf BGHZ 18, 248; BGHZ 22, 234 = NJW 1957, 179 und BGH NJW 1984, 1186; zust K. Schmidt, ZGR 1992, 626; Baumbach/Hopt, HGB § 25 Rz 4, 5; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 40; Commandeur, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 128; Huber, FS Raisch, 96 ff.

<sup>387</sup> Siehe dazu Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 45.

<sup>388</sup> Allg BGH LM Nr. 1 = BB 1953, 1025; vgl auch Canaris, Handelsrecht § 7 Rz 23 [Rechtsnatur des zugrunde liegenden Vertrages grundsätzlich gleichgültig].

<sup>389</sup> RAG HRR 1933 Nr 1665; Unentgeltlichkeit auch bei OLG Oldenburg WM 1985, 1415; BGH NJW 1987, 1633.

<sup>390</sup> RGZ 99, 158 [zu § 22 dHGB]; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 38; aA Henckel, FS Heinsius, 274; zur verdeckten Treuhand BGH NJW 1982, 1647 m Anm K. Schmidt; OLG Stuttgart BB 1987, 2184.

<sup>391</sup> RGZ 149, 25; 154, 334 [unter Erben]; zur Erbteilung schon die Denkschrift zur Reichstagsvorlage eines HGB 36 = Schubert/Schmiedel/Krampe II/2, 979.

<sup>392</sup> So ausdrücklich schon die Denkschrift zur Reichstagsvorlage eines HGB 36 = Schubert/Schmiedel/Krampe II/2, 978; BGH NJW 1982, 1647; 1984, 1186 m Anm K. Schmidt; RGZ 133, 318; OLG Frankfurt OLZ 1973, 20; Baumbach/Hopt, HGB § 25 Rz 4; Heymann/Emmerich, HGB § 25 Rz 13; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 38, 81; Zimmer/Scheffl in E/B/J § 25 HGB Rz 26; Röhrich/v Westphalen/Ammon, HGB § 25 Rz 6; K. Schmidt, HandelsR<sup>5</sup>, § 8, 239; ders NJW 1984, 1187; Commandeur, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 127; aA Schricker ZGR 1972, 153 f; Binz/Rauser, BB 1980, 898 f.

<sup>393</sup> Siehe Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 46.

## b. Rückerberwerb des Verpächters, Weiterverpachtung

Auch der Rückerberwerb und damit auch der Rückfall vom Pächter an den Verpächter werden von § 25 dHGB erfasst, wenn das Unternehmen vom Verpächter weitergeführt wird.<sup>394</sup> Schon hier ergeben sich jedoch Schwierigkeiten im Hinblick auf § 25 Abs 2 dHGB, da der Rückfall des verpachteten Unternehmens an den Verpächter durch schlichte Kündigung seitens des Pächters bewirkt werden kann, ohne dass der Verpächter in der Lage wäre, einen Haftungsausschluss gemäß § 25 Abs 2 dHGB durchzusetzen.<sup>395</sup> Denkbar wäre, dass ein solcher Haftungsausschluss vorsorglich schon im Pachtvertrag vereinbart und dann erst nach Rückübertragung des Pachtgegenstandes eingetragen wird.<sup>396</sup>

Besondere Schwierigkeiten bereitet aber der Fall, dass der Verpächter nach Kündigung seitens des Erstpächters das Unternehmen sofort weiterverpachtet, da hier kein unmittelbarer Erwerb zwischen dem bisherigen und dem neuen Pächter stattfindet. Der BGH hat die Anwendbarkeit des § 25 dHGB im sog Doppelpächterfall trotzdem bejaht<sup>397</sup>; dies liege nahe, weil auch hier ein Unternehmerwechsel und eine Unternehmens- und Firmenfortführung iS von § 25 dHGB vorliegen und das Gesetz den unmittelbaren Erwerb jedenfalls nicht ausdrücklich fordert.<sup>398</sup> Erhebliche Schwierigkeiten ergeben sich jedoch wiederum in Bezug auf § 25 Abs 2 dHGB, da nicht recht ersichtlich ist, wie sich der Zweitpächter gegen die Haftung für die Verbindlichkeiten des Erstpächters wehren kann: Der BGH meint dazu, es sei nicht anzunehmen, dass die Haftung des Übernehmers nur dann in Betracht komme, wenn sie ausschließbar sei.<sup>399</sup> Dies sei jedoch problematisch, weil die Möglichkeit der Abbedingung der gesetzlich begründeten Mithaftung unverzichtbar ist. Die Frage sei daher, ob sich der Zweitpächter schützen kann. Der BGH verweist ihn auf eine unmittelbare Vereinbarung mit dem Erstpächter, die der Verpächter vermitteln und bereits durch entsprechende Vereinbarung im Vertrag mit dem Erstpächter sicherstellen kann.<sup>400</sup> Bedenkt man, dass das Vereinbarungserfordernis nicht die Geschäftsgläubiger, sondern allein den Geschäftsveräußerer vor einer Konterkarierung der intern getroffenen Abreden durch den

<sup>394</sup> RGZ 133, 318; Börner, FS Möhring, 43; K. Schmidt, NJW 1984, 1187; Heymann/Emmerich, HGB § 25 Rz 13; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 82; Canaris, Handelsrecht § 7 Rz 23; Commandeur, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 127; aA Düringer/Hachenburg/Hoeniger, HGB § 25 Anm 37.

<sup>395</sup> So Nörr/Scheyhing, Sukzessionen, § 30 A VI, 385.

<sup>396</sup> So RGZ 133, 318, 323 f; Nörr/Scheyhing, Sukzessionen, § 30, 385; aA Düringer/Hachenburg/Hoeniger, HGB § 25 Anm 37.

<sup>397</sup> BGH NJW 1984, 1186; zust K. Schmidt NJW 1984, 1187; ders HandelsR § 8, 240; Wilhelm, NJW 1986, 1797 f; Commandeur, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 127; krit Heymann/Emmerich, HGB § 25 Rz 13, 19; vgl auch Huber, FS Raisch, 98 f.

<sup>398</sup> Siehe Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 48.

<sup>399</sup> BGH NJW 1984, 1186.

<sup>400</sup> BGH NJW 1984, 1186; Commandeur, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 127.

Erwerber schützen solle, erscheine es jedoch sinnvoller, bei Fehlen solch interner Abreden den einseitigen Haftungsausschluss durch den Erwerber zuzulassen.<sup>401</sup>

#### 4.3. Geschäftsfortführung<sup>402</sup>

Der Erwerber haftet nur dann, wenn er das erworbene Geschäft auch wirklich fortführt. Bei Liquidierung, Weiterveräußerung, Weiterverpachtung oder Einbringung in eine Gesellschaft entfällt die Haftung gemäß § 25 dHGB<sup>403</sup>, während sie für den Zweiterwerber gegeben sein kann.<sup>404</sup>

Zweifelhaft ist, ob das Tatbestandsmerkmal der Fortführung des Unternehmens auch dann erfüllt ist, wenn der Erwerber das Handelsgeschäft nicht als selbständiges weiterführt, sondern etwa in ein eigenes oder zusätzlich erworbenes Unternehmen so eingliedert, dass das erworbene Unternehmen nach außen nicht mehr selbständig hervortritt, trotzdem aber die Firma des Veräußerers fortführt. Diese Frage sei nach *Lieb*<sup>405</sup> zu bejahen<sup>406</sup>: Das Vorliegen einer (selbständigen) betriebsfähigen Wirtschaftseinheit ist (zur Abgrenzung zur Übernahme bloßer Betriebsmittel) nur für den Erwerbszeitpunkt erforderlich.<sup>407</sup> Die Rechtslage solle insoweit nicht anders beurteilt werden als im Fall des § 28 dHGB; dort ist die Aufrechterhaltung der Eigenständigkeit des eingebrachten Unternehmens nicht erforderlich.

#### 4.4. Firmenfortführung

##### a. Allgemeines

Nach dem Gesetzeswortlaut hängt die Haftung des Erwerbers davon ab, dass er die Firma des Veräußerers fortführt; auf dieser Verlautbarung der Unternehmenskontinuität beruhe de lege lata die Rechtfertigung der Erwerberhaftung.<sup>408</sup> Deshalb entfällt die Erwerberhaftung stets dann, wenn das übernommene Unternehmen lediglich in das bereits bestehende Unternehmen des Erwerbers eingegliedert und unter dessen Firma fortgeführt wird.

<sup>401</sup> So *Wilhelm*, NJW 1986, 1797; zust. *K. Schmidt*, HandelsR<sup>5</sup>, § 8, 253; *Canaris*, FS Frotz, 31; *Zimmer/Scheffel* in *E/B/J* § 25 HGB Rz 28.

<sup>402</sup> Vgl dazu zunächst die grundsätzlichen Ausführungen zum Tatbestandsmerkmal Erwerb bereits unter III.II.A.4.2.a.

<sup>403</sup> RG LZ 1913, 538; RGZ 143, 368; 169, 133 [sofortige Einbringung in eine Gesellschaft]; *Baumbach/Hopt*, HGB § 25 Rz 6; *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rz 20; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 45; *Zimmer/Scheffel* in *E/B/J* § 25 HGB Rz 46; *Röhrich/v Westphalen/Ammon*, HGB § 25 Rz 15; *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 130.

<sup>404</sup> RGZ 143, 368; 169, 133; zur Haftung eines Zweitpächters für die vom Erstpächter begründeten Verbindlichkeiten *Lieb*, in *MünchK HGB* § 25 Rz 48.

<sup>405</sup> *Lieb*, in *MünchK HGB* § 25 Rz 60.

<sup>406</sup> So auch OLG Frankfurt OLGR 2001, 67; s aber *Canaris*, Handelsrecht § 7 Rz 33.

<sup>407</sup> So auch *Zimmer/Scheffel* in *E/B/J* § 25 HGB Rz 46 unter der Bedingung, dass der Betrieb des Geschäfts aus der Sicht des Rechtsverkehrs als Fortführung des alten Geschäfts anzusehen sei.

<sup>408</sup> Vgl dazu BGH NJW 1992, 911.

Eine Firmenfortführung liegt dann vor, wenn der Erwerber unter der alten Firma weiterhin am Markt auftritt; dementsprechend sei bei Divergenzen diejenige Bezeichnung maßgebend, unter der der Erwerber tatsächlich am Markt aufgetreten ist, und nicht die im Register eingetragene.<sup>409</sup> Dafür sei aber eine gewisse Intensität erforderlich, womit aber etwa eine nur kurzfristige Belassung des bisherigen Firmenschildes oder auch die vorübergehende Weiterbenutzung von Formularen etc nicht ausreiche.<sup>410</sup>

Die Firmenfortführung setzt keine rechtsgeschäftliche Übertragung der Firma voraus; entscheidend ist allein die tatsächliche Fortführung. § 25 dHGB greife daher auch dann, wenn der Veräußerer seine Firma löschen lässt<sup>411</sup> und der Erwerber eine entsprechende Firma originär nach den §§ 18 ff dHGB annimmt oder seine bereits bestehende Firma entsprechend verändert.<sup>412</sup>

Auf die Zulässigkeit der Firmenfortführung kommt es ebenso wenig an wie auf die Einwilligung des Veräußerers<sup>413</sup> (anders dagegen bei § 25 Abs 1 S 2 dHGB). Fraglich ist, ob es ausreicht, wenn der vom Erwerber übernommene Firmenkern von ihm nur noch als Etablissementsbezeichnung verwendet wird.<sup>414</sup> So lag es in einem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall: Der Veräußerer betrieb die Gaststätte „A“ unter der ordnungsgemäßen Firma „A-GmbH“. Der Erwerber führte die Gaststätte unter ihrer Bezeichnung „A“ weiter. Das OLG Düsseldorf hielt dies für ausreichend, obwohl „A“ als bloße Etablissementsbezeichnung anzusehen sei.<sup>415</sup> Hierbei sei aber zu unterscheiden: Grundsätzlich stellt § 25 Abs 1 dHGB nicht auf die Kontinuität der Geschäftsbezeichnung ab, sondern auf die der Firma. Die fortgeführte Gaststättenbezeichnung allein könne die Haftung daher nicht begründen. Anders sei es jedoch dann, wenn der Erwerber unter dieser Bezeichnung „im Handel seine Geschäfte betreibt“, die Bezeichnung also firmenmäßig – zB

<sup>409</sup> BGH NJW 1987, 1633; weitergehend noch die Vorinstanz OLG Oldenburg WM 1985, 1415; BGH NJW 1992, 911; RG WarnR 1937, 151; OLG Saarbrücken BB 1964, 1195; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, Rz 45; Baumbach/Hopt, HGB § 25 Rz 7; Röhricht/v Westphalen/Ammon, HGB § 25 Rz 16; Commandeur, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 131 f; enger Pahl, Handelsregistereintragung und Bekanntmachung, 1987, 232 f; wohl auch Wessel, BB 1989, 1625.

<sup>410</sup> BGH NJW 1987, 1633; OLG Hamm NJW-RR 1997, 733; RGZ 73, 71; 143, 368; OLG Köln MDR 1994, 133; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 45; Baumbach/Hopt, HGB § 25 Rz 8; Zimmer/Scheffel in E/B/J § 25 HGB Rz 49.

<sup>411</sup> Zur Firmenfortführung durch den Veräußerer OLG Hamm ZIP 1998, 2092; OLG Köln OLGR 2002, 109.

<sup>412</sup> BGH NJW 1982, 1647; 1986, 581; 1992, 911, 912; LG Stuttgart ZIP 1988, 1481, 1482; LG Berlin ZIP 1993, 1478; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 45.

<sup>413</sup> OLG Düsseldorf GmbHR 1991, 315; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 46; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB § 25 Rz 7; Heymann/Emmerich, HGB § 25 Rz 22a; Baumbach/Hopt, HGB § 25 Rz 9; Röhricht/v Westphalen/Ammon, HGB § 25 Rz 4, 17; Canaris, Handelsrecht § 7 Rz 31.

<sup>414</sup> Zur Führung einer bloßen Etablissementsbezeichnung durch den Veräußerer Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 73.

<sup>415</sup> OLG Düsseldorf GmbHR 1991, 315 mit krit Anm Demharter EWiR 1/91, 269 f.

als Inhaberbezeichnung auf Geschäftspapier<sup>416</sup> – führt, was regelmäßig wohl nur in Verbindung mit seinem eigenen Namen geschehen dürfte. Dann hätte er die Bezeichnung zu (einem Teil) seiner Firma gemacht und müsste sich daran festhalten lassen.<sup>417</sup>

## b. Veränderungen

Änderungen im Erscheinungsbild der Firma sind unschädlich, wenn die Firmenkontinuität und damit eine ausreichend tragfähige Verbindungslinie zum Veräußerer erhalten bleiben.<sup>418</sup> Dafür ist die Verkehrsanschauung maßgeblich, weshalb es nicht auf wort- oder buchstabengetreue Übereinstimmung ankommt, sondern darauf, dass sich der Kern der alten und der neuen Firma gleichen.<sup>419</sup> Die Praxis legt einen großzügigen Maßstab an. Entsprechend den unterschiedlichen Normzwecken finden die strengeren Maßstäbe des § 22 dHGB<sup>420</sup> keine Anwendung.<sup>421</sup> Andererseits genüge eine für § 22 dHGB ausreichende Firmenähnlichkeit immer auch den Anforderungen des § 25 Abs 1 dHGB. Gesellschafts- und Rechtsformzusätze<sup>422</sup> würden eine Firmenfortführung daher nicht ausschließen.<sup>423</sup> Gleiches gelte für Aufnahme, Änderung oder Weglassung eines Inhaberszusatzes.<sup>424</sup> Nicht zu folgen sei dem BGH, wenn er bei Verbindung von neuer und alter Firma durch „vormals“ eine Firmenfortführung ablehnt.<sup>425</sup> Eine Firmenfortführung werde auch nicht durch den Wegfall des Vornamens<sup>426</sup> oder dessen Ersetzung durch Initialen<sup>427</sup> ausgeschlossen. Andererseits reiche die Übernahme lediglich eines Firmenzusatzes unter Weglassen des Vor- und

<sup>416</sup> BayObLG DB 1992, 569.

<sup>417</sup> *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 64.

<sup>418</sup> Siehe *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 65.

<sup>419</sup> So etwa BGH NJW 1982, 577; NJW 1983, 2448; NJW 1986, 581; BFH BB 1986, 866; OLG Bremen NJW-RR 1989, 423; OLG Düsseldorf GmbHR 1991, 315; OLG Köln MDR 1994, 133 mit Anm. K. Schmidt; OLG Düsseldorf ZIP 1998, 2092.

<sup>420</sup> § 22 dHGB: „(1) Wer ein bestehendes Handelsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen erwirbt, darf für das Geschäft die bisherige Firma, auch wenn sie den Namen des bisherigen Geschäftsinhabers enthält, mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen. (2) Wird ein Handelsgeschäft auf Grund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrags oder eines ähnlichen Verhältnisses übernommen, so finden diese Vorschriften entsprechende Anwendung.“

<sup>421</sup> LG Berlin ZIP 1993, 1478; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 49; Zimmer/Scheffel in E/B/J § 25 HGB Rz 52; aA Wessel, BB 1989, 1625.

<sup>422</sup> Zur Bedeutung der Änderung von Rechtsformzusätzen *Canaris*, Handelsrecht § 7 Rz 30.

<sup>423</sup> BGHZ 18, 248; BGH WM 1959, 560; NJW 1982, 1647; 1983, 2448; 1992, 911; BFH BB 1986, 866; OLG Bremen NJW-RR 1989, 423; OLG Düsseldorf GmbHR 1991, 315.

<sup>424</sup> BGH LM Nr. 1 = BB 1953, 1025; BGHZ 29, 1 = NJW 1959, 241 [„Modehaus R. Inh. Lina R.“ - „Modehaus R. Inh. Franz T.“]; BGH WM 1959, 560 [„Max S KG“ - „Max S Inh. Fritz M.“]; BGH NJW 1986, 581 [„Elektro-S - A S“ - „Elektro-S-GmbH“].

<sup>425</sup> BGH WM 1964, 296, [„E. & Co.“ - „F. & Co., vormals E.“]; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 49; K. Schmidt, HandelsR<sup>5</sup>, § 8, 243.

<sup>426</sup> BGH NJW 1982, 577; 1986, 581; RAG JW 1933, 1852 [„Modellhaus Max B.“ - „Modellhaus B. GmbH“]; OLG Saarbrücken BB 1964, 1195; OLG Bremen NJW-RR 1989, 423 f; aA Wessel, BB 1989, 1626 unter Ablehnung einer nicht veröffentlichten Entscheidung des LG Stuttgart.

<sup>427</sup> BFH BB 1986, 866 [„Hermann Paulig KG“ - „H. Paulig GmbH“]; s auch RGZ 113, 306 [„Aluminolwerk C. Sch.“ - „Aluminolwerk Sch. & Co.“].

Zunamens eines Einzelkaufmanns nicht aus.<sup>428</sup> In einer Entscheidung lehnte das RG eine Firmenfortführung auch bei Weglassen des Zusatzes „& Sohn“ ab.<sup>429</sup> Auch eine Kumulierung mehrerer kleinerer Veränderungen könne die Firmenkontinuität unberührt lassen, zB „Autohaus A. R., Berg-Garage“ - „Berg-Garage R., Nachf. A. S.“.<sup>430</sup>

Schwierig kann die Entscheidung bei Hinzufügung oder Weglassen sachlicher, die gewerbliche Tätigkeit beschreibender Zusätze sein. Hier kommt es auf die Individualisierungskraft der identischen Firmenbestandteile an. Eine Firmenfortführung wurde angenommen bei „X (Vorname) v. A.“ - „v. A.-GmbH & Co. Gaststättenbetriebs- und Vertriebs KG“<sup>431</sup>; „EWG-Versandschlachtereier Josef B, G.“ - „Josef B-GmbH“<sup>432</sup>; „M-GmbH“ - „M-Textilhandelsgesellschaft mbH“<sup>433</sup>; „Hans Christian M-GmbH & Co. KG“ - „D. C. M Innenausbau GmbH“<sup>434</sup>. Die Fortführung der Firma wurde abgelehnt bei „A.K., Baumaschinen, Import und Export“ - „K-Baumaschinen-GmbH“.<sup>435</sup> Ob der Zusatz „Import und Export“ aber wirklich die unterstellte Individualisierungskraft hat, erscheint fraglich.<sup>436</sup> Der BGH sah keine Firmenkontinuität bei „F-Fleisch GmbH“ - „F & Sohn GmbH“, hätte aber eine Haftung wohl bei „F-Fleischmarkt“ bejaht.<sup>437</sup> Das LG Berlin hielt eine ausreichende Firmenähnlichkeit bei „Zentrie Internationale Möbelhandelsgesellschaft mbH“ und „Zentrie Handels- und Service GmbH“ jedenfalls für möglich.<sup>438</sup>

Schließlich wird eine Firmenfortführung bei Verkürzung der alten Firma zu einem sich klanglich deutlich unterscheidenden Schlagwort abgelehnt, so bei „Eugen Mutz & Co“ - „Eumuco AG“.<sup>439</sup>

<sup>428</sup> BAG AP BGB § 613 Nr 1 (m zust Anm A. Hueck) = NJW 1955, 1413 f [„I. Werk O., Ing. W. Sch.“ - „I Werk O. GmbH“]; OLG Bremen NJW 1963, 111 f [„Gewebe und Teppich Import F. D.“ - Gewebe und Teppich-Import GmbH]; OLG Stuttgart BB 1969, 16 [„X (Phantasiewort) Fotografische Geräte Karl Meier“ - „X Fotografische Geräte GmbH & Co. KG“]; OLG Köln MDR 1994, 133 [„Kurier Team X-Stadt, Eigenname“ - „Kurier Team X-Stadt“]; krit K. Schmidt, HandelsR<sup>5</sup>, § 8, 242; in einer unveröffentlichten Entscheidung bejahte das LG Stuttgart jedoch eine Firmenfortführung bei „Top-Fit Sport-Fitness-Center A. B.“ - „Top-Fit Sport-Fitness-Center C. D.“ (4 KFH T 11/88; zitiert bei Wessel, BB 1989, 1625, der die Entscheidung ablehnt).

<sup>429</sup> RGZ 133, 318 (325 f) [„G. R. & Sohn“ - „G. R.“]; abl auch Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 49.

<sup>430</sup> OLG Saarbrücken BB 1964, 1195.

<sup>431</sup> BGH NJW 1982, 577 f.

<sup>432</sup> BGH NJW 1983, 2448.

<sup>433</sup> OLG Stuttgart NJW-RR 1989, 424 f.

<sup>434</sup> OLG Bremen NJW-RR 1989, 423 f.

<sup>435</sup> OLG Frankfurt NJW 1980, 1397.

<sup>436</sup> Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 49.

<sup>437</sup> BGH NJW 1987, 1633; so schon die Vorinstanz OLG Oldenburg WM 1985, 1415; vgl dazu auch K. Schmidt, HandelsR<sup>5</sup>, § 8, 245 sowie die dort weiter angeführten Beispiele.

<sup>438</sup> ZIP 1993, 1478; das Gericht hatte hierbei nicht über eine Haftung nach § 25 Abs 1 dHGB zu entscheiden, sondern im Beschlusswege über die Zulässigkeit der Eintragung eines Haftungsausschlusses; s BGH DSStR 2004, 1136.

<sup>439</sup> RGZ 145, 274.

#### 4.5. Ergänzung durch Rechtsscheinstatbestände?

##### a. Notwendigkeit

Die Ergänzung der Anwendung objektiven Rechts durch die Gewährung von Rechtsscheinsschutz ist aus dem Privatrecht und im Besonderen aus dem Handels- und Gesellschaftsrecht nicht mehr wegzudenken. Dies gilt sowohl für die österreichische als auch für die deutsche Rechtsordnung, sodass der Rechtsscheinschutz ebenso in Bezug auf § 25 dHGB in die Erörterung einzubeziehen sei.<sup>440</sup> Besondere Vorsicht ist allerdings nicht nur deswegen geboten, weil eine Rechtsscheinhaftung nicht selten ohne genaueren Nachweis ihrer Voraussetzungen und der Schutzwürdigkeit des Begünstigten bejaht wird, sondern auch deshalb, weil der untaugliche Ansatz der Rechtsscheintheorie noch immer so manche Stellungnahme prägt.<sup>441</sup> Dazu kommt, dass die Rechtsscheinhaftung von der Frage eventueller analoger Anwendung der Norm scharf zu trennen ist.<sup>442</sup> Eine Rechtsscheinhaftung kommt daher nur dann in Betracht, wenn einzelne Voraussetzungen für die Anwendung des § 25 dHGB nicht erfüllt sind, gewisse Umstände (Rechtsscheinstatbestände) aber den Rechtsschein ihres Vorliegens erwecken; eine Rechtsscheinhaftung kann daher, vorbehaltlich zusätzlicher Voraussetzungen, nur dann angenommen werden, wenn zwar Rechtswirklichkeit und Rechtsschein auseinanderfallen, die Defizite der Rechtswirklichkeit aber durch Rechtsscheinstatbestände ausgeglichen werden können.

##### b. Reichweite

Vorab ist jedoch begrenzend darauf hinzuweisen, dass § 25 dHGB eine Haftung für Altverbindlichkeiten und damit für Verbindlichkeiten anordnet, die im Zeitpunkt von Unternehmens- und Firmenfortführung bereits begründet waren, so dass die Kausalität späterer Rechtsscheinstatbestände generell zweifelhaft sei.<sup>443</sup> Zwar könne eine kausal auf Rechtsscheinstatbeständen beruhende Disposition auch in einem Unterlassen (etwa des rechtzeitigen Zugriffs auf den Veräußerer) bestehen; dabei wird es sich jedoch um Ausnahmetatbestände handeln. Im Übrigen sei zu beachten, dass im Rahmen der primär in Betracht kommenden allgemeinen Rechtsscheinslehre im Gegensatz zu § 15 dHGB Kenntnis des Rechtsscheinstatbestandes nicht vermutet wird, sondern nachgewiesen werden muss.

<sup>440</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 68.

<sup>441</sup> *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 138 ff, insbes 143.

<sup>442</sup> Vgl Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 116.

<sup>443</sup> So Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 69.

Der BGH hat ausgeführt, im Zusammenhang mit der Haftung aus § 25 dHGB könne der Rechtsgedanke des Rechtsscheins eine weitergehende Bedeutung gewinnen und Rechte auch für denjenigen begründen, der sich auf diesen Rechtsschein verlassen hat, ohne durch sein Vertrauen zu bestimmten Entschlüssen veranlasst zu werden.<sup>444</sup> Diese Passage betreffe aber nur den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 25 dHGB selbst: Wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind, komme es für seine Rechtsfolge, die Haftung des Erwerbers zugunsten der Altgläubiger, auf Kausalität etc. selbst dann nicht an, wenn man § 25 dHGB als Rechtsscheinsvorschrift versteht. Wenn es dagegen wegen des Fehlens von Tatbestandsmerkmalen um deren Ersetzung durch Rechtsscheinaspekte geht, kommt man um die allgemeinen Voraussetzungen der Rechtsscheinshaftung nicht herum.<sup>445</sup>

Hinzuweisen sei schließlich auch noch auf die Anforderungen an den subjektiven Tatbestand auf Seiten des Altgläubigers: Auch hier wird Gutgläubigkeit zwar vermutet, jedoch schade bereits (einfache) Fahrlässigkeit und nicht erst Kenntnis.<sup>446</sup> Dem Altgläubiger wird man allerdings besondere Nachforschungspflichten nicht auferlegen können.<sup>447</sup>

### c. Fallgruppen

Für eine eventuelle Rechtsscheinshaftung, dh für eine Ersetzung gesetzlicher Tatbestandsmerkmale durch Rechtsscheinaspekte, kommen das Vorliegen eines Handelsgeschäfts in der Person des Veräußerers und damit dessen Kaufmannseigenschaft, die Fortführung des Unternehmens sowie die Fortführung der Firma des Veräußerers in Betracht.<sup>448</sup>

#### i. *Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft*

Bezüglich des Rechtsscheins der Kaufmannseigenschaft gelten an sich die allgemeinen Regeln.<sup>449</sup> Eine Besonderheit besteht jedoch darin, dass dieser Rechtsschein durch Führung (und dann Fortführung) einer Firma entstehen kann, die der Veräußerer gar nicht hätte führen dürfen. Daraus entsteht die schwierige Frage, ob der Verkehr (in concreto: der Altgläubiger) aus einer solchen Firmierung auf die Vollkaufmannseigenschaft schließen darf. Dies hängt an sich davon ab, ob der Veräußerer die betreffende Bezeichnung auch als Minder- bzw

<sup>444</sup> BGHZ 22, 234 = NJW 1957, 179; ähnlich OLG Frankfurt NJW 1980, 1397.

<sup>445</sup> Würdinger, GroßkommHGB § 25 Anm 1.

<sup>446</sup> Siehe Lieb, in MünchK HGB § 15 Rz 46.

<sup>447</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 71.

<sup>448</sup> So Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 72.

<sup>449</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 73.

Nichtkaufmann führen durfte<sup>450</sup>, denn dann könnte der Rechtsschein der Kaufmannseigenschaft gar nicht erst entstehen, oder ob dies nicht der Fall ist. Damit ist die Antwort belastet mit der weiteren schwierigen Frage nach der Zulässigkeit der Führung bestimmter firmenähnlicher Bezeichnungen durch Nichtkaufleute. Angesichts der Schwierigkeiten der Abgrenzung erscheint jedoch der eventuelle Rechtsscheinstatbestand so zweifelhaft und streitig, dass sich zuverlässige Schlüsse auf die Kaufmannseigenschaft kaum ableiten lassen.<sup>451</sup> Von daher dürfte eine Rechtsscheinshaftung wegen unzulässiger Firmenführung und Firmenfortführung allenfalls in deutlichen Ausnahmefällen in Betracht kommen.<sup>452</sup>

## ii. Rechtsschein der Fortführung des Unternehmens

Der Rechtsschein der Fortführung des Unternehmens hängt zwar eng mit der Problematik der Firmenfortführung zusammen, weil insbesondere diese den Anschein der Fortführung des Unternehmens zu erwecken geeignet ist. Aus der Relevanz des Tatbestandsmerkmals der Fortführung des Unternehmens ergibt sich, dass die Fälle, in denen durch entsprechende Bezeichnung der Firma der bloße Anschein der Unternehmensfortführung erweckt wird, dem § 25 dHGB jedenfalls nicht unmittelbar unterfallen würden, sondern allenfalls dann, wenn die allgemeinen Voraussetzungen der Rechtsscheinshaftung erfüllt sind.<sup>453</sup> Gesetzesanwendung und ihre Ergänzung durch Rechtsscheinaspekte sind daher auch hier streng zu unterscheiden.<sup>454</sup> Entgegen der Formulierung von *Würdinger*, „es wäre unerträglich, wenn § 25 dHGB bei einer missbräuchlichen Fortführung der Firma versagen und demjenigen, der die Firma fortgeführt hat, gestattet sein sollte, sich dahinter zurückzuziehen, dass er in Wirklichkeit nicht das Unternehmen des Vorgängers fortgeführt, sondern ein neues eröffnet habe“<sup>455</sup>, auf die sich das OLG Frankfurt<sup>456</sup> stützte, könne daher selbst eine bloße Rechtsscheinshaftung nicht ohne weiteres damit begründet werden, dass ein Kaufmann, der

---

<sup>450</sup> Vgl. dazu § 15b dGewO.

<sup>451</sup> Zust. OLG Dresden NZG 2000, 32; OLG Brandenburg NJW-RR 1999, 395.

<sup>452</sup> *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 73.

<sup>453</sup> Dazu *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 74 f.

<sup>454</sup> Deziert aA OLG Frankfurt NJW 1980, 1397 mit dem Kernsatz, „bereits das Verwenden einer eingeführten Firma durch jemanden, der das Handelsgeschäft nicht erworben hat, vermag die Haftung nach § 25 unter Umständen zu begründen“; abl. die hM, vgl. etwa BayObLG NJW-RR 1988, 869; *Nickel*, NJW 1981, 102; *Axer*, Abstrakte Kausalität, 162 ff; *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 142 ff; *Baumbach/Hopt*, HGB § 25 Rz 6; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 116; *K. Schmidt*, HandelsR<sup>5</sup>, § 8, 242.

<sup>455</sup> *Würdinger*, *GroßkommHGB* § 25 Anm 10.

<sup>456</sup> OLG Frankfurt NJW 1980, 1397.

ein Handelsgeschäft nicht übernommen, sondern neu aufgebaut hat, allein deswegen haftet, weil er eine (eigene) Firma angenommen hat, die einer früheren ähnlich ist.<sup>457</sup>

Dies gelte selbst dann, wenn dabei Betriebsmittel verwendet wurden, die der Neuunternehmer vom bisherigen Unternehmer erworben hat. Selbst die Nutzung derselben Räume, die (Neu-)Begründung von Geschäftsbeziehungen zu den Kunden des früheren Inhabers etc. können allenfalls als (widerlegliche) Indizien für eine Unternehmensfortführung verstanden werden; lassen sich ein (derivativer) Erwerb vom Altunternehmer und damit eine wirkliche Fortführung dagegen nicht feststellen, hätte es auch unter Rechtsscheinsaspekten bei der Unanwendbarkeit des § 25 dHGB zu verbleiben. Insbesondere gebe es keinen Rechtssatz des Inhalts, dass der Wiederaufbau eines Unternehmens mit den früheren Betriebsmitteln der alten Firma stets zur Haftung gemäß § 25 dHGB führen müsse.<sup>458</sup>

Die Problematik der Fortführung des Unternehmens lässt sich allerdings unter Rechtsscheinsaspekten von derjenigen der Fortführung der Firma nicht vollständig trennen: Dabei sei zunächst zu beachten, dass ein nicht namensgleicher Erwerber der Betriebsmittel, der die Firma des Altunternehmers fortführen will, dies nur mit dessen Zustimmung sowie dann tun darf, wenn er das Unternehmen mit erwirbt.<sup>459</sup> Aus diesem Grunde erweckt ein Erwerber den Rechtsschein der Unternehmensfortführung, wenn er die Firma des Altunternehmers (fort-)führt, so dass insoweit eine Rechtsscheinhaftung möglich ist, wenn es an der Fortführung des Unternehmens fehlen sollte.

Dies ist dann anders, wenn der bisherige Unternehmensinhaber selbst sein Unternehmen mit neuen Mitteln unter einer neuen, mit der alten identischen, Firma wieder aufbauen will. Da es sich um eine Fortführung nicht handelt, und die Altgläubiger, denen die Insolvenz des ursprünglichen Unternehmers nicht verborgen geblieben sein kann, nicht schutzwürdig sind, sei hier für eine Haftung gemäß § 25 dHGB selbst unter Rechtsscheinsaspekten kein Raum.<sup>460</sup>

<sup>457</sup> Auch insoweit konsequent aA OLG Frankfurt NJW 1980, 1397; vgl dazu auch *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 63; s OLG Naumburg OLGR 2001, 56.

<sup>458</sup> *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 75.

<sup>459</sup> arg § 22, 23 dHGB.

<sup>460</sup> Zumindest im Ergebnis anders BGH NJW 1992, 911 m zust Anm *K. Schmidt*, ZGR 1992, 621; dagegen *Canaris*, ZIP 1989, 1161 ff.

*iii. § 15 dHGB*

Die gesetzlich geregelten Tatbestände der Rechtsscheinhaftung des § 15 dHGB<sup>461</sup> spielen im Kontext des § 25 dHGB nur eine geringe Rolle: § 15 Abs 3 dHGB kommt dann in Betracht, wenn ein Erwerber zu Unrecht im Handelsregister eingetragen wurde, wie etwa bei unwirksamem Erwerb.<sup>462</sup> § 15 Abs 1 dHGB ist dann anzuwenden, wenn die Eintragung des Inhaberwechsels unterlassen wurde; diese Vorschrift begründet dann die Veräußererhaftung für Verbindlichkeiten, die vom Erwerber begründet wurden.<sup>463</sup>

*iv. Enthaltungsvereinbarung*

Die Eintragung einer Enthaltungsvereinbarung (§ 25 Abs 2 dHGB) könne selbst dann, wenn sie unwirksam sein sollte, den Rechtsschein der Erwerberhaftung zerstören.<sup>464</sup> Sie sei allerdings nur dann relevant, wenn nicht schon einer unwirksamen Enthaltungsvereinbarung Enthaltungsfunktion zukommt.<sup>465</sup>

*4.6. Rechtsfolge: Haftung des Erwerbers**a. Grundverständnis**i. Ausgangspunkt*

Die Haftungsanordnung des § 25 Abs 1 S 1 dHGB sei ursprünglich nur als gesetzlicher Schuldbeitritt konzipiert worden, der lediglich zu einer kumulativen Mithaftung des Erwerbers für die Geschäftsverbindlichkeiten des Veräußerers führt, so dass dessen Schuldnerstellung zunächst ganz unberührt bleibt. Allerdings kommt als Schuldner dann praktisch nur noch der Erwerber in Betracht, wenn sich der Veräußerer später auf die

<sup>461</sup> § 15 dHGB: „(1) Solange eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache nicht eingetragen und bekanntgemacht ist, kann sie von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie diesem bekannt war. (2) Ist die Tatsache eingetragen und bekanntgemacht worden, so muß ein Dritter sie gegen sich gelten lassen. Dies gilt nicht bei Rechtshandlungen, die innerhalb von fünfzehn Tagen nach der Bekanntmachung vorgenommen werden, sofern der Dritte beweist, daß er die Tatsache weder kannte noch kennen mußte. (3) Ist eine einzutragende Tatsache unrichtig bekanntgemacht, so kann sich ein Dritter demjenigen gegenüber, in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war, auf die bekanntgemachte Tatsache berufen, es sei denn, daß er die Unrichtigkeit kannte. (4) Für den Geschäftsverkehr mit einer in das Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung eines Unternehmens mit Sitz oder Hauptniederlassung im Ausland ist im Sinne dieser Vorschriften die Eintragung und Bekanntmachung durch das Gericht der Zweigniederlassung entscheidend.“

<sup>462</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 49 ff.

<sup>463</sup> Zu einer Haftung des Veräußerers für vom Erwerber begründete Verbindlichkeiten aus allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen BGH NJW 1966, 1915.

<sup>464</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 79.

<sup>465</sup> Siehe Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 53.

Sonderregelung des § 26 dHGB<sup>466</sup> beruht, die nur ihm, nicht aber auch dem Erwerber zugute kommt.

Den Anlass für Zweifel bilden dabei die, insbesondere im Zusammenhang mit der Verjährungsproblematik, viel diskutierten Besonderheiten der Dauerschuldverhältnisse.<sup>467</sup> Sie werfen zunächst einmal die Frage auf, ob der Erwerber nur für diejenigen Teilansprüche einzustehen hat, die in der Vergangenheit entstanden sind, oder auch für diejenigen, die erst nach der Übertragung des Handelsgeschäfts entstehen. Dafür gibt es im Modell zwei aufschlussreiche Teilantworten: Die eine geht dahin, die Haftungsanordnung des § 25 dHGB beziehe sich nicht nur auf entstandene und Teilansprüche, sondern auch auf den Anspruchsgrund, das betreffende Dauerschuldverhältnis als solches<sup>468</sup>; dies geht mit der Haftung des Erwerbers auch für erst nachträglich entstehende Teilansprüche einher. Eine andere Antwort bejaht die Haftung für Teilansprüche, die nach dem Übergang des Handelsgeschäfts entstehen, nur dann, wenn auch die Gegenleistung des anderen Vertragsteils dem Erwerber zugute kommt<sup>469</sup>; wenn dieser also, so sei zu ergänzen, das Dauerschuldverhältnis mit dem Dritten seinerseits fortsetzt.<sup>470</sup> Damit stellt sich die Frage nach dem Schicksal bzw nach der rechtlichen Zuordnung von (unternehmensbezogenen) Dauerschuldverhältnissen nach Unternehmensübergang.

Insoweit dominiere die nur selten klar ausgesprochene Vorstellung, auch in Bezug auf Dauerschuldverhältnisse ordne § 25 dHGB nur eine Mithaftung für die nach Übertragung des Unternehmens weiter entstehenden Einzelansprüche an; Vertragspartner bleibe dagegen der Veräußerer. Dies sei zumindest dann unbefriedigend, wenn das Dauerschuldverhältnis als unternehmensbezogenes erhalten bleibt, die Gegenleistungen also im stillschweigenden Einvernehmen dem Erwerber zugute kommen, wie es wohl im allseitigen Interesse die Regel

---

<sup>466</sup> § 26 dHGB: „(1) Ist der Erwerber des Handelsgeschäfts auf Grund der Fortführung der Firma oder auf Grund der in § 25 Abs. 3 bezeichneten Kundmachung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haftbar, so haftet der frühere Geschäftsinhaber für diese Verbindlichkeiten nur, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren fällig und daraus Ansprüche gegen ihn in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art festgestellt sind oder eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird; bei öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten genügt der Erlass eines Verwaltungsakts. Die Frist beginnt im Falle des § 25 Abs. 1 mit dem Ende des Tages, an dem der neue Inhaber der Firma in das Handelsregister des Gerichts der Hauptniederlassung eingetragen wird, im Falle des § 25 Abs. 3 mit dem Ende des Tages, an dem die Übernahme kundgemacht wird. Die für die Verjährung geltenden §§ 204, 206, 210, 211 und 212 Abs. 2 und 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches sind entsprechend anzuwenden. (2) Einer Feststellung in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art bedarf es nicht, soweit der frühere Geschäftsinhaber den Anspruch schriftlich anerkennt hat.“

<sup>467</sup> Vgl dazu nur K. Schmidt, HandelsR<sup>5</sup>, § 8, 229 f; Lieb, Haftung; Beuthien, NJW 1993, 1737 ff; Canaris, FS Frotz, 32 ff; zu beachten ist, dass die §§ 26, 28 Abs 3, 160 dHGB nicht mehr auf Dauerschuldverhältnisse beschränkt seien, dazu Lieb, in MünchK HGB § 26 Rz 4.

<sup>468</sup> Vgl dazu nur K. Schmidt in MünchK dHGB, § 128 Rz 50 mwN sowie Lieb, GmbHR 1994, 657.

<sup>469</sup> Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 57; Canaris, Handelsrecht § 7 Rz 38; Würdinger, GroßkommHGB § 25 Anm 14; ähnlich Commandeur, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 153; vgl auch BGH NJW-RR 1990, 1251; aA Habersack JuS 1989, 738; diff Koller/Roth/Morck, HGB § 25 Rz 7c.

<sup>470</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 81.

sein dürfte. Dann liege nichts näher als die Annahme, neuer Vertragspartner sei, anstelle des dann seinerseits nur noch mithaftenden Veräußerers, der Erwerber geworden. Dafür werde die Konstruktion einer „konkludenten Vertragsübernahme“ angeboten.<sup>471</sup> Weil es sich aber um eine befreiende Vertragsübernahme handeln müsste, sei diese Konstruktion aber eher unpassend.<sup>472</sup> Andererseits könne auch kaum ein Zweifel darüber bestehen, dass eine Vertragsüberleitung nicht nur den Interessen von Veräußerer und Erwerber, sondern in aller Regel auch den Interessen des jeweiligen Dritten entsprechen wird. Dies wird zwar bezweifelt und von einem Verstoß gegen die Vertragsfreiheit der Unternehmensgläubiger gesprochen.<sup>473</sup>

Dies schieße jedoch über das Ziel hinaus und berücksichtige insbesondere nicht, dass die Aufrechterhaltung von Dauerschuldverhältnissen zum Veräußerer, an der den Kritikern zum Schutze des Dritten so viel zu liegen scheint, dessen Interessen deswegen meist gerade nicht entsprechen wird, weil dem Veräußerer die Aufrechterhaltung unternehmensbezogener Dauerschuldverhältnisse nach Übertragung des Unternehmens in aller Regel gar nicht mehr möglich seien, und es infolgedessen fast notwendigerweise zur Kündigung kommen würde.<sup>474</sup> Die Aufrechterhaltung des Dauerschuldverhältnisses mit dem Unternehmen, und damit mit dessen neuem Inhaber, ist so gesehen sogar in aller Regel ein dringendes Anliegen des Dritten.

Zwar könne das Dauerschuldverhältnis bei allseitiger Zustimmung auch im Verhältnis zum Erwerber neu begründet werden, dies würde unter Umständen schwierige und möglicherweise kostspielige, die Unternehmensfortführung zumindest vorübergehend gefährdende, Neuverhandlungen erforderlich machen, die eine auf ökonomische Rationalität bedachte Regelung vermeiden sollte.<sup>475</sup> Im Übrigen ist eine Vertragsüberleitung kraft Gesetzes nach deutschem Recht bereits in mehreren Normen belegt.<sup>476</sup> Restlichen Bedenken könne schließlich dadurch ohne weiteres Rechnung getragen werden, dass dem Dritten eine solche Vertragsüberleitung nicht aufgedrängt werden dürfe; damit könne zugleich dem personalen Einschlag mancher Dauerschuldverhältnisse Rechnung getragen werden. Bei unbefangener Betrachtungsweise spreche daher viel dafür, im wohlverstandenen Interesse aller Beteiligten davon auszugehen, dass § 25 dHGB als Vertragsüberleitungsnorm

---

<sup>471</sup> *Canaris*, FS *Frotz*, 37; *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 154; *Nitsche*, ÖZW 1976, 46.

<sup>472</sup> *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 82.

<sup>473</sup> *Beuthien*, NJW 1993, 1738.

<sup>474</sup> *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 82.

<sup>475</sup> *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 83.

<sup>476</sup> So zB §§ 613a BGB [Rechte und Pflichten aus Arbeitsverhältnissen bei Betriebsübergang].

verstanden und damit die (auch volkswirtschaftlich) wichtige und wertvolle Möglichkeit der Unternehmensübertragung deutlich erleichtert werden kann.<sup>477</sup>

## ii. Vertragsüberleitungsnorm

Für eine derartige Rechtsfortbildungstendenz könne vor allem angeführt werden, dass der deutsche Gesetzgeber die von Literatur und Rechtsprechung bereits zu § 159 dHGB entwickelte Enthftungslösung durch die Neufassung des § 160 dHGB<sup>478</sup> ausdrücklich auf § 26 dHGB (und § 28 dHGB) übertragen und damit jedenfalls das Ausscheiden des Veräußerers aus dem haftungsbegründenden Dauerschuldverhältnis sanktioniert hat.<sup>479</sup>

## iii. Dispositionsmöglichkeit

Ebenso wie durch eine gemäß § 25 Abs 2 dHGB publizitätspflichtige Vereinbarung die Haftung ganz ausgeschlossen werden kann, kann die Haftung für einzelne Verbindlichkeiten und die Vertragsüberleitung für einzelne Rechtsverhältnisse ausgeschlossen werden, wenn Veräußerer oder Erwerber dies wünschen. Auch den eventuell entgegenstehenden Interessen des Dritten, dem die Vertragsüberleitung keineswegs aufgedrängt werden soll, kann ohne weiteres Rechnung getragen werden: Als Vorbild biete sich dafür das vom Bundesarbeitsgericht zu § 613a BGB anlässlich eines ähnlichen Interessenkonflikts entwickelte und vom Gesetzgeber in § 613a Abs 6 BGB kodifizierte Widerspruchsrecht<sup>480</sup> an: Ist der Dritte, dem der Unternehmensübergang bekannt sein muss<sup>481</sup>, mit der Überleitung auch

<sup>477</sup> Krejci, Betriebsübergang und Arbeitsvertrag, 218 ff; ders. ÖJZ 1975, 458 f; K. Schmidt, HandelsR<sup>5</sup>, § 8, 229 ff; Reichold AP BetrAVG § 7 Nr 56 Bl 7; Esser/Schmidt, Schuldrecht, § 37, 304; im Ergebnis auch Börner, FS Möhring, 45 ff; aA Fenyves, Erbenhaftung, 60 ff; Nitsche, ÖZW 1976, 45 f; Habersack, JuS 1989, 743; Zöllner, ZGR 1983, 89; Commandeur, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 151 f; Pahl, Handelsregistereintragung und Bekanntmachung, 219; Heymann/Emmerich, HGB § 25 Rz 42; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 95; Zimmer/Scheffel in E/B/J § 25 HGB Rz 59 ff; Schuhmacher in Straube<sup>3</sup> § 25 Rz 28 mwN.

<sup>478</sup> § 160 dHGB: „(1) Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so haftet er für ihre bis dahin begründeten Verbindlichkeiten, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Ausscheiden fällig und daraus Ansprüche gegen ihn in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art festgestellt sind oder eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird; bei öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten genügt der Erlass eines Verwaltungsakts. Die Frist beginnt mit dem Ende des Tages, an dem das Ausscheiden in das Handelsregister des für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichts eingetragen wird. Die für die Verjährung geltenden §§ 204, 206, 210, 211 und 212 Abs. 2 und 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind entsprechend anzuwenden. (2) Einer Feststellung in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art bedarf es nicht, soweit der Gesellschafter den Anspruch schriftlich anerkannt hat. (3) Wird ein Gesellschafter Kommanditist, so sind für die Begrenzung seiner Haftung für die im Zeitpunkt der Eintragung der Änderung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten die Absätze 1 und 2 entsprechend anzuwenden. Dies gilt auch, wenn er in der Gesellschaft oder einem ihr als Gesellschafter angehörenden Unternehmen geschäftsführend tätig wird. Seine Haftung als Kommanditist bleibt unberührt.“; Fassung aufgrund des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I 3138 mit Wirkung vom 01.01.2002.

<sup>479</sup> Dazu eingehend Lieb, in MünchK HGB, § 26 Rz 1 ff; Bedenken bei Canaris, Handelsrecht § 7 Rz 38 ff.

<sup>480</sup> BAG AP BGB § 613a Nr 1, 8, 10, 21, 37, 55; EuGH DB 1993, 230.

<sup>481</sup> §§ 31, 15 Abs 2 dHGB.

seines Rechtsverhältnisses nicht einverstanden, so soll er in angemessener Frist mit der Folge widersprechen, dass sein Rechtsverhältnis dann beim Veräußerer verbleibt, auch wenn es möglicherweise gekündigt werden muss.<sup>482</sup> Daraus sollte dann die Haftung des Erwerbers gegenüber dem Widersprechenden verneint werden.<sup>483</sup>

*iv. Relevanz des § 25 Abs 1 S 2 dHGB*

Die vom Gesetz ermöglichte Disposition auch über einzelne Verbindlichkeiten sei zugleich geeignet, eine weitere Zweifelsfrage zu entschärfen, auf die die Kritiker besonders hingewiesen haben.<sup>484</sup> Es geht dabei um das richtige Verständnis und die Einordnung des § 25 Abs 1 S 2 dHGB in dieses Normkonzept. Die Kritiker meinen, § 25 Abs 1 S 2 dHGB sei überflüssig, wenn man § 25 dHGB als Vertragsüberleitungsnorm verstehe, denn dann müsse sich diese gesetzliche Überleitung auch auf Forderungen beziehen.<sup>485</sup> Dies sei deswegen zweifelhaft, weil man schon entstandene Forderungen auch als bereits insoweit verselbständigt ansehen kann, dass sie, ebenso wie sonstige Aktiva, rechtsgeschäftlich übertragen werden müssen, zumal es zu weit gehen würde, die Vertragsüberleitung als eine Art Teilgesamtrechtsnachfolge zu interpretieren.<sup>486</sup> Dies könne demnach indessen dahingestellt bleiben. Die Sonderregelung des § 25 Abs 1 S 2 dHGB sei und bliebe vielmehr für diejenigen Fälle erforderlich, in denen die Beteiligten die im Unternehmen begründeten Forderungen nicht als Teil der Aktiva mit auf den Erwerber übertragen (abtreten), sondern beim Veräußerer belassen haben. Dies sei schon deswegen möglich, weil die Vertragsüberleitungsfunktion des § 25 dHGB dispositiv ist. Von dieser Dispositivität hätten die Beteiligten im Rahmen von § 25 Abs 1 S 2 dHGB Gebrauch gemacht und damit die Schutzbedürftigkeit des Schuldners hervorgerufen, aufgrund deren die Regelung des § 25 Abs 1 S 2 dHGB selbst dann erforderlich bleiben würde, wenn man davon ausgehen wollte, beim Fehlen einer Absprache dahin, dass die Forderungen beim Veräußerer verbleiben sollten, gingen auch sie bereits im Rahmen der Vertragsüberleitung über.

Die soeben erörterte Lösung entspreche in aller Regel sowohl dem Kontinuitätsinteresse von Erwerber und Drittem, die beide an der Fortsetzung der unternehmensbezogenen Dauerschuldverhältnisse interessiert sein werden, und verwirkliche zugleich mit Hilfe der

---

<sup>482</sup> Ähnlich *Krejci*, Betriebsübergang, 220 f (in *ÖJZ* 1975, 459 wird die Zustimmung des Vertragspartners gefordert; *K. Schmidt*, HandelsR<sup>5</sup>, § 8, 232 aE, verweist im Einzelfall auf das Recht des Vertragspartners zur außerordentlichen Kündigung; *Zimmer/Scheffel* in *E/B/J* § 25 HGB Rz 60 hält ein Widerspruchsrecht nicht für ausreichend).

<sup>483</sup> *Lieb*, in *MünchK HGB*, § 25 Rz 85.

<sup>484</sup> Siehe dazu *Lieb*, in *MünchK HGB*, § 25 Rz 86.

<sup>485</sup> *Beuthien*, NJW 1993, 1737; *Canaris*, FS *Frotz*, 39.

<sup>486</sup> *Lieb*, in *MünchK HGB*, § 25 Rz 85.

Neufassung des § 26 dHGB das Enthaltungsbedürfnis des Veräußerers und sei daher unter jedem Aspekt vorzugswürdig.<sup>487</sup>

#### v. Kreditbereich

Ein weiterer, von den Kritikern hervorgehobener Punkt<sup>488</sup> ist die Bewältigung der Probleme im Kreditbereich. Diese bereite kaum Schwierigkeiten, weil zunächst einmal, und zwar für die Dauer von fünf Jahren, die Stellung des Kreditgebers deswegen nur verbessert wird, weil ihm sowohl der Veräußerer als auch der Erwerber haften. Außerdem kann auch der Kreditgeber dem Übergang des Kreditverhältnisses auf den Erwerber widersprechen, wenn er Bedenken haben sollte. Zusätzlich kann er nach Akzeptierung der Überleitung nach den allgemeinen Regeln gegenüber dem Erwerber kündigen, wenn ihm, insbesondere nach Wegfall des Veräußerers, die Bonität des Erwerbers nicht mehr ausreichend erscheinen sollte.

Diese, ursprünglich für Dauerschuldverhältnisse entwickelte Konzeption<sup>489</sup> könne auf sämtliche, im Verhältnis zum Veräußerer bestehenden unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse erstreckt werden, nachdem auch der Gesetzgeber die Unterscheidung zwischen Dauerschuld- und sonstigen Rechtsverhältnissen im Nachhaftungsbegrenzungsgesetz aufgegeben habe.<sup>490</sup>

Die vorstehend entwickelte Konzeption sei aber von der Lehre nach wie vor nicht vollständig akzeptiert worden.<sup>491</sup>

#### b. Haftungsumfang

Die Haftung des Erwerbers beschränkt sich auf die „im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten“. Dementsprechend ist zwischen den Geschäfts- und den Privatverbindlichkeiten des Veräußerers zu unterscheiden; für letztere muss der Erwerber nicht eintreten. In Zweifelsfällen richtet sich die Entscheidung nach den §§ 343<sup>492</sup>, 344<sup>493</sup> dHGB. Gleichgültig sei hingegen der Rechtsgrund der Verbindlichkeiten; dementsprechend müsse der Erwerber auch für gesetzlich begründete unternehmensbezogene Verbindlichkeiten

---

<sup>487</sup> Lieb, in MünchK HGB, § 25 Rz 87.

<sup>488</sup> Canaris, FS Frotz, 35.

<sup>489</sup> Lieb, Haftung, 13 ff.

<sup>490</sup> Dazu eingehend Lieb, in MünchK HGB § 26 Rz 2 mwN.

<sup>491</sup> Siehe dazu ausführlich Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 89a – 89k mwN.

<sup>492</sup> § 343 Abs 1 dHGB: „Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören.“

<sup>493</sup> § 344 dHGB: „(1) Die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig. (2) Die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betrieb seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegenteil ergibt.“

des Veräußerers eintreten.<sup>494</sup> Geschäftsverbindlichkeiten sind auch solche, die beim früheren Erwerb oder bei der Gründung und Einrichtung des Handelsgeschäfts eingegangen worden sind.<sup>495</sup> Der Begriff der Geschäftsverbindlichkeit ist ein Gesetzesbegriff; dementsprechend sind Absprachen zwischen Veräußerer und Erwerber über den Umfang der vom Erwerber zu bedienenden Verbindlichkeiten für das Außenverhältnis ohne Belang. Insbesondere hat daher der Erwerber auch für ihm unbekannte Geschäftsverbindlichkeiten des Veräußerers einzustehen.<sup>496</sup>

Möglich ist es jedoch, einzelne, bisher betriebsbezogene Schuldverhältnisse anlässlich der Veräußerung aus dem Handelsgeschäft herauszunehmen; dies kann etwa bei Grundstücken oder sonstigen einzelnen Gegenständen praktisch werden, die der Veräußerer zurückbehalten und anderweitig verwenden möchte. Entsprechende Vereinbarungen bedürfen jedoch der Verlautbarung gemäß § 25 Abs 2 dHGB.<sup>497</sup>

Die Geschäftsverbindlichkeiten iS von § 25 Abs 1 S 1 dHGB seien nicht auf Zahlungsansprüche beschränkt<sup>498</sup>; dementsprechend muss der Erwerber etwa auch ein vom Veräußerer vereinbartes Wettbewerbsverbot gegen sich gelten lassen oder sich an sonstige (rechtswirksame) Wettbewerbsvereinbarungen halten.<sup>499</sup>

Für Verbindlichkeiten aus bestehenden Arbeitsverhältnissen gilt als insoweit verdrängende Spezialvorschrift<sup>500</sup> § 613a BGB; aufgrund dieser Vorschrift rücke der Erwerber kraft Gesetzes und vorbehaltlich eines eventuellen Widerspruchs der betroffenen Arbeitnehmer zwingend in die Arbeitgeberstellung ein, während der bisherige Einzelkaufmann ebenfalls kraft Gesetzes mit sofortiger Wirkung als Arbeitgeber ausscheidet.<sup>501</sup> Das BAG hat zwar einmal eine andere Auffassung vertreten<sup>502</sup>, sie sei jedoch unhaltbar, weil § 25 dHGB im Bereich derjenigen, auch arbeitsrechtlichen Verbindlichkeiten, die von § 613a BGB nicht erfasst werden, wie etwa Verbindlichkeiten aus bereits bestehenden

<sup>494</sup> Einzelfälle bei Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 56; *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 147 ff.

<sup>495</sup> BGH LM Nr 3 [privative Schuldübernahme als Entgelt für den Geschäftserwerb] mwN; RG Recht 1921 Nr 2633; RGZ 129, 186 (zu § 28 dHGB).

<sup>496</sup> RG Recht 1908 Nr 3891.

<sup>497</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 115 ff mwN.

<sup>498</sup> Siehe Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 92; zweifelnd allerdings Fenyves, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis, 66.

<sup>499</sup> RGZ 88, 103; 96, 171; siehe auch RGZ 58, 21 [Pflicht zur Firmenänderung]; RGZ 76, 7 [Bezugsverpflichtung]; OLG Hamm NJW-RR 1995, 609 [Vertragsstrafe].

<sup>500</sup> Siehe Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 93; AA Zimmer/Scheffel in E/B/J § 25 HGB Rz 93.

<sup>501</sup> Für ein Nebeneinander beider Vorschriften Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 56; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB § 25 Rz 11; Soergel/Kraft § 613a BGB Rz 48; Wank in MünchHdbArbR, § 119 Rz 40; Schaub in MünchKommBGB, § 613a Rz 76; Seiter, Betriebsinhaberwechsel, 1980, 107.

<sup>502</sup> BAG EzA Nr 1 zu § 28 m Anm Lieb.

Ruhestandsverhältnissen anwendbar bleiben würden.<sup>503</sup> Die Gegenauffassung<sup>504</sup> vertritt die Ansicht, dass § 613a BGB keine Spezialregelung für alle Arbeitsverhältnisse darstelle.

Bei der Veräußerung eines von mehreren Unternehmen oder der Veräußerung einer selbständigen Zweigniederlassung habe der Erwerber jeweils nur für die dort begründeten, nicht dagegen für andere Geschäftsverbindlichkeiten des Veräußerers einzustehen.<sup>505</sup>

Maßgeblich für die Haftung gemäß § 25 Abs 1 S 1 dHGB sei der Zeitpunkt der Begründung des Schuldverhältnisses, nicht erst die Fälligkeit des einzelnen Anspruchs.<sup>506</sup> Abweichend von § 158 Abs 1 BGB<sup>507</sup> haftet auch der Veräußerer dann noch neben dem Erwerber, wenn die Bedingung erst nach der Übertragung des Handelsgeschäfts eingetreten sein sollte.<sup>508</sup>

Der Erwerber muss für die einzelnen Verbindlichkeiten zunächst in dem Zustand und in dem Umfang eintreten, in dem sie sich zum Zeitpunkt der Übertragung des Handelsgeschäfts befinden; dementsprechend könne er sich etwa auf bereits eingetretene Verjährung oder auf eine Stundungsvereinbarung ebenso berufen, wie er umgekehrt Verjährungsunterbrechungen gegen sich gelten lassen müsse.<sup>509</sup> Für den Zeitraum danach gelten die §§ 421 ff BGB<sup>510</sup>, insbesondere kann sich der Haftungsumfang in Bezug auf Veräußerer und Erwerber gemäß § 425 BGB<sup>511</sup> unterschiedlich entwickeln.<sup>512</sup> Für eventuelle Regressansprüche sind die schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen Veräußerer und Erwerber maßgeblich.<sup>513</sup> Diese schließen Rückgriffsansprüche des Erwerbers dann aus, wenn zwischen den Parteien eine

<sup>503</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 128; § 26 Rz 9.

<sup>504</sup> Zimmer/Scheffel in E/B/J § 25 HGB Rz 66.

<sup>505</sup> BGH LM Nr 15 = BB 1979, 1117.

<sup>506</sup> BGH NJW-RR 1990, 1251 [hier wurde ein Anspruch aufgrund eines vom Veräußerer abgeschlossenen Lizenzvertrages allerdings abgelehnt, da die relevante Benutzungshandlung erst nach dem Unternehmensübergang durch den Erwerber stattgefunden hatte]; Habersack JuS 1989, 744; Heymann/Emmerich, HGB § 25 Rz 33; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 57; aA Fenyves, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis, 57; zu später entstehenden Teilansprüchen aus Dauerschuldverhältnissen Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 81 f und § 26 Rz 30 f.

<sup>507</sup> § 158 Abs 1 BGB: „Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung ein.“

<sup>508</sup> Vgl. NJW 1974, 1081; BGH NJW-RR 1990, 1251; Heymann/Emmerich, HGB § 25 Rz 32; aA wohl Honsell/Harrer, ZIP 1986, 344 f, die als Altverbindlichkeiten (iS des § 159 dHGB) nur mit Sicherheit entstehende, also keine bedingten Ansprüche ansehen.

<sup>509</sup> RGZ 135, 104; 143, 154; zu Konkursvorrechten BGHZ 34, 293 = NJW 1961, 1022.

<sup>510</sup> Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

<sup>511</sup> § 425 BGB: „(1) Andere als die in den §§ 422 bis 424 bezeichneten Tatsachen wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten. (2) Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzug, dem Verschulden, von der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners, von der Verjährung, deren Neubeginn, Hemmung und Ablaufhemmung von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld und von dem rechtskräftigen Urteil.“

<sup>512</sup> Einzelfälle bei Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 56; Commandeur, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 147 ff.

<sup>513</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 96.

Erfüllungsübernahme vereinbart worden ist. Ansonsten richte sich der Ausgleich nach § 426 BGB<sup>514</sup>.

c. Prozessuales

Anwendbar sei § 25 dHGB auch bei der Rückabwicklung eines gescheiterten Unternehmenskaufs auf diejenigen Verbindlichkeiten, die vom Erwerber begründet wurden.<sup>515</sup>

Aufgrund der Sondervorschrift des § 729 Abs 2 dZPO<sup>516</sup> kann ein gegenüber dem Veräußerer ergangenes, vor der Übertragung des Handelsgeschäfts rechtskräftig gewordenes Urteil gegenüber dem Erwerber vollstreckbar ausgefertigt werden.<sup>517</sup>

d. Schuldnerschutz gemäß § 25 Abs 1 S 2 dHGB

i. Grundverständnis

§ 25 Abs 1 S 2 dHGB betreffe im Gegensatz zu S 1 nicht die Verbindlichkeiten des Veräußerers, sondern lediglich seine Forderungen.<sup>518</sup> Für das richtige Verständnis dieser Vorschrift sei die Erkenntnis wichtig, dass in Bezug auf diese, im Betrieb begründeten Forderungen, die Außenstände des Veräußerers, zwei ganz unterschiedliche Gestaltungen möglich sind:

Die erste Gestaltungsmöglichkeit bestehe darin, dass die Forderungen ebenso wie die anderen Aktiva des Handelsgeschäfts im Wege der erforderlichen Singularsukzession auf den Erwerber übertragen werden. In diesem Fall findet also ein regulärer, rechtsgeschäftlicher Gläubigerwechsel statt, der sich nach allgemeinen Regeln richtet. Ein Schutzbedürfnis des Schuldners könne dabei dann entstehen, wenn er von der Abtretung nichts erfahren hat und

---

<sup>514</sup> § 426 BGB: „(1) Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Kann von einem Gesamtschuldner der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen. (2) Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden.“

<sup>515</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 98; vgl zur ähnlichen Problematik bei der Rückgewähr an den Verpächter: Heymann/Emmerich, HGB § 25 Rz 13; RGZ 133, 318; 149, 25; BGH NJW 1982, 1647; OLG Frankfurt OLGZ 1973, 20.

<sup>516</sup> § 739 dZPO: „(1) Hat jemand das Vermögen eines anderen durch Vertrag mit diesem nach der rechtskräftigen Feststellung einer Schuld des anderen übernommen, so sind auf die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils gegen den Übernehmer die Vorschriften des § 727 entsprechend anzuwenden. (2) Das Gleiche gilt für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen denjenigen, der ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt, in Ansehung der Verbindlichkeiten, für die er nach § 25 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs haftet, sofern sie vor dem Erwerb des Geschäfts gegen den früheren Inhaber rechtskräftig festgestellt worden sind.“

<sup>517</sup> Dazu: K. Schmidt, HandelsR<sup>5</sup>, § 8, 237 f; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 59; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB § 25 Rz 12.

<sup>518</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 99.

infolgedessen in Unkenntnis des Gläubigerwechsels an seinen alten Gläubiger, den Veräußerer, leistet. Dieses Schutzbedürfnis sei rein bürgerlichrechtlicher Art und werde bereits durch § 407 BGB befriedigt: Danach wird der Schuldner auch bei Leistung an den Veräußerer frei. Nach richtiger Auffassung ändere daran auch § 15 Abs 2 dHGB nichts<sup>519</sup>: Zwar gelte nach dieser Vorschrift der eintragungspflichtige Inhaberwechsel nach § 31 dHGB<sup>520</sup> als bekannt, wobei Inhaber- und Gläubigerwechsel jedoch streng zu trennen seien. Insbesondere folge angesichts der Möglichkeit, dass die Forderungen beim Veräußerer verblieben sind, aus dem Inhaberwechsel nicht zugleich der Gläubigerwechsel.<sup>521</sup>

Handelsrechtlich relevant sei erst die zweite denkbare Gestaltung, nämlich das Verbleiben der Forderungen beim Veräußerer.<sup>522</sup> Dafür genüge ein schlichtes Unterlassen der Abtretung. In diesem Fall sei der Schuldner dann schutzbedürftig, wenn er irrtümlich in der falschen Annahme, die Forderungen seien auf den Erwerber übergegangen, an den Erwerber zahlt, obwohl dieser wegen des Fehlens einer Abtretung nicht Gläubiger geworden ist. Diesen Schutz realisiere § 25 Abs 1 S 2 dHGB durch die Annahme, in diesem Fall sollten die Forderungen dem Schuldner gegenüber als auf den Erwerber übergegangen „gelten“.<sup>523</sup> Aufgrund dieser Fiktion werde der Schuldner auch bei Leistung an den Erwerber befreit.

Diese Deutung des § 25 Abs 1 S 2 dHGB als reine Schuldnerschutzvorschrift ergebe sich ohne weiteres bereits aus dem Gesetz, weil die gesetzliche Fiktion des Forderungsübergangs durch die häufig nicht ausreichend gewürdigte Formulierung „den Schuldnern gegenüber“ ausdrücklich auf eine Geltung zugunsten der Schuldner beschränkt sei.<sup>524</sup>

In Rechtsprechung und Literatur wird § 25 Abs 1 S 2 dHGB zum Teil eine wesentlich weitergehende Wirkung beigemessen. So hat der BGH ausgeführt, bei § 25 Abs 1 S 2 dHGB handle es sich nicht lediglich um eine schlichte Vermutung, die ohne weiteres und jederzeit mit den üblichen Beweismitteln widerlegt werden könne.<sup>525</sup> Infolgedessen könne sich der

<sup>519</sup> Zutr Canaris, Handelsrecht § 7 Rz 79; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB § 25 Rz 14; aA Hausmann JR 1994, 138; Axer, Abstrakte Kausalität, 158; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 71; Düringer/Hachenburg/Hoeniger, HGB § 25 Anm 23.

<sup>520</sup> § 31 dHGB: „(1) Eine Änderung der Firma oder ihrer Inhaber, die Verlegung der Niederlassung an einen anderen Ort sowie die Änderung der inländischen Geschäftsanschrift ist nach den Vorschriften des § 29 zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. (2) Das gleiche gilt, wenn die Firma erlischt. Kann die Anmeldung des Erlöschens einer eingetragenen Firma durch die hierzu Verpflichteten nicht auf dem in § 14 bezeichneten Wege herbeigeführt werden, so hat das Gericht das Erlöschen von Amts wegen einzutragen.“

<sup>521</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 100.

<sup>522</sup> Siehe Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 101.

<sup>523</sup> Vgl Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 102.

<sup>524</sup> OLG München DB 1992, 518; Canaris, Handelsrecht § 7 Rz 64, 113; Beuthien, NJW 1993, 1737; Nitsche, ÖZW 1976, 46; Baumbach/Hopt, HGB § 25 Rz 21; Straube/Schuhmacher Rz 20; Koller/Roth/Morck, HGB § 25 Rz 10.

<sup>525</sup> BGH NJW-RR 1992, 866 = JZ 1992, 1028 m abl Anm. Lieb = WuB IV D § 25 HGB 2.92 m zust Anm Wilhelm; zust auch Hausmann, JR 1994, 133; K. Schmidt, HandelsR<sup>5</sup>, § 8; derS AcP 198, 520 ff; vgl aus der Rspr auch schon BGH NJW 1979, 42; RGZ 72, 434; RG Recht 1914 Nr 3031; HRR 1929, 320.

Schuldner gegenüber dem Veräußerer, der mit der Behauptung, die Forderung sei bei ihm verblieben, Erfüllung verlangen, auf § 25 Abs 1 S 2 dHGB berufen. Eine andere Auffassung stehe dabei nicht im Einklang mit der gesetzlichen Regelung.

Auf der gleichen Linie liegt es, wenn etwa *Hüffer* ausführt, der Erwerber könne vom Schuldner die Leistung verlangen, oder gar formuliert wird, dass nur noch der Erwerber zur Geltendmachung der Forderungen berechtigt sei.<sup>526</sup> § 25 Abs 1 S 2 dHGB werde damit jedoch eine Bedeutung beigemessen, die weder mit dem ausdrücklich beschränkten Wortlaut („den Schuldnern gegenüber“), noch mit der Interessenlage vereinbar sei.<sup>527</sup> Insbesondere sei nicht zu erkennen, weshalb dem Erwerber eine Forderungszuständigkeit zugesprochen werden sollte, die in den Verhandlungen mit dem Veräußerer gerade ausgeschlossen wurde und die der Erwerber daher redlicherweise auch gar nicht in Anspruch nehmen würde. Dies wäre vielmehr ein durch nichts zu rechtfertigender Eingriff in die (diesem verbliebene) Forderungszuständigkeit des Veräußerers und zugleich in die Privatautonomie der beiden Beteiligten, denen es freisteht, welche Aktiva übertragen werden sollen. Vor allem aber sei der Erwerber in keiner Weise schutzbedürftig, wenn er sich entgegen den mit dem Veräußerer getroffenen Vereinbarungen zu Unrecht als Gläubiger verhalten sollte. Dementsprechend liege auch die Klagebefugnis nach wie vor beim Veräußerer.<sup>528</sup> Dieser könne auch nach wie vor gegenüber seinen Schuldnern aufrechnen.<sup>529</sup>

Zu bedenken sei dabei lediglich, ob eine gewisse zusätzliche Schutzbedürftigkeit des Schuldners dann bestehen kann, wenn ihm nicht ausreichend erkennbar war, ob die Forderungen denn nun abgetreten wurden oder beim Veräußerer verblieben sind. Entgegen der sonstigen Rechtslage bei der Zession<sup>530</sup> mag es insoweit noch angehen, dem Veräußerer bei Unternehmensübertragungen im Prozess gegen den Schuldner die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass die Forderungen bei ihm verblieben sind.<sup>531</sup> Dagegen bestehe keinerlei Anlass, diese, ihn nach allgemeinen Regeln ohnehin treffende Beweislast dem Erwerber abzunehmen<sup>532</sup>: Klagt er gegen den Schuldner und sollte zweifelhaft sein, ob ihm die Forderungen abgetreten wurden, hat er dies zu beweisen; für eine exzessive Auslegung der

<sup>526</sup> *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 69 f; ähnlich *Hausmann* zusammenfassend 154 ff; *derS* JR 1994, 133; *Börner*, FS *Möhring*, 43 f; *Nörr/Scheyhing*, Sukzessionen, § 30, 377; *Düringer/Hachenburg/Hoeniger*, HGB § 25 Anm 23; *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, HGB § 25 Rz 14; vgl auch schon die missverständlichen Äußerungen in der Denkschrift zur Reichstagsvorlage eines HGB 37 = *Schubert/Schmiedel/Krampe*, 979.

<sup>527</sup> Dazu ausführlicher *Lieb*, JZ 1992, 1030 f; grds aA *K. Schmidt*, AcP 198, 516.

<sup>528</sup> *Canaris*, Handelsrecht § 7 Rz 76; *Lieb*, in *MünchK* HGB § 25 Rz 104.

<sup>529</sup> So ausdrücklich auch *Canaris*, Handelsrecht § 7 Rz 76; aA *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 70; *Düringer/Hachenburg/Hoeniger*, HGB § 25 Anm 23.

<sup>530</sup> *Zeiss* in *Soergel*, BGB<sup>13</sup>, § 409 Rz 8 sowie *Busche* in *Staudinger*, § 409 BGB Rz 34.

<sup>531</sup> *Canaris*, Handelsrecht § 7 Rz 76; *Schuhmacher* in *Straube*<sup>3</sup> § 25 Rz 20.

<sup>532</sup> AA siehe *Zeiss* in *Soergel*, BGB<sup>13</sup>, § 409 Rz 8 sowie *Busche* in *Staudinger*, § 409 BGB Rz 34.

Schuldnerschutzvorschrift des § 25 Abs 1 S 2 dHGB zugunsten des Erwerbers bestehe hingegen kein Anlass.

Die besseren Gründe sprechen dafür, dass der Schuldnerschutz des § 25 Abs 1 S 2 dHGB entgegen dem Gesetzeswortlaut bei Bösgläubigkeit ebenso entfallen kann, wie bei § 407 BGB.<sup>533</sup>

## ii. Einwilligung

§ 25 Abs 1 S 2 dHGB setzt nicht nur den vollen Tatbestand des § 25 Abs 1 S 1 dHGB voraus, sondern verlangt im Hinblick auf die für den Veräußerer bestehende Gefahr des Anspruchsverlusts zusätzlich seine Einwilligung in die Firmenfortführung. Sie sei als Zurechnungsmerkmal zu verstehen, das vorliegen muss, um dem Veräußerer gegenüber die befreiende Wirkung der Leistung des Schuldners an den Erwerber rechtfertigen zu können.<sup>534</sup> Dementsprechend müsse die Einwilligung des Veräußerers in die Firmenfortführung, aus der sich zugunsten des Schuldners der Anschein der Gläubigerstellung des Erwerbers ergibt, grundsätzlich rechtswirksam sein.<sup>535</sup> Im Hinblick darauf, dass die Zurechenbarkeit davon nicht beeinflusst wird, will *Canaris* § 25 Abs 1 S 2 dHGB zu Lasten des Veräußerers vertretbar auch dann anwenden, wenn die Einwilligung wegen arglistiger Täuschung erfolgreich angefochten wurde.<sup>536</sup>

Das Merkmal der Einwilligung sei rein objektiv zu verstehen.<sup>537</sup> Auf die Kenntnis oder Unkenntnis des Schuldners komme es daher bei § 25 Abs 1 S 2 dHGB nicht an. Allerdings stehe das (auf Kenntnis des Veräußerers aufbauende) Dulden der Firmenfortführung der Einwilligung gleich.<sup>538</sup> Ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Geschäftsübertragung und Einwilligung sei dafür nicht erforderlich.<sup>539</sup>

<sup>533</sup> § 407 BGB: „(1) Der neue Gläubiger muss eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt. (2) Ist in einem nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit ein rechtskräftiges Urteil über die Forderung ergangen, so muss der neue Gläubiger das Urteil gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass der Schuldner die Abtretung bei dem Eintritt der Rechtshängigkeit gekannt hat.“; vgl. *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 166 f; *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rz 41; aA etwa RG JW 1903, 401; *Hausmann*, JR 1994, 136; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 69, 101; *Zimmer/Scheffel* in *E/B/J* § 25 HGB Rz 77; diff. *Canaris*, Handelsrecht § 7 Rz 72.

<sup>534</sup> *Lieb*, in *MünchK HGB* § 25 Rz 108.

<sup>535</sup> *Börner*, FS *Möhring*, 50; *Nörr/Scheyhing*, Sukzessionen, § 30, 375; *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 163; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 65.

<sup>536</sup> *Canaris*, Handelsrecht § 7 Rz 69; im Ergebnis ähnlich *Gerlach*, Haftungsordnung, 75 Fn 122.

<sup>537</sup> *Lieb*, in *MünchK HGB* § 25 Rz 109.

<sup>538</sup> *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 65; *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 163; *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rz 37.

<sup>539</sup> So *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 65.

Der Schuldnerschutz gelte nur für „in dem Betrieb begründete“ Forderungen, wobei deren Kreis genauso abzugrenzen ist wie der Bereich der Geschäftsverbindlichkeiten.<sup>540</sup>

### iii. Einschränkungen

Nach hL entfällt § 25 Abs 1 S 2 dHGB, wenn die betreffende Forderung einem Abtretungsverbot unterliegt.<sup>541</sup> Dem sei im Ergebnis mit der Begründung zuzustimmen, dass ein Abtretungsverbot in aller Regel auf rechtsgeschäftlicher Vereinbarung mit dem Schuldner beruhen wird, dieser also gar nicht davon ausgehen darf, dass die Forderung auf den Erwerber übergegangen ist. Es fehle hier infolgedessen bereits an der Schutzbedürftigkeit. Bei gesetzlichen Verboten gelte es im Übrigen, einen Widerspruch zum Zweck des Abtretungsausschlusses zu vermeiden.<sup>542</sup>

Anders sei die Rechtslage dann zu beurteilen, wenn der Schuldner in Unkenntnis des noch nicht eingetragenen Inhaberwechsels etwa auf ein vom Erwerber fortgeführtes Konto des Veräußerers zahlt; die befreiende Wirkung dieser Leistung müsse sich der Veräußerer zurechnen lassen.<sup>543</sup>

Der Schuldnerschutz gemäß § 25 Abs 1 S 2 dHGB sei dann entbehrlich und daher im Wege teleologischer Reduktion zurückzunehmen, wenn der Schuldner wie im Wertpapierrecht nur gegen Vorlage des Papiers zu leisten braucht; seine Schutzbedürftigkeit sei dann ebenso zu verneinen wie im Fall des § 407 BGB.<sup>544</sup>

## e. § 25 Abs 2 dHGB

### i. Vereinbarung

§ 25 Abs 1 dHGB ist dispositiv, dementsprechend können sowohl die Erwerberhaftung gemäß S 1 als auch der Schuldnerschutz gemäß S 2 durch Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber abbedungen werden. Eine einseitige Erklärung des Erwerbers genüge regelmäßig nicht.<sup>545</sup> Formvorschriften bestehen nicht, sodass insbesondere die Vereinbarung

<sup>540</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 103.

<sup>541</sup> Vgl nur KG HRR 1927 Nr 1541; *Baumbach/Hopt*, HGB § 25 Rz 23; *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rz 39; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 67; *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 163; die Zulässigkeit der Vereinbarung von Abtretungsverboten gemäß § 399 BGB ist durch § 354a dHGB deutlich eingeschränkt worden.

<sup>542</sup> *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 67.

<sup>543</sup> Insoweit zutr *Canaris*, Handelsrecht § 7, 111.

<sup>544</sup> Siehe *Canaris*, Handelsrecht § 7 Rz 71; weitergehend die hM, die S 2 bei jeglicher Formbedürftigkeit der Abtretung nicht anwenden will, vgl etwa *Baumbach/Hopt*, HGB § 25 Rz 23; *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rz 39; *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, HGB § 25 Rz 6; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 67; *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 163.

<sup>545</sup> RG Recht 1908 Nr 3890; *A. Hueck*, ZHR 108, 1, 5 f; *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rz 44; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 96; *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 168; zweifelnd *Huber*, FS

gemäß Abs 2 sowohl selbständig als auch Bestandteil des der Unternehmensübertragung zugrundeliegenden Kausalgeschäfts sein könne.<sup>546</sup> Sie müsse allerdings spätestens zum Zeitpunkt der dinglichen Übertragung des Handelsgeschäfts vorliegen.<sup>547</sup> Eine derartige Vereinbarung sei als Ausschluss der Außenhaftung selbst bei einer, dann auf das Innenverhältnis beschränkten, Erfüllungsübernahme möglich<sup>548</sup>, während eine auf das Innenverhältnis beschränkte Verpflichtung des Veräußerers zur Schuldentilgung und Freistellung des Erwerbers für § 25 Abs 2 dHGB nicht ausreiche.<sup>549</sup> Die Beschränkung der Haftung auf einzelne Forderungen sei zulässig<sup>550</sup>, wobei aber ausreichende Bestimmtheit und Erkennbarkeit bei Einsicht in die Urkunden erforderlich ist. Dementsprechend müsse etwa ein Verzeichnis der übernommenen bzw nicht übernommenen Verbindlichkeiten zu den gerichtlich hinterlegten Urkunden eingereicht werden.<sup>551</sup> Nicht ausreichend bestimmt sei eine Beschränkung auf einen globalen Höchstbetrag.<sup>552</sup> Prozentuale Beschränkungen bezüglich einzelner, aber auch aller Verbindlichkeiten, seien dagegen zulässig.<sup>553</sup>

Eine Vereinbarung gemäß § 25 Abs 2 dHGB und deren Eintragung seien an sich nur erforderlich, wenn die Haftungsvoraussetzungen gemäß § 25 Abs 1 S 1 dHGB vorliegen. Darüber kann jedoch Streit bestehen.<sup>554</sup> Die Zulässigkeit der Eintragung sollte daher schon dann bejaht werden, wenn eine Haftung des Erwerbers auch nur ernsthaft in Betracht kommt.<sup>555</sup>

## ii. Bekanntmachung

Die Vereinbarung gemäß § 25 Abs 2 dHGB kann Dritten erst dann entgegengehalten werden, wenn sie ins Handelsregister<sup>556</sup> eingetragen und bekanntgemacht, oder dem Dritten entweder durch den Veräußerer oder den Erwerber mitgeteilt wurde.<sup>557</sup> Für beides gilt, jedenfalls für den Ausschluss der Haftung gemäß S 1, die Forderung nach

---

Raisch, 99; anderes gilt im Sonderfall mittelbarer Unternehmensübernahmen insbes beim Doppelpächterfall, dazu Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 48; zu unwirksamen Vereinbarungen Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 120.

<sup>546</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 114.

<sup>547</sup> Hueck, ZHR 108, 5; Heymann/Emmerich, HGB § 25 Rz 44; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 96; Nörr/Scheyhing, Sukzessionen, 1983, § 30, 379; vgl zur Auslegung entsprechender Vereinbarungen BGH NJW 2002, 2310.

<sup>548</sup> Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 96; Zimmer/Scheffel in E/B/J § 25 HGB Rz 82; Nörr/Scheyhing, Sukzessionen, 1983, § 30, 378 f.

<sup>549</sup> BGH DB 1989, 1719 f (zu § 28 Abs 2 dHGB).

<sup>550</sup> Vgl etwa Heymann/Emmerich, HGB § 25 Rz 45; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 96.

<sup>551</sup> Vgl RG JW 1901, 802 f.

<sup>552</sup> RGZ 152, 75.

<sup>553</sup> Vgl Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 96.

<sup>554</sup> Vgl dazu K. Schmidt, JuS 1999, 400.

<sup>555</sup> OLG Hamm NJW-RR 1999, 396; OLG Frankfurt DB 2001, 1552.

<sup>556</sup> Entspricht dem österreichischen Firmenbuch.

<sup>557</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 115.

Unverzüglichkeit.<sup>558</sup> Diese gilt nicht für die Zeitspanne zwischen Anmeldung und nicht beeinflussbarer Eintragung und Bekanntmachung, sodass insoweit Angemessenheit genüge.<sup>559</sup> Dagegen müsse die Eintragung des Verbleibens der Forderungen beim Veräußerer bzw die entsprechende Mitteilung nicht unverzüglich erfolgen.<sup>560</sup> Dieses zusätzliche Merkmal sei nur erforderlich, um rechtzeitig Klarheit über die Schuldnerstellung des Erwerbers erlangen zu können. Bezüglich seiner zugunsten des Schuldners vermuteten Gläubigerstellung bedarf es dessen nicht. Allerdings könne eine spätere Eintragung den Schuldnerschutz gemäß § 25 Abs 1 S 2 dHGB selbstverständlich nur bezüglich solcher Leistungen ausschließen, die nach der Eintragung oder Bekanntmachung gemäß § 25 Abs 2 dHGB erfolgten, wobei Verzögerungen zu Lasten des Erwerbers gehen.<sup>561</sup>

Obwohl die Mitteilung sowohl vom Veräußerer als auch vom Erwerber ausgehen kann, soll nach hL die Anmeldung zum Handelsregister gemeinsam vorgenommen werden müssen.<sup>562</sup>

Eine anderweitig als durch Eintragung und Bekanntmachung (dafür gilt § 15 Abs 2 dHGB)<sup>563</sup> oder besondere Mitteilung erlangte Kenntnis von einem Haftungsausschluss schade dem Dritten nicht, da § 15 Abs 1 dHGB nicht anwendbar sei.<sup>564</sup>

Die Mitteilung einer Vorgesellschaft wirkt für die entstandene juristische Person.<sup>565</sup> Bei der Veräußerung von Zweigniederlassungen ist gemäß § 15 Abs 4 dHGB die Eintragung in das dortige Register erforderlich und genügend.<sup>566</sup>

<sup>558</sup> Vgl nur BGHZ 29, 1, 5 f = NJW 1959, 241; BGH NJW 1984, 1186; OLG Frankfurt OLGZ 1978, 30; BayObLG DB 1984, 1672 (zu § 28 Abs 2 dHGB); *Baumbach/Hopt*, HGB § 25 Rz 15; *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rz 47; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 100; *Zimmer/Scheffel* in *E/B/J* § 25 HGB Rz 84; *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 171.

<sup>559</sup> Vgl dazu OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 1120; BayObLG ZIP 2003, 527; OLG Hamm ZIP 1998, 2092.

<sup>560</sup> OLG München DB 1992, 518 f; *Lieb*, JZ 1992, 1029; *Zimmer/Scheffel* in *E/B/J* § 25 HGB Rz 74; aA die hM, ausdrücklich BGH NJW-RR 1992, 866 = WuB IV D § 25 HGB 2.92 m zust Anm *Wilhelm*; RG HRR 1929 Nr 320.

<sup>561</sup> RGZ 75, 139; 131, 12; OLG Frankfurt OLGZ 1978, 30; BayObLG DB 1984, 1672 (zu § 28 Abs 2 dHGB); *Pahl*, Handelsregistereintragung und Bekanntmachung, 237 f; *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rz 47; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 100; *Zimmer/Scheffel* in *E/B/J* § 25 HGB Rz 84; *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 171.

<sup>562</sup> Vgl nur *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rz 51; *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, HGB § 25 Rz 18; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 98; *Zimmer/Scheffel* in *E/B/J* § 25 HGB Rz 83.

<sup>563</sup> So *Würdinger*, *GroßkommHGB* § 25 Anm 22; *Nörr/Scheyhing*, *Sukzessionen*, § 30, 379; aA RG JW 1903, 401 f; RGZ 75, 139; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 102, § 15 Rz 33; *Zimmer/Scheffel* in *E/B/J* § 25 HGB Rz 87; *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, HGB § 25 Rz 20; *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 169.

<sup>564</sup> BGHZ 29, 1 = NJW 1959, 241; OLG Celle OLGR 2000, 220; RG JW 1903, 401; RGZ 75, 139; RG HRR 1932 Nr 256; *Nörr/Scheyhing*, *Sukzessionen*, § 30, 379; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 101; *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, HGB § 25 Rz 18; *Baumbach/Hopt*, HGB § 25 Rz 13; *Zimmer/Scheffel* in *E/B/J* § 25 HGB Rz 86; v. *Gierke/Sandrock*, *Handels- und Wirtschaftsrecht* § 16, 219; *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 169; *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rz 53. Grundsätzlich anders *Gerlach*, *Haftungsordnung*, 25 ff; *Gotthardt*, BB 1987, 1896; *Pahl*, *Handelsregistereintragung und Bekanntmachung*, 238 f; *Hopt/Mössle*, *Handelsrecht* Rz 283-287.

<sup>565</sup> RGZ 131, 27; *K. Schmidt*, *GesR* § 11, 242 f, § 34, 774.

Unschädlich sei es, wenn die Vereinbarung gemäß § 25 Abs 2 dHGB unwirksam und damit Eintragung und Bekanntmachung bzw die Mitteilungen von Veräußerer oder Erwerber falsch sein sollten.<sup>567</sup> Soweit dann die Haftung nicht ohnehin entfalle<sup>568</sup>, können die Eintragung und Bekanntmachung bzw die Mitteilungen ihre Funktion, Gläubigererwartungen und Schuldnerschutz auszuschließen, dennoch erfüllen.

§ 25 Abs 2 dHGB beziehe sich sowohl auf Abs 1 S 1 als auch auf Abs 1 S 2.<sup>569</sup> Die Vereinbarung brauche jedoch nicht beide Rechtsfolgeregelungen zu umfassen.

### *iii. Rechtsfolgen*

#### *1. Allgemeines*

Bei ordnungsgemäßer Eintragung und Bekanntmachung einer abweichenden Vereinbarung gemäß § 25 Abs 2 dHGB entfällt bei Abs 1 S 1 die Erwerberhaftung; bei Abs 1 S 2 entfällt der Schuldnerschutz; der Schuldner kann dann befreiend nur noch an den Veräußerer, also seinen richtigen Gläubiger, leisten.

#### *2. Ausschluss des Rechtsscheinsschutzes*

Bei Eintragung und Bekanntmachung der Tatsache, dass die Forderungen nicht übertragen wurden, bzw bei entsprechender Mitteilung gemäß § 25 Abs 2 dHGB, entfällt der Schutz des § 25 Abs 1 S 2 dHGB. Dies solle auch dann gelten, wenn die Firma unverändert fortgeführt wird.<sup>570</sup> Es wird jedoch auch die Meinung vertreten, dass bei unveränderter Firmenfortführung die Eintragung gemäß § 25 Abs 2 dHGB für den Ausschluss des Rechtsscheinsschutzes nicht ausreiche.<sup>571</sup>

#### *3. § 25 Abs 3 dHGB*

§ 25 Abs 3 dHGB sei ein Überrest aus der Zeit vor Geltung des § 25 Abs 1 dHGB<sup>572</sup>: Damals sei von der Rechtsprechung die Erwerberhaftung überhaupt nur bei öffentlicher Bekanntmachung der Übernahme der Verbindlichkeiten anerkannt worden.<sup>573</sup> Sie sei heute angesichts der gesetzlichen Haftung bei Firmenfortführung kaum noch relevant; anwendbar könne sie etwa dann sein, wenn ein Erwerber aus bestimmten Gründen die Firma nicht

<sup>566</sup> RG JW 1907, 679; OLG Stuttgart HRR 1931 Nr. 768; Heymann/Emmerich, HGB § 25 Rz 48; Hüffer, in GroßK<sup>5</sup>, § 25 Rz 98; Commandeur, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme, 170.

<sup>567</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 120.

<sup>568</sup> Siehe Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 49 ff.

<sup>569</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 121.

<sup>570</sup> So Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 123.

<sup>571</sup> Canaris, Handelsrecht § 7.

<sup>572</sup> Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 124; siehe zur Entstehungsgeschichte III.II.A.1.

<sup>573</sup> Vgl etwa RGZ 38, 173 ff.

fortführen, trotzdem aber die Haftung übernehmen und dies verlautbaren will. Handelsüblich seien etwa die Anmeldung der Passivenübernahme zum Handelsregister, Rundschreiben an die betreffenden Gläubiger, Zeitungsanzeigen sowie die Veröffentlichung einer Übernahmebilanz, in der die übernommenen Verbindlichkeiten im Einzelnen aufgeführt sind.<sup>574</sup> Eine solche Bekanntmachung verpflichte den Erwerber auch dann, wenn sie den Vereinbarungen des Innenverhältnisses nicht entsprechen sollte.<sup>575</sup>

Aus heutiger Sicht stelle § 25 Abs 3 dHGB im Übrigen noch klar, dass eine Erwerberhaftung nach anderen Vorschriften<sup>576</sup> auch dann möglich ist, wenn die Voraussetzungen des § 25 Abs 1 dHGB nicht vorliegen.

---

<sup>574</sup> *Nörr/Scheyhing* Sukzessionen, § 30, 383 f; *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rz 56.

<sup>575</sup> RGZ 38, 173; *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rz 57; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 105.

<sup>576</sup> ZB§ 613a BGB und § 75 AO.

## B. Die österreichische Regelung des HGB<sup>577</sup>

*§ 25. (1) Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben.*

*(2) Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Firmenbuch eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist.*

*(3) Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist.*

*(4) Wer ein Handelsgeschäft im Weg der Zwangsvollstreckung, des Konkurses, des Ausgleichsverfahrens (auch des fortgesetzten Verfahrens) oder der Überwachung des Schuldners durch Sachwalter der Gläubiger erwirbt, haftet nicht nach Abs. 1.*

*(5) Durch diese Bestimmungen wird eine durch andere Vorschriften begründete Haftung für die zu einem übernommenen Vermögen oder Unternehmen gehörenden Schulden nicht berührt.*

### 1. Allgemeines; Normzweck

Das österreichische HGB befasste sich mit seinem § 25 HGB – ebenso wie die §§ 27 und 28 HGB und die deutsche Ursprungsregelung des § 25 dHGB – mit der Frage nach dem Schicksal der bisherigen Geschäftsverbindlichkeiten und -forderungen im Fall eines Inhaberwechsels des handelsgewerblichen Unternehmens. § 25 betrifft den Fall des Erwerbs unter Lebenden, § 27<sup>578</sup> die Fortführung eines zum Nachlass gehörenden Handelsgeschäftes durch die Erben, § 28<sup>579</sup> die „Vergesellschaftung“ eines (bisher) einzelkaufmännischen Unternehmens (teilweiser Inhaberwechsel).

<sup>577</sup> Im Folgenden beziehen sich §§ ohne Angabe des Gesetzes auf das (österreichische) HGB.

<sup>578</sup> § 27 HGB: „(1) Wird ein zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt, so finden auf die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten die Vorschriften des § 25 entsprechende Anwendung. (2) Die unbeschränkte Haftung tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Unternehmens innerhalb von drei Monaten nach Einantwortung eingestellt oder die Haftung in sinngemäßer Anwendung des § 25 Abs. 2 ausgeschlossen wird. Ist der Erbe nicht eigenberechtigt und ist für ihn kein gesetzlicher Vertreter bestellt, so endet diese Frist nicht vor dem Ablauf von drei Monaten seit der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters oder seit dem Eintritt der unbeschränkten Handlungsfähigkeit des Erben.“

<sup>579</sup> § 28 HGB: „(1) Tritt jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, so haftet die Gesellschaft, auch wenn sie die frühere Firma nicht fortführt, für alle im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers. Die in dem Betriebe

Die Klärung des Leitgedankens der gesetzlichen Regelung machte auch in der österreichischen Literatur und Judikatur bis zu ihrer „Ablösung“ große Schwierigkeiten.<sup>580</sup> Der Gesetzgeber selbst maß im Fall des § 25 (ebenso wie bei § 27) der Firmenfortführung entscheidende Bedeutung bei und wollte damit der Verkehrsanschauung Rechnung tragen: Denn „im Verkehr wird vielfach die Firma ohne Rücksicht auf die Person ihres Inhabers als Eigentümerin des Handlungsvermögens, als Trägerin der durch den Handelsbetrieb begründeten Rechte und Pflichten angesehen. Diese Anschauung sei allerdings rechtlich nicht zutreffend gewesen<sup>581</sup>; nichtsdestoweniger erschien es gerechtfertigt, der Verkehrsauffassung, nach welcher der jeweilige Inhaber der Firma als der Verpflichtete und Berechtigte angesehen wurde, in Bezug auf die Frage des Überganges der Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen entgegenzukommen. Denn der Erwerber eines Geschäftes, der die Firma, wenngleich nur mit einem Zusatz, fortführte, erklärte dadurch seine Absicht, in die Geschäftsbeziehungen des früheren Geschäftsinhabers soweit als möglich einzutreten.<sup>582</sup> Die Rsp sah in der Firmenfortführung ebenfalls eine an die Öffentlichkeit gerichtete Haftungserklärung, der eine Rechtsscheinwirkung zukomme.<sup>583</sup> In der Literatur wurden zur Erklärung des § 25 – neben der Rechtsschein- und der Erklärungstheorie – der Haftungsfondsgedanke, verschiedene Theorien der Vertragsübernahme sowie Kombinationen dieser Erklärungsansätze angeboten.<sup>584</sup> Zum Teil wurde § 25 als völlig systemwidrige und missglückte Vorschrift angesehen, die de lege ferenda der Korrektur bedürfe<sup>585</sup> und de lege lata eng auszulegen<sup>586</sup> bzw teleologisch zu reduzieren sei.<sup>587</sup>

Inswoweit bestanden auch hinsichtlich der österreichischen Regelung schon aufgrund der Nähe zur deutschen Quelle dieselben Problematiken sowie Lösungsansätze und Diskussionen in Lehre und Judikatur.

§ 25 war aber nichtsdestotrotz eine pragmatische Zweckmäßigkeitvorschrift, mit der der Gesetzgeber versucht hat, der typischen Verkehrsauffassung von der Haftungsbedeutung der

---

*begründeten Forderungen gelten den Schuldner gegenüber als auf die Gesellschaft übergegangen. (2) Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Firmenbuch eingetragen und bekannt gemacht oder von einem Gesellschafter dem Dritten mitgeteilt worden ist.“*

<sup>580</sup> Siehe Ausführungen in *Schuhmacher in Straube*<sup>3</sup>, HGB § 25 HGB Rz 2.

<sup>581</sup> So *Schuhmacher in Straube*<sup>3</sup>, HGB § 25 HGB Rz 2.

<sup>582</sup> Denkschrift zur Reichstagsvorlage eines HGB, 38.

<sup>583</sup> HS Erg/59; SZ 42/42; nur Erklärung an Öffentlichkeit: SZ 23/209; RdW 1987, 255; nur Rechtsschein: SZ 45/30.

<sup>584</sup> Vgl statt vieler die Überblicke bei *Gerlach*, Haftungsordnung, 8 ff; *Nitsche*, ÖZW 1976, 40 ff; *K. Schmidt*, HandelsR<sup>5</sup>, 215 ff; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 3 ff; *Lieb*, in FS *Börner*, 747; *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 1 ff.

<sup>585</sup> *Canaris*, Vertrauenshaftung 185; *Nitsche*, ÖZW 1976, 49: ersatzlose Streichung.

<sup>586</sup> *Canaris*, Vertrauenshaftung 186 f.

<sup>587</sup> *Canaris*, in FS *Frotz*, 11 ff, insb 26 ff: Keine Anwendbarkeit, wenn anzunehmen ist, dass Zwangsvollstreckung in das Vermögen des früheren Unternehmensinhabers zur Zeit des Unternehmensübergangs erfolglos geblieben wäre.

Firmenfortführung Rechnung zu tragen, usw auf der Grundlage der ebenfalls typischerweise getroffenen Haftungsübernahmevereinbarung zwischen bisherigem Inhaber und Erwerber.<sup>588</sup>

## 2. Die Haftung des Erwerbers bei Geschäfts- und Firmenfortführung

Die Haftung aus § 25 Abs 1 setzte zunächst ein vollkaufmännisches Handelsgeschäft voraus, gleichgültig, ob dieses im Firmenbuch eingetragen war oder nicht.<sup>589</sup> Beim Erwerb minderkaufmännischer Unternehmen war hingegen zu unterscheiden: Wenn der Veräußerer mit seiner Firma zu Unrecht im Firmenbuch eingetragen war, griff die Haftung aus § 25 jedenfalls ein.<sup>590</sup> Ansonsten kam im Fall „firmenähnlicher“ Geschäftsbezeichnungen von Minderkaufleuten eine Haftung des Erwerbers aus Rechtsschein in Betracht<sup>591</sup>, wenn das Unternehmen vollkaufmännisch fortgeführt wurde, sollte § 25 zu Lasten des Erwerbers Platz greifen.<sup>592</sup>

Das Handelsgeschäft musste unter Lebenden erworben worden sein. Unerheblich war daher der Rechtsgrund des Erwerbers, in Betracht kamen neben Kauf und Tausch auch Vergleich, Auseinandersetzung, Schenkung uam<sup>593</sup>, aber auch der Erwerb auf Zeit, wie Nießbrauch und Pacht.<sup>594</sup> § 25 war auch anwendbar bei Einbringung eines Unternehmens als Sacheinlage in eine Kapitalgesellschaft.<sup>595</sup> Entgegen *Kralik*<sup>596</sup> richtete sich auch die Haftung des Legatars nach § 25 und nicht nach § 27, da der Erwerb durch Vermächtnis zwar hinsichtlich des Anspruches ein Erwerb von Todes wegen, in Bezug auf die Geschäftsübertragung zum Zweck der Erfüllung des Vermächtnisanspruches aber Erwerb unter Lebenden sei.<sup>597</sup>

<sup>588</sup> Vgl. *Säcker*, ZGR 1973, 272 ff; *Gerlach*, Haftungsordnung, 36 ff; ähnlich *Würdinger*, GroßkommHGB § 25 Rz 1 und *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup>, § 25 Rz 21 ff; *Lieb*, in *MünchK HGB* § 25 Rz 9; ferner *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rz 8; *Beuthien*, NJW 1993, 1737.

<sup>589</sup> SZ 42/42; EvBl 1970/165; SZ 56/6 = JBl 1984, 436 mit Anm v *Koziol* = GesRZ 1983, 99; RdW 1987, 255; JBl 1989, 256; wbl 1992, 303; BGH WM 1991, 1915 = BB 1991, 2179.

<sup>590</sup> BGHZ 22, 234.

<sup>591</sup> BGHZ 22, 234; *Würdinger*, GroßkommHGB § 25 Rz 4a.

<sup>592</sup> Strittig, wie hier *Schricker*, ZGR 1972, 155 f; *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, § 25 Rz 5; vorsichtig *Lieb*, in *MünchK HGB* § 25 Rz 73; noch weiter gehend *K. Schmidt*, HandelsR<sup>5</sup>, 239 f; analoge Anwendung von § 25 dHGB auf alle Unternehmensträger; ähnlich *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup> § 25 Rz 84 ff.

<sup>593</sup> SZ 23/209; *Schwarz*, JBl 1967, 114; *Lieb*, in *MünchK HGB* § 25 Rz 46; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup> § 25 Rz 38 mwN.

<sup>594</sup> Denkschrift zur Reichstagsvorlage eines HGB, 37; SZ 42/42; wbl 1992, 62; wbl 1992, 303; BGH BB 1984, 806 = WM 1984, 474; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup> § 25 Rz 81; *Lieb*, in *MünchK HGB* § 25 Rz 46; abl *Schricker*, ZGR 1972, 153, Fn 128 auf der Grundlage der Vermögensübernahmetheorie: nur Erwerb zu Eigentum.

<sup>595</sup> OGH JBl 1989, 256.

<sup>596</sup> *Kralik*, Erbrecht 369.

<sup>597</sup> Siehe *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup> § 25 Rz 38, § 27 Rz 42; auch *Frotz*, in Gedenkschrift *Schönherr*, 346 f.

Nach hM griff die Haftung des Erwerbers auch ein, wenn das Erwerbsgeschäft unwirksam war oder gänzlich fehlte.<sup>598</sup> Dem sei für den Fall zuzustimmen gewesen, dass der neue Inhaber trotz Unwirksamkeit des Erwerbsgeschäftes das Unternehmen fortführte. Erhebliche, vor allem von *Canaris*<sup>599</sup> geäußerte Bedenken gegen die hM bestanden indessen, wenn der Erwerber das Unternehmen wieder herausgeben musste: Vor allem war von der Interessenlage her nicht einzusehen, warum bei Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründen, die dem Schutz des Erwerbers dienen<sup>600</sup>, der Schutz der Altgläubiger vorgehen sollte.<sup>601</sup> Auch habe das Gesetz selbst die Haftung nicht nur an die formale Tatsache der Firmenfortführung angeknüpft, sondern den „Erwerb“ vorausgesetzt. Ein solcher lag in solchen Fällen aber nicht vor. Andererseits seien schutzwürdige Interessen, jedenfalls der Altgläubiger, die nicht im Vertrauen auf die Haftung des Erwerbers Dispositionen getroffen/unterlassen haben, nicht involviert gewesen.<sup>602</sup> Sie seien nach Rückübertragung des Unternehmens im Prinzip so wie vor der Übertragung gestanden. Daher habe auch kein prinzipielles Bedürfnis nach Haftungskontinuität bestanden, weil kein (endgültiger) Inhaberwechsel stattgefunden hatte.

§ 25 sei, wie § 25dHGB auch, dann anwendbar gewesen, wenn nur Unternehmensteile erworben und fortgeführt wurden, doch musste dann der „wesentliche Unternehmenskern“ übergehen.<sup>603</sup> Die Übertragung einer Zweigniederlassung begründete die Haftung nur dann, wenn diese weitgehend eigenständig geführt wurde und einem selbstständigen Handelsgeschäft nahe kam.<sup>604</sup> Der Übernehmer haftete aber dann nur für die im Betrieb der Zweigniederlassung begründeten Verbindlichkeiten.<sup>605</sup> Zu weit sei der Vorschlag von *Frotz*<sup>606</sup> gegangen, auch einen einem Geschäftszweig gewidmeten Unternehmensteil oder Unternehmensbereich, der als Teilbetrieb im Sinne des Umgründungsrechts geführt und dann ausgegliedert und eingebracht wurde, in extensiver Auslegung von § 25 Abs 1 Satz 1 als „Handelsgeschäft“ zu qualifizieren und gleichzeitig die Voraussetzung der Firmenfortführung

<sup>598</sup> OGH HS I/5; *Hämmerle/Wünsch*, I4, 191; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup> § 25 Rz 39; *Baumbach/Hopt*, HGB § 25 Anm 1 C b, alle mwN; BGH BB 1984, 806 = WM 1984, 474; WM 1992, 55 = DB 1992, 314 = BB 1992, 87; besprochen v. *K. Schmidt* in ZGR 1992, 621; für Rechtsscheinhaftung *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 50.

<sup>599</sup> *Canaris*, Vertrauenshaftung, 186.

<sup>600</sup> zB: Täuschung, Drohung, Wucher auf Seiten des Veräußerers.

<sup>601</sup> gleichsinnige Bedenken auch bei *K. Schmidt*, HandelsR<sup>5</sup>, 241; *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rz 19.

<sup>602</sup> *Schuhmacher* in *Straube*<sup>3</sup>, HGB § 25 HGB Rz 6.

<sup>603</sup> BGH WM 1982, 555 mwN: Produktionsbetrieb und der größte Teil der Filialen; *Schwarz*, JBl 1967, 117; SZ 56/6 = JBl 1984, 436 mit Anm v. *Koziol* = GesRZ 1983, 99; RdW 1987, 255; JBl 1989, 256; wbl 1992, 62; wbl 1992, 303; OLG Wien NZ 1995, 88; *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 38.

<sup>604</sup> BGH WM 1972, 1091; WM 1979, 576; weiter gehend *Pichlmüller*, in *Schuhmacher/Gruber*, Zweigniederlassung, 184 ff; jede Übertragung einer Zweigniederlassung reicht aus.

<sup>605</sup> *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup> § 25 Rz 42 f; *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 37.

<sup>606</sup> *Frotz* in FS *Hempel*, 25 ff.

abzuschwächen. Noch weiter ging *Theißen*<sup>607</sup>, der eine Haftung auch ohne Firmenfortführung annahm.

Der Erwerber musste das Handelsgeschäft (unter der bisherigen Firma) fortführen.<sup>608</sup> Eine wirkliche Fortführung des Handelsgeschäftes sei auch erforderlich geworden: Sie lag dann nicht vor, wenn ein gepachtetes Unternehmen vom Pächter sofort in Unterbestand gegeben wurde.<sup>609</sup> Abzulehnen sei daher die Entscheidung des OLG Frankfurt<sup>610</sup> gewesen, wonach der aus der bloßen Firmenfortführung resultierende Anschein, das Unternehmen werde fortgeführt, genügte<sup>611</sup>; Fälle dieser Art seien vielmehr nach den Grundsätzen der allgemeinen Rechtsscheinhaftung<sup>612</sup> zu lösen gewesen.<sup>613</sup> Andernfalls hätte die Haftung aus § 25 auch eingegriffen, wenn frei gewordene Firmen von neuen Unternehmensträgern verwendet würden.<sup>614</sup>

Auch die Firma musste fortgeführt werden: Keine Rolle spielte es dabei zunächst, ob der Erwerber einen Nachfolgezusatz verwendete.<sup>615</sup> Aber auch sonst waren die Anforderungen, die die Rsp an das Merkmal der Firmenfortführung stellte, nicht allzu hoch: Die Wort- und buchstabengetreue Fortführung der Firma war nicht maßgebend, entscheidend war vielmehr die Verkehrsauffassung über die Firmenidentität.<sup>616</sup> „Firmenfortführung“ lag daher jedenfalls auch dann vor, wenn Gesellschaftszusätze weggelassen/geändert/hinzugefügt wurden<sup>617</sup>, wenn ein Vorname weggelassen wurde<sup>618</sup> oder wenn die alte Firma zwar nicht formell übertragen, aber vom neuen Unternehmensträger wieder angenommen wurde<sup>619</sup>; ebenso auch, wenn der Erwerber nur den vom Vormann des Veräußerers abgeleiteten Firmenkern, aber nicht den Nachfolgezusatz des Veräußerers verwendete.<sup>620</sup> Jedenfalls musste nach der Rsp aber der Firmenkern fortgeführt werden, die Übernahme des Firmenzusatzes allein durch Erwerber reichte nicht aus.<sup>621</sup> Das sei jedenfalls dann mit den Prämissen der Rsp schwer

<sup>607</sup> *Theißen*, Schuldenhaftung nach § 25 HGB, 84 ff.

<sup>608</sup> *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 59.

<sup>609</sup> OLG Linz NZ 1986, 112.

<sup>610</sup> OLG Frankfurt NJW 1980, 1397.

<sup>611</sup> Ebenso *Würdinger*, GroßkommHGB § 25 Anm 10.

<sup>612</sup> Vgl *Schuhmacher* in *Straube*<sup>3</sup>, HGB § 5 HGB Rz 14 ff.

<sup>613</sup> *Schricker*, ZGR 1973, 155; *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, HGB § 25 Rz 6 aE; *Nickel*, NJW 1981, 102; *Baumbach/Hopt*, HGB § 25 Anm 1 D a; *Hüffer*, in *GroßK*<sup>5</sup> § 25 Rz 44, 116; *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 74.

<sup>614</sup> *Schuhmacher* in *Straube*<sup>3</sup>, HGB § 25 HGB Rz 8.

<sup>615</sup> Siehe *Schuhmacher* in *Straube*<sup>3</sup>, HGB § 25 HGB Rz 9.

<sup>616</sup> JBl 1989, 256; wbl 1992, 303 ua; *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 65.

<sup>617</sup> OGH HS Erg/59; SZ 56/6 = JBl 1984, 436 mit Anm v *Koziol* = GesRZ 1983, 99; wbl 1992, 62; wbl 1992, 303; RdW 2000, 729; BGH WM 1982, 555; WM 1992, 55 = DB 1992, 314.

<sup>618</sup> OGH RdW 1987, 255; BGH WM 1981, 1256.

<sup>619</sup> OGH HS Erg/59; JBl 1989, 256; BGH WM 1982, 555.

<sup>620</sup> OGH wbl 1989, 164 = RdW 1989, 190.

<sup>621</sup> GesRZ 1982, 321; OGH RdW 2000, 729; OLG Wien NZ 1995, 88; OLG Köln MDR 1994, 133 mit abl Anm v *K. Schmidt*.

vereinbar und daher problematisch gewesen, wenn der Verkehr gerade im Firmenzusatz das eigentliche Identitätsmerkmal erblickte<sup>622</sup>. Als keine Firmenfortführung wurde von der Rsp das Weglassen des Zusatzes „Import und Export“ aus „AK Baumaschinen, Import und Export“<sup>623</sup>, die Streichung des Zusatzes „& Sohn“<sup>624</sup>, die Fortführung einer bloßen Geschäftsbezeichnung<sup>625</sup>, das Ersetzen des Firmenwortlautes „Velo-Sport“ durch „Intersport-Velo“<sup>626</sup>, aber auch die Fortführung des Firmenteils „Kurier Team X-Stadt“ aus der Firma eines Einzelkaufmanns<sup>627</sup> angesehen.

Die Fortführung selbst war als ein dauernder Gebrauch der Firma nach außen zu verstehen<sup>628</sup>; die Rsp schwankte zwar hinsichtlich der erforderlichen Dauer<sup>629</sup>, doch reichte auch zeitlich verzögerte Firmenfortführung aus, wenn nach der Verkehrsauffassung Kontinuität vorlag.<sup>630</sup>

Gleichgültig für die Haftung aus § 25 Abs 1 war die Unzulässigkeit der vom Erwerber geführten Firma nach Firmen-, Namens- oder Wettbewerbsrecht, sofern nur die fragliche Bezeichnung als Firma möglich war.<sup>631</sup> Auch die Einwilligung des bisherigen Inhabers war – anders als für den fingierten Forderungsübergang – unerheblich.<sup>632</sup>

### 3. Rechtsfolgen

Der Erwerber eines Handelsgeschäftes haftete nicht gegenstands- oder betragsbeschränkt mit seinem ganzen Vermögen.<sup>633</sup> Diese Haftung befreite den Veräußerer aber nicht, vielmehr war sie als kumulative Schuldübernahme (Schuldbeitritt) anzusehen, wobei Veräußerer und Erwerber als Gesamtschuldner zu qualifizieren gewesen sind.<sup>634</sup> Für den Inhalt der

<sup>622</sup> Vgl HS I/8: Der alte Unternehmensinhaber hatte seine Geschäfte – entgegen §§ 17, 18! – bloß unter dem Firmenzusatz „Theaterkabarett Simplicissimus“ abgewickelt, dieser Zusatz war fortgeführt worden.

<sup>623</sup> OLG Frankfurt NJW 1980, 1397.

<sup>624</sup> RGZ 133, 325; Bedenken gegen beide Entscheidungen bei Hüffer, in GroßK<sup>5</sup> § 25 Rz 49; vgl auch Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 65.

<sup>625</sup> „Helios-Filmtheater“, BGH DB 1964, 1297; „Reifen Steininger“, OLG Wien NZ 1995, 88.

<sup>626</sup> OGH RdW 1987, 82 = HS 16.033.

<sup>627</sup> OLG Köln MDR 1994, 133; krit zum Ganzen K. Schmidt, HandelsR<sup>5</sup>, 242: Nicht Firmenfortführung, sondern Unternehmensidentität entscheidet (zust LG Berlin ZIP 1993, 1478).

<sup>628</sup> Vgl Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB § 25 Rz 8; OGH RdW 1987, 255.

<sup>629</sup> Vgl einerseits OGH HS I/8 (3-monatige Firmenfortführung reicht nicht aus), andererseits SZ 23/209 (knapp 2-monatige Firmenfortführung reicht aus).

<sup>630</sup> OGH GesRZ 1991, 218 = wbl 1991, 269; auf die Absicht dauernden Gebrauchs kommt es – entgegen HS I/8 – wegen der ratio des § 25 nicht an.

<sup>631</sup> BGH ZIP 1992, 398 = NJW 1992, 911; BGH ZIP 2001, 567 = BB 2001, 694; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB § 25 Rz 7; Baumbach/Hopt, HGB § 25 Anm 1 D b; Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 64.

<sup>632</sup> SZ 23/209.

<sup>633</sup> Schuhmacher in Straube<sup>3</sup>, HGB § 25 HGB Rz 12.

<sup>634</sup> OGH JBl 1989, 256.

Verbindlichkeit war deren Beschaffenheit zum Zeitpunkt der Übernahme des Handelsgeschäftes mit der Firma maßgebend.<sup>635</sup>

Des Weiteren haftete der Erwerber für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten.<sup>636</sup> Dabei in Betracht kommende Geschäftsverbindlichkeiten waren alle Verbindlichkeiten, die mit dem Betrieb in einem derartigen inneren Zusammenhang standen, dass sie als Folge des Betriebes erschienen.<sup>637</sup> Im Zweifelsfall war § 344<sup>638</sup> zu beachten.<sup>639</sup> Unerheblich hingegen war der Rechtsgrund, auf dem die Verbindlichkeit beruhte. Davon erfasst waren daher sowohl Verträge aller Art<sup>640</sup> als auch Verbindlichkeiten, die aus einem Delikt oder der Bereicherung erwuchsen. § 25 galt auch für Beitragsschulden zur Sozialversicherung<sup>641</sup> und Steuerschulden, die sich auf den Betrieb bezogen.<sup>642</sup> Bei rückständigen Lieferverpflichtungen wurde eine Haftung des Erwerbers jedenfalls dann bejaht, wenn es sich um Leistungen handelte, die nur aus diesem Geschäft erfüllt werden konnten.<sup>643</sup> Unerheblich war dabei die (fahrlässige) Unkenntnis des Erwerbers von Geschäftsverbindlichkeiten des früheren Inhabers.<sup>644</sup>

Für Geschäftsschulden, die der Erwerber einging, haftete der Veräußerer auch gutgläubigen Dritten gegenüber, solange der Inhaberwechsel noch nicht ins Firmenbuch eingetragen und bekannt gemacht wurde.<sup>645</sup>

#### 4. Keine Haftung

Die Haftung aus Abs 1 trat dann nicht ein, wenn ein Handelsgeschäft im Wege der Zwangsvollstreckung, des Konkurses, des Ausgleichsverfahrens (auch des fortgesetzten Verfahrens) oder der Überwachung des Schuldners durch Sachwalter der Gläubiger erworben wurde. Die Bestimmung wurde durch Art V InsolvenzrechtsänderungsG<sup>646</sup> neu gefasst<sup>647</sup>

<sup>635</sup> Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB § 25 Rz 10.

<sup>636</sup> Schuhmacher in Straube<sup>3</sup>, HGB § 25 HGB Rz 12.

<sup>637</sup> SZ 44/171; JBl 1989, 256; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB § 25 Rz 11; Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 90.

<sup>638</sup> § 344 HGB: „§ 344. (1) Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig. (2) Die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegenteil ergibt.“

<sup>639</sup> HS 1093; JBl 1989, 256; vgl auch BGH WM 1979, 577 = DB 1979, 1033 [2 Handelsgeschäfte des Veräußerers].

<sup>640</sup> SZ 37/106 [Geschäftsverbindlichkeit ist auch Auftrag für Erstellung einer Bilanz und Steuererklärung]; wbl 1989, 164 = RdW 1989, 190 [Leibrentenschuld].

<sup>641</sup> Krejci, Sozialversicherungsverhältnis 244.

<sup>642</sup> SZ 44/171 [keine Haftung für Grunderwerbssteuer, denn hier ist Unternehmen Objekt und nicht Subjekt des steuerpflichtigen Vorganges].

<sup>643</sup> vgl Schrickner, ZGR 1972, 144; Fenyves, in Ruppe, Unternehmenssanierung, 169.

<sup>644</sup> OGH JBl 1989, 256.

<sup>645</sup> § 15 Abs 1; vgl Hüffer, in GroßK<sup>5</sup> § 25 Rz 63.

<sup>646</sup> BGBl 1982/370.

<sup>647</sup> vorher: Art 6 Nr 5 EVHGB.

und vor allem um den Fall des Ausgleichs erweitert, um das vorher bestandene Ungleichgewicht zwischen Konkurs und Ausgleich zu beseitigen und Sanierungen nicht zu erschweren.<sup>648</sup>

Darüber hinaus eröffnete das Gesetz die Möglichkeit, die Haftung des Erwerbers durch Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber und entsprechende Kundmachung des Haftungsausschlusses auszuschließen. In der Praxis wurde allerdings von dieser Möglichkeit offenbar nur wenig Gebrauch gemacht.<sup>649</sup> Der Vereinbarungsinhalt konnte dahin gehen, dass der Erwerber gar nicht oder nicht in vollem Umfang die Verbindlichkeit übernimmt; teilweiser Haftungsausschluss durch Benennung bestimmter Forderungen war jedoch ebenso möglich wie Beschränkung der Haftung auf einen bestimmten Prozentsatz aller Forderungen, nicht aber durch Nennung eines Höchstbetrages, weil dann den Gläubigern nicht erkennbar war, welche Schulden ausgeschlossen werden sollten.<sup>650</sup>

Für die Kundmachung schrieb das Gesetz wahlweise zwei Wege vor. Zum einen war eine Eintragung im Firmenbuch möglich, wahlweise eine formlose Mitteilung bzw Bekanntmachung. Die Eintragung im Firmenbuch und die Bekanntmachung hätten gegenüber allen Gläubigern gewirkt.<sup>651</sup> Sie wirkte auch gegenüber solchen Gläubigern, die den Haftungsausschluss weder kannten noch kennen mussten; umgekehrt wirkte der Haftungsausschluss mangels Eintragung und Bekanntmachung auch nicht gegen solche Gläubiger, die ihn kannten, weil § 25 Abs 2 als lex specialis § 15 Abs 1<sup>652</sup> verdrängte.<sup>653</sup> War das Unternehmen des Veräußerers oder Verpächters nicht im Firmenbuch eingetragen, konnte nach von der älteren Rsp vertretenen Ansicht auch kein vereinbarter Haftungsausschluss bei der Firma des Erwerbers oder Pächters eingetragen werden.<sup>654</sup> Der OGH<sup>655</sup> hatte diese Auffassung ausdrücklich für die Pacht eines Einzelunternehmens aufgegeben, doch musste Gleiches auch für andere Formen des Unternehmenserwerbs und für andere Rechtsträger gelten.<sup>656</sup> Die abweichende Vereinbarung war jedenfalls vom Erwerber zum Firmenbuch anzumelden, weil der Veräußerer keine Einschreiberbefugnis hatte.<sup>657</sup>

<sup>648</sup> Vgl auch § 1409a ABGB.

<sup>649</sup> Bgl Nitsche, ÖZW 1976, 48 FN 45.

<sup>650</sup> Hüffer, in GroßK<sup>5</sup> § 25 Rz 96 mit weiteren Einzelheiten; Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 114.

<sup>651</sup> Schuhmacher in Straube<sup>3</sup>, HGB § 25 HGB Rz 15.

<sup>652</sup> § 15 Abs 1 HGB: „Solange eine in das Firmenbuch einzutragende Tatsache nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, kann sie von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie diesem bekannt war.“

<sup>653</sup> BGHZ 29, 1, 4.

<sup>654</sup> OGH GesRZ 1985, 146; NZ 1986, 111; NZ 1986, 112.

<sup>655</sup> wbl 1992, 303.

<sup>656</sup> Zib, wbl 1992, 287 ff.

<sup>657</sup> OGH wbl 1990, 218 mit Anm v Thiery; anders noch OLG Graz EvBl 1986/45.

Eine formlose Mitteilung hätte den Haftungsausschluss nur gegenüber den Gläubigern bewirkt, denen sie wirksam zuging.<sup>658</sup> Die Mitteilung konnte dabei sowohl vom Veräußerer als auch vom Erwerber gemacht werden.

Beide Arten der Kundmachung mussten, um wirksam zu sein, in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Geschäftsübernahme stehen, andernfalls waren sie unwirksam.<sup>659</sup> Ob sich bereits eine Verkehrsauffassung über das Vorliegen der Haftung bilden konnte, war dabei ebenso wenig von Belang<sup>660</sup> wie die Frage, ob die Verzögerung auf Verschulden des Erwerbers beruhte.<sup>661</sup> Offensichtlich verspätete Anträge auf Eintragung waren aber vom Gericht abzulehnen.<sup>662</sup>

## 5. Die Haftung des Erwerbers aus besonderem Verpflichtungsgrund

Wurde die Firma hingegen nicht fortgeführt, sei die Erwerberhaftung nur dann eingetreten, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorlag.<sup>663</sup> Als Beispiel nannte das Gesetz die Bekanntmachung der Haftungsübernahme in handelsüblicher Form. In Betracht kamen Rundschreiben oder die Erklärung der Haftungsübernahme zur Eintragung ins Firmenbuch, als auch Anzeigen in Tageszeitungen.<sup>664</sup> Die praktische Bedeutung der Vorschrift sei aber ohnehin gering gewesen.<sup>665</sup> Im Übrigen hatte jene Bestimmung nur Hinweisfunktion auf Verpflichtungsgründe des allgemeinen bürgerlichen Rechts und war insoweit auch ohne eigenständige normative Bedeutung. In Betracht kamen dabei Schuldübernahme, Bürgschaft etc.<sup>666</sup>

Besonderer Erwähnung bedarf in diesem Zusammenhang die von der Rsp entwickelte Gesamtsachenhaftung bei Unternehmensübernahme. Danach haftete derjenige, der sich ein Unternehmen<sup>667</sup> ohne die Voraussetzungen des § 1409 ABGB zugeeignet hatte, für alle Unternehmensverbindlichkeiten cum viribus.<sup>668</sup> Diese Haftung verwandelte sich in

<sup>658</sup> *Schuhmacher* in *Straube*<sup>3</sup>, HGB § 25 HGB Rz 15.

<sup>659</sup> SZ 42/42; SZ 45/30; BGH ZIP 1992, 763 = WM 1992, 736 = BB 1992, 804.

<sup>660</sup> BGHZ 29, 1, 6.

<sup>661</sup> OLG Frankfurt BB 1977, 1571; *Zib*, wbl 1992, 289; OLG Hamm ZIP 1998, 2092 lässt allerdings die Eintragung eines Haftungsausschlusses auch dann noch zu, wenn nach unverzüglicher Anmeldung die Eintragung zunächst zu Unrecht abgelehnt worden ist und im Beschwerdeweg fünf Monate nach Anmeldung vorgenommen wird.

<sup>662</sup> OLG Frankfurt BB 1977, 1571; OLG Frankfurt DB 2001, 1552 [Keine Eintragung 10 Monate nach Übergang des Unternehmens]; OLG Wien NZ 1965, 90 [keine Eintragung des Haftungsausschlusses bei gleichzeitiger Firmenänderung].

<sup>663</sup> *Schuhmacher* in *Straube*<sup>3</sup>, HGB § 25 HGB Rz 17.

<sup>664</sup> *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, HGB § 25 Rz 21; *Würdinger*, GroßkommHGB, § 25 Rz 29, beide mN; *Lieb*, in MünchK HGB § 25 Rz 124.

<sup>665</sup> *Schuhmacher* in *Straube*<sup>3</sup>, HGB § 25 HGB Rz 17.

<sup>666</sup> Zur kollisionsrechtlichen Beurteilung vgl. SZ 70/145.

<sup>667</sup> Gesamtsache; § 302 ABGB.

<sup>668</sup> Vgl etwa SZ 25/266; HS 1098; 1099 ua.

eine pro viribus, wenn sich der Erwerber der Gesamtsache bzw des Unternehmens, die bzw das den Haftungsstock für die Unternehmensgläubiger bildet, entäußerte.<sup>669</sup> Diese Rsp fand aber im Gesetz keine Deckung und war auch mit der ganz einhelligen Lehre abzulehnen.<sup>670</sup>

## 6. Der Übergang der Forderungen

Die Fortführung des Unternehmens samt Firma hatte auch Auswirkungen auf die Forderungen: Sie „gelten den Schuldern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen“, wenn, zusätzlich zu den bisher erörterten Voraussetzungen, der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma eingewilligt hatten.<sup>671</sup> Diese konnte auch konkludent, etwa durch stillschweigende Duldung der Firmenfortführung, erfolgen.<sup>672</sup>

Unstreitig enthielt § 25 Abs 1 Satz 2 keine Legalzession, sondern fingierte nur einen Forderungsübergang zu Gunsten der Schuldner: Hatte keine wirkliche Abtretung stattgefunden, blieben die Forderungen solche des Veräußerers und konnten daher zB von dessen Gläubigern gepfändet werden.<sup>673</sup> Die Schuldner aber konnten mit schuldbefreiender Wirkung an den Erwerber leisten, auch wenn zwischen Veräußerer und Erwerber keine Abtretung stattgefunden hatte und die Forderungen daher eigentlich noch dem Veräußerer zustanden. § 25 Abs 1 Satz 2 galt nur zu Gunsten des Schuldners; für den Erwerber folgte aus dieser Vorschrift nur eine widerlegbare Vermutung, dass er der Neugläubiger war.<sup>674</sup>

Die Fiktion des § 25 Abs 1 Satz 2 galt nur für solche Forderungen, die überhaupt und ohne Einhaltung von Formvorschriften abtretbar waren.<sup>675</sup> Daher galt sie nicht für Forderungen, die nur mit Zustimmung Dritter, also insb des Schuldners, abgetreten werden konnten.<sup>676</sup>

Ein Ausschluss des (fingierten) Forderungsüberganges war grundsätzlich möglich. Dabei war zu beachten, dass eine an den Schuldner erfolgte Mitteilung, dass eine Forderung nicht

<sup>669</sup> OGH JBl 1972, 39 mit krit Anm v F. Bydlinski.

<sup>670</sup> vgl nur Koziol, JBl 1967, 555 f; F. Bydlinski, JBl 1972, 41 f; Krejci, ÖJZ 1975, 453; Spielbüchler in Rummel<sup>3</sup> § 302 Rz 4; Ertl in Rummel<sup>3</sup> § 1409 ABGB Rz 5; Fenyves, in Ruppe, Unternehmenssanierung, 149 (163 ff), alle mwN.

<sup>671</sup> OGH wbl 1993, 358; vgl ferner OGH RdW 1994, 12 = ecolex 1994, 92: Erwerb des Unternehmens allein und Mitteilung davon genügt nicht für Forderungsübergang.

<sup>672</sup> Hüffer, in GroßK<sup>5</sup> § 25 Rz 65; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB § 25 Rz 13; vgl auch Lieb, in MünchK HGB § 25 Rz 108 f.

<sup>673</sup> vgl zB Hüffer, in GroßK<sup>5</sup> § 25 Rz 68.

<sup>674</sup> str, wie hier K. Schmidt, HandelsR<sup>5</sup>, 226 ff; Baumbach/Hopt, HGB § 25 Anm 4 A b; mit eingehender Begründung Karollus, ÖJZ 1989, 202 ff; anders zB Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB § 25 Rz 14 [Unwiderlegbare Vermutung auch zu Gunsten des Erwerbers].

<sup>675</sup> Hüffer, in GroßK<sup>5</sup> § 25 Rz 67; Heymann/Emmerich, HGB § 25 Rz 39.

<sup>676</sup> BGH ZIP 1992, 763 = WM 1992, 736.

auf den Erwerber übertragen wurde, solange als rechtzeitig galt, solange der Schuldner noch keine schuldtilgende Handlung vorgenommen hatte.<sup>677</sup>

## 7. Unberührt bleibende Bestimmungen

Die dispositive Haftungsregelung des § 25 verdrängte andere, eine Haftung für die zu einem übernommenen Vermögen oder Unternehmen gehörenden Schulden anordnende, Vorschriften nicht.

Große Schwierigkeiten bereitete hingegen die Frage nach dem Schicksal ganzer Rechtsverhältnisse bei Unternehmensübertragung (Miet-, Arbeits-, Lieferverträge etc). Festgestanden habe einerseits, dass sämtliche Beteiligten eine Vertragsübernahme vereinbaren konnten.<sup>678</sup> Auf der anderen Seite existieren eine Reihe von Vorschriften, die bei Unternehmensveräußerung einen Vertragsübergang ohne Dreiparteieneinigung vorsahen bzw ermöglichten.<sup>679</sup>

Darüber hinaus wurde vereinzelt von der Rsp, aber auch von einem Teil der Lehre ein vollständiger oder teilweiser Übergang ganzer Vertragsverhältnisse bei Unternehmensveräußerung auch ohne Dreiparteieneinigung in Fällen angenommen, für die keine entsprechenden Sondervorschriften existierten.<sup>680</sup>

Ein allgemeines Prinzip dieses Inhalts möge zwar rechtspolitisch sinnvoll gewesen sein, jedoch habe es dem damals geltendem Recht nicht entsprochen.<sup>681</sup> Jene Vorschriften trugen im Vergleich eindeutig Ausnahmecharakter<sup>682</sup> und waren daher nicht verallgemeinerungsfähig. § 25 schließlich sei überhaupt nur eine Haftungsnorm, kombiniert mit einem fingierten Forderungsübergang gewesen.<sup>683</sup>

---

<sup>677</sup> SZ 45/30.

<sup>678</sup> vgl dazu ausführlich *Krejci*, Betriebsübergang, 178 ff; *ders*, ÖJZ 1975, 449 ff; *Koziol/Welser II*<sup>12</sup>, 128 f; *Ertl*, in *Rummel*<sup>3</sup> § 1406 Rz 2.

<sup>679</sup> Darunter fielen Regelungen wie § 37 PatentG (Patentlizenzen), § 28 Abs 1 UrhG (Werknutzungsrechte), § 11 Abs 1 MarkenschutzG (Markenlizenzen), § 12a MRG (Mietverhältnisse), § 33 Abs 1 SchSpG (Bühnendienstverträge) und § 3 AVRAG (Arbeitsverhältnisse); ferner waren die §§ 69 ff VVG für Versicherungsverträge zu beachten.

<sup>680</sup> Ohne nähere Begründung: OGH MietSlg 5205; SZ 22/185; SZ 24/184; *Hämmerle/Wünsch I*4, 187; *Wahle* in *Klang*<sup>2</sup> IV/22, 32; unter Berufung auf § 25 HGB: *Koziol*, JBl 1967, 558 f [Eintritt des Erwerbers in sämtliche Geschäftsverbindlichkeiten, also auch in Dauerverträge]; *Krejci*, ÖJZ 1975, 458 f [Vereinfachte Unternehmensbindung von Geschäftsbeziehungen]; besonders weitgehend *K. Schmidt*, HandelsR<sup>5</sup>, 229 ff [Eintritt des Erwerbers in alle unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse]; *Lieb*, in FS *Börner*, 754 ff; vgl ferner *Bauerreiß*, in FS *Kastner*, 40.

<sup>681</sup> *Schuhmacher* in *Straube*<sup>3</sup>, HGB § 25 HGB Rz 28.

<sup>682</sup> zutr *Krejci*, ÖJZ 1975, 454; anders *Karollus*, ÖJZ 1995, 295.

<sup>683</sup> so ausdrücklich auch OGH JBl 1989, 256; ausführliche Kritik an der Vertragsübernahmehese bei *Nitsche*, ÖZW 1976, 45 f; *Fenyves*, Erbenhaftung 58 ff; *ders*, in *Ruppe*, Unternehmenssanierung, 187 f.

## 8. Reformbedarf der österreichischen Regelung

### 8.1. Historisch

Das österreichische HGB war, wie bereits die grundsätzlich identen Rechtsfolgen, aber auch Theorien, zeigen, ursprünglich deutschen Ursprungs: Im Zuge der Besetzung Österreichs durch das Deutsche Reich wurde im Jahr 1939 das deutsche HGB vom 10. Mai 1897<sup>684</sup> durch die Vierte Einführungsverordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich<sup>685</sup>, gemeinsam mit einigen Bestimmungen des deutschen BGB, in Österreich in Kraft gesetzt. Sowohl die Rezeption von BGB-Bestimmungen als auch die Geltung des dHGB in Österreich seien ursprünglich nur als Übergangslösung gedacht gewesen.<sup>686</sup> Doch hat sich – trotz früher Reformvorschläge – auch nach dem Wiedererstehen der Republik Österreich bis zur Inkraftsetzung des Handelsrechtsänderungsgesetzes<sup>687</sup> nichts an diesem Provisorium geändert, sodass etwa Bestimmungen des deutschen BGB die einschlägigen Regelungen des ABGB verdrängten<sup>688</sup> und einer Harmonisierung mit dem HGB entgegengestanden sind. Eine Bereinigung dieser Rechtslage sei deshalb schon lange geboten gewesen.<sup>689</sup>

Das HGB knüpfte an einen überaus komplizierten und der Sache nach nur mehr historisch verständlichen Kaufmannsbegriff an<sup>690</sup>, der schon lange in Widerspruch zu dem modernen, das übrige Wirtschaftsrecht prägenden Begriff des Unternehmers stand.<sup>691</sup> Die Rechtsordnung nannte bereits an den verschiedensten Stellen den Begriff des Unternehmers.<sup>692</sup> Darüber hinaus haben sich aber auch zahlreiche materielle Regelungen des HGB als überholt erwiesen, den wirtschaftlichen Entwicklungen nicht mehr hinlänglich Rechnung getragen und den Rechtsanwender verunsichert. Das Recht der Firmenbildung sei für die Praxis zu starr

---

<sup>684</sup> dRGBI 219/1897.

<sup>685</sup> GBlÖ 1939/86.

<sup>686</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP, 4.

<sup>687</sup> BGBl I 2005/120.

<sup>688</sup> Vgl nur Art 8 Nr 14 4. EVHGB.

<sup>689</sup> Vgl zum Umgang mit § 25 HGB in der Praxis *Krejci in Krejci*, RK UGB Vor §§ 38–40 Rz 25.

<sup>690</sup> § 1. „(1) Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. (2) Als Handelsgewerbe gilt jeder Gewerbebetrieb, der eine der nachstehend bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat: 1. die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waren) oder Wertpapieren, ohne Unterschied, ob die Waren unverändert oder nach einer Bearbeitung weiter veräußert werden; 2. die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für Andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht; 3. die Übernahme von Versicherungen gegen Prämie; 4. die Bankier- und Geldwechslergeschäfte; 5. die Übernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See, die Geschäfte der Frachtführer oder der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten sowie die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer; 6. die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter; 7. die Geschäfte der Handelsvertreter oder der Handelsmakler; 8. die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels; 9. die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Vertrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.“

<sup>691</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP, 4; siehe dazu auch *Dehn in Krejci*, RK UGB § 1 Rz 3.

<sup>692</sup> Siehe § 2 UStG, § 1 HVertrG, § 1 URG, § 1 PHG, § 933b ABGB, § 1 KartG 2005, § 2 BVergG 2006, § 53b ASVG usw.

gewesen; das Recht der Personengesellschaften war von beträchtlichen Zweifelsfragen durchzogen; die den unternehmerischen Geschäftsverkehr betreffenden schuld- und sachenrechtlichen Sonderbestimmungen waren zum Teil überholt, kompliziert oder im HGB systematisch verfehlt.<sup>693</sup>

Hauptziel der Reform war daher eine grundlegende Modernisierung des Handelsgesetzbuches als zentraler Beitrag zur Vereinfachung und Deregulierung des Unternehmensrechts.<sup>694</sup> Gleichzeitig sollten unnötige Differenzierungen zwischen Handels- und allgemeinem bürgerlichen Recht aufgegeben werden und eine großzügige und umfassende Rechtsbereinigung herbeigeführt werden.

## 8.2. Materiellrechtlich

Der Geltungsbereich des Handelsgesetzbuchs war unmittelbar mit dem Begriff des Kaufmanns nach den §§ 1ff HGB verbunden. Dies sei seit geraumer Zeit als problematisch erachtet worden<sup>695</sup>: Zum einen erschienen die bestehenden Kriterien zur Feststellung der Kaufmannseigenschaft über die Maßen kompliziert und nötigten zu willkürlich wirkenden Abgrenzungen. Zum anderen, und darin lag der zentrale Punkt der Kritik, verengt dieser Tatbestand den Blick auf das Bild eines Kaufmanns, wie es zum Ende des 19. Jahrhunderts in einem vom Warenhandel geprägten Wirtschaftsleben Berechtigung hatte, inzwischen aber längst von den Veränderungen des modernen Geschäftslebens überholt wurde.

Der Sache nach betraf die Regelungsmaterie des HGB, die im Wesentlichen organisations- und materiellrechtliche Fragen des professionellen Geschäftsverkehrs zum Inhalt hatte, keineswegs nur den Kaufmann iSd §§ 1ff, sondern jeden, der selbständig auf professionelle Weise wirtschaftlich werthafte Leistungen gegen Entgelt am Markt angeboten hat. Zwischen dem gegliederten Kaufmannsbegriff des HGB und dem Personenkreis, auf den die damit verbundenen Rechtsfolgen der Sache nach Anwendung finden hätte sollen, bestand daher keine Übereinstimmung mehr.<sup>696</sup>

Der Grundtatbestand harmonierte aber auch nicht mehr mit dem Anwendungsbereich der zahlreichen sonstigen, den Aufbau, den Schutz und das Wirken von Unternehmen betreffenden Vorschriften der Rechtsordnung, wie sie außerhalb des HGB etwa im Gesellschaftsrecht, im Wettbewerbs-, Kartell- und Immaterialgüterrecht, im Recht der Absatzmittler, im Versicherungs-, Bank- und Börserecht, im Kapitalmarkt- oder im

<sup>693</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP, 4.

<sup>694</sup> Siehe ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP, 4.

<sup>695</sup> So ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP, 4.

<sup>696</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP, 4.

Wertpapierrecht festgelegt sind und gemeinsam mit dem HGB das „Handelsrecht im weiteren Sinn“<sup>697</sup> oder das „Unternehmensrecht“<sup>698</sup> bildeten. Das Unternehmensrecht war vor In-Kraft-Treten des UGB daher von einem sachlich nicht gerechtfertigten Wertungsbruch durchzogen, der im zu eng gefassten Grundtatbestand des HGB wurzelte.<sup>699</sup>

Die Festlegung eines neuen, dem modernen Wirtschaftsleben adäquaten, Grundtatbestands musste ihre Legitimation aus einem Realitätsausschnitt beziehen, der in der Wirtschaft und am Markt durch dieselben Regelungsbedürfnisse gekennzeichnet ist und deshalb auch denselben Regelungen unterliegen soll. Dies führte konsequenter Weise dazu, den Grundtatbestand des HGB zu erweitern und insofern am Begriff des Unternehmers und an den Betrieb eines Unternehmens anzuknüpfen.<sup>700</sup>

Einen alle Unternehmer umfassenden Grundtatbestand zu schaffen, erschien umso mehr geboten, als der Begriff des Unternehmers zwischenzeitig auch im Zentrum zahlreicher EU-rechtlicher Bestimmungen stand<sup>701</sup>, die in nationales Recht zu transformieren waren, im Kaufmannsbegriff der §§ 1 bis 7 HGB jedoch keinen geeigneten Anknüpfungspunkt fanden. Die Umsetzung ausschließlich unternehmensbezogener Regeln im allgemeinen Zivilrecht erwies sich demgegenüber als systematische Notlösung.<sup>702</sup> Auch aus Gründen der Klarheit und Einheitlichkeit der Rechtsordnung war es daher erforderlich, dass das HGB der Entwicklung des vom Wirtschaftsleben getragenen Unternehmensrechts folgt.

Dem Reformanliegen ging es insbesondere aber darum, die Sachgerechtigkeit der handelsrechtlichen Bestimmungen in Hinblick auf ihre Anwendbarkeit für den Unternehmer zu prüfen und entsprechend anzupassen.<sup>703</sup> Dies sollte zugleich die Chance bieten, das HGB von überkommenen Bestimmungen zu befreien, unnötig komplizierte Regelungen zu vereinfachen und solche Bestimmungen, die keine handelsrechtlichen Besonderheiten enthalten, auf ihren systematisch richtigen Platz in das allgemeine bürgerliche Recht zu verweisen. Gleichzeitig sollten in der Praxis aufgetretene Unsicherheiten von Gesetzes wegen geklärt, Anwendungsschwierigkeiten beseitigt und überholte Regelungen an Änderungen in

---

<sup>697</sup> Kalss/Schauer, Handelsrecht, 1/13 ff

<sup>698</sup> Krejci, Handelsrecht<sup>3</sup>, 4.

<sup>699</sup> Siehe ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP, 4.

<sup>700</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP, 4.

<sup>701</sup> Siehe nur die Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, 1999/44/EG, über den Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, 2000/39/EG ua.

<sup>702</sup> Vgl nur § 1333 Abs 2 ABGB: „Bei der Verzögerung der Zahlung von Geldforderungen zwischen Unternehmern aus unternehmerischen Geschäften beträgt der gesetzliche Zinssatz acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Dabei ist der Basiszinssatz, der am letzten Kalendertag eines Halbjahres gilt, für das nächste Halbjahr maßgebend.“

<sup>703</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP, 5.

der Rechtswirklichkeit angepasst werden. Die Reformvorschläge verfolgten damit auch Deregulierung, Vereinfachung und Klarheit im Recht der Unternehmen.<sup>704</sup>

### 8.3. Umsetzung

Wie bereits zuvor geschildert, sei § 25 HGB immer wieder als eine in ihrem rechtsdogmatischen Anliegen fragwürdige Regelung kritisiert worden.<sup>705</sup> Die Kritik habe sich zunächst darauf bezogen, dass die Rechtsfolgen des Unternehmensübergangs und der Erwerberhaftung durch die Firmenfortführung bedingt waren. Darüber hinaus haben angesichts der Tatsache, dass § 25 Abs 1 HGB nur den fiktiven Übergang von Forderungen und die Haftung des Erwerbers für Verbindlichkeiten ansprach, Regelungslücken in Bezug auf das Schicksal sonstiger unternehmensbezogener Vertragspositionen, wie etwa Gestaltungsrechte, bestanden. Eine allgemeine Regel, der zufolge zur Wahrung der Unternehmenskontinuität der Unternehmenserwerber zumindest im Zweifel in die unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse seines Rechtsvorgängers eintreten sollte, fehlte gänzlich.<sup>706</sup>

Das UGB hat die §§ 25 bis 28 HGB aufgehoben und die sie ersetzenden neuen Bestimmungen über den Unternehmensübergang in den Vierten Abschnitt des Ersten Buches transferiert. Die nunmehrige Neuregelung hängt gar nicht mehr mit dem Firmenrecht zusammen, sodass ihr aus systematischen Gründen ein neuer Ort zugewiesen worden ist.<sup>707</sup>

<sup>704</sup> So ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP, 5.

<sup>705</sup> Zum Theorienstreit siehe die Nachweise zB bei *Schuhmacher* in *Straube*<sup>3</sup>, § 25 Rz 2.

<sup>706</sup> *Schummer/Kriwanek*, Das neue Unternehmensgesetzbuch.

<sup>707</sup> Siehe *Krejci* in *Krejci*, RK UGB Vor §§ 38–40 Rz 28.

## C. Die Regelung des § 38 UGB<sup>708</sup>

**§ 38.** (1) Wer ein unter Lebenden erworbenes Unternehmen fortführt, übernimmt, sofern nichts anderes vereinbart ist, zum Zeitpunkt des Unternehmensübergangs die unternehmensbezogenen, nicht höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse des Veräußerers mit den bis dahin entstandenen Rechten und Verbindlichkeiten. Für unternehmensbezogene Verbindlichkeiten des Veräußerers bestellte Sicherheiten bleiben für diese Verbindlichkeiten aufrecht. Der Veräußerer haftet nach Maßgabe des § 39 für die unternehmensbezogenen Verbindlichkeiten fort.

(2) Der Dritte kann der Übernahme seines Vertragsverhältnisses binnen dreier Monate nach Mitteilung davon sowohl gegenüber dem Veräußerer als auch gegenüber dem Erwerber widersprechen; in der Mitteilung ist er auf das Widerspruchsrecht hinzuweisen. Dies gilt auch für den Besteller einer für unternehmensbezogene Verbindlichkeiten des Veräußerers gewährten Sicherheit. Im Falle eines wirksamen Widerspruchs besteht das Vertragsverhältnis mit dem Veräußerer fort.

(3) Wurde dem Dritten nicht nachweislich mitgeteilt, ob das Vertragsverhältnis vom Erwerber übernommen wurde, oder kann dieser Übernahme noch widersprochen werden, so kann er sowohl gegenüber dem Veräußerer als auch gegenüber dem Erwerber auf das Vertragsverhältnis bezogene Erklärungen abgeben und seine Verbindlichkeiten erfüllen. Dies gilt auch für den Besteller einer für unternehmensbezogene Verbindlichkeiten des Veräußerers gewährten Sicherheit.

(4) Werden unternehmensbezogene Rechtsverhältnisse des Veräußerers vom Erwerber nicht übernommen, so haftet er dennoch für die damit verbundenen Verbindlichkeiten. Dies gilt auch, wenn der Erwerber nur einzelne Verbindlichkeiten des Veräußerers nicht übernimmt. Eine davon abweichende Vereinbarung über die Haftung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie beim Unternehmensübergang in das Firmenbuch eingetragen, auf verkehrsübliche Weise bekannt gemacht oder dem Dritten vom Veräußerer oder vom Erwerber mitgeteilt wurde.

(5) Wird ein Unternehmen im Weg eines Zwangsvollstreckungsverfahrens, eines Insolvenzverfahrens oder einer Überwachung des Schuldners durch einen Treuhänder der Gläubiger erworben, so finden diese Bestimmungen keine Anwendung.

(5a) Nicht als Erwerb eines Unternehmens im Sinn des Abs. 1 gilt die Fortführung im Weg der Pacht, der Leihe, der Fruchtnießung, des Rechtes des Gebrauchs und der Beendigung dieser Verträge. Auch in diesen Fällen kann jedoch ein Dritter oder ein Sicherheitenbesteller gegenüber dem neuen Unternehmer Erklärungen in Bezug auf ein zum früheren Unternehmer bestehendes, unternehmensbezogenes und nicht höchstpersönliches Vertragsverhältnis abgeben und seine Verbindlichkeiten erfüllen, solange ihm die Fortführung des Unternehmens im Weg der Pacht, der Leihe, der Fruchtnießung, des Rechtes des Gebrauchs oder der Beendigung dieser Verträge nicht bekannt ist.

(6) Eine durch andere Bestimmungen begründete Haftung oder Übernahme von Rechtsverhältnissen durch den Erwerber bleibt unberührt.

<sup>708</sup> §§ ohne Angabe des Gesetzes beziehen sich auf das UGB.

Der österreichische Gesetzgeber hat sich mit den §§ 38 ff UGB dazu entschlossen, den Unternehmensübergang zugunsten der Unternehmer zu vereinfachen, wobei dem Dritten daraus kein gravierender Nachteil erwachsen sollte.<sup>709</sup> Nach der Bestimmung des § 38 UGB übernimmt, wer ein unter Lebenden erworbenes Unternehmen fortführt, die unternehmensbezogenen, nicht höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse des Veräußerers mit den bis dahin entstandenen Rechten und Verbindlichkeiten, sofern nichts Gegenteiliges vereinbart ist. Dies bedeutet, dass die Vertragsparteien jedenfalls vereinbaren können, dass die unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse, oder auch nur ein Teil davon, nicht auf den Erwerber übergehen.<sup>710</sup>

Mit dem Übergang ganzer Rechtsverhältnisse auf den Erwerber geht § 38 UGB über die Rechtsfolgen der Vorgängerregelung des § 25 HGB hinaus.<sup>711</sup>

## 1. Unternehmen

§ 38 ist auf Unternehmer iSd §§ 1-3 anwendbar.<sup>712</sup> Auf eine Eintragung im Firmenbuch komme es grundsätzlich nicht an.<sup>713</sup> Auf freiberuflich tätige Unternehmer finden die §§ 38 ff jedoch gem § 4 Abs 2 nur dann Anwendung, wenn eine freiwillige Eintragung in das Firmenbuch erfolgt.<sup>714</sup> Ebenso sind nach § 4 Abs 3 Land- und Forstwirte zu behandeln.

Neben diesen wird auch die Unternehmensübernahme eines Vermächtnisnehmers vom Erben § 38 unterstellt<sup>715</sup>; gleiches muss auch bei einer Unternehmensübertragung von der Verlassenschaft an den Legatar gelten. Da auch die Einbringung eines Unternehmens als Sacheinlage in eine Gesellschaft einen Erwerb unter Lebenden darstellt<sup>716</sup>, und es nach neuem Recht auf die Firmenfortführung nicht ankommt, habe eine Übernahme des Regelungsgehaltes des § 24 HGB<sup>717</sup> in das UGB unterbleiben können. Ein

<sup>709</sup> So Krejci, ÖJZ 2007, 842.

<sup>710</sup> Vgl Artmann, wbl 2007, 256.

<sup>711</sup> Vgl SZ 56/6 = GesRZ 1983, 99; RdW 1987, 255; JBl 1989, 256; wbl 1992, 62; 1992, 302; Krejci, Handelsrecht<sup>3</sup> 134f; ders, FS Canaris Bd II 744 f; s Bydlinski in Krejci, RK UGB.

<sup>712</sup> § 1 UGB: „(1) Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt. (2) Ein Unternehmen ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. (3) Soweit in der Folge der Begriff des Unternehmers verwendet wird, erfasst er Unternehmerinnen und Unternehmer gleichermaßen.“; § 2 UGB: „Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Sparkassen, Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigungen (EWIV), Europäische Gesellschaften (SE) und Europäische Genossenschaften (SCE) sind Unternehmer kraft Rechtsform.“; § 3 UGB: „Personen, die zu Unrecht ins Firmenbuch eingetragen sind und unter ihrer Firma handeln, gelten als Unternehmer kraft Eintragung.“

<sup>713</sup> Bydlinski in Krejci, RK UGB § 38 Rz 3.

<sup>714</sup> Kritisch zur fehlenden Anwendbarkeit auf Freiberufler Krejci in Dehn/Krejci, UGB<sup>2</sup>, 51.

<sup>715</sup> Hofmann, NZ 2006, 163; wN bei Schuhmacher in Straube<sup>3</sup>, § 25 Rz 5.

<sup>716</sup> JBl 1989, 256.

<sup>717</sup> § 24 HGB: „(1) Wird jemand in ein bestehendes Handelsgeschäft als Gesellschafter aufgenommen oder tritt ein neuer Gesellschafter in eine Handelsgesellschaft ein oder scheidet aus einer solchen ein Gesellschafter aus, so kann ungeachtet dieser Veränderung die bisherige Firma fortgeführt werden. (2) Bei dem Ausscheiden eines

Unternehmensübergang iSd § 38 liege auch dann vor, wenn eine Rückabwicklung mit ex nunc-Wirkung erfolgt.<sup>718</sup> Der ursprüngliche Erwerber ist dann für diese Übertragung als Veräußerer und der ursprüngliche Veräußerer als Erwerber zu behandeln.

### 1.1. Exkurs: Zur Anwendbarkeit auf Pachtverhältnisse

Das Unternehmensrechts-ÄnderungsG 2008<sup>719</sup> stellte klar, dass die Pacht kein Unternehmenserwerb iSd §§ 38 f ist.

Zum Anwendungsbereich der Bestimmung gingen sowohl die Erläuterungen<sup>720</sup> als auch die ersten Literaturstimmen<sup>721</sup> davon aus, dass nicht nur Veräußerungstatbestände wie Kauf, Tausch oder Schenkung, sondern auch Nutzungsüberlassungen wie Pacht oder Fruchtgenuss den Erwerb eines Unternehmens im Sinne des § 38 darstellen. Dies entsprach auch völlig dem Verständnis der hL<sup>722</sup> und Rsp<sup>723</sup> zur Vorgängerbestimmung des § 25 Abs 1 HGB.<sup>724</sup> Die praktische Bedeutung von § 25 HGB sei für die Unternehmenspacht allerdings nicht sehr groß gewesen, weil die Bestimmung die Fortführung einer Firma voraussetzte, die Verpächter/Pächter mangels einer bestimmten Unternehmensgröße oder einer Firmenbucheintragung oft gar nicht hatten. § 38 gilt dagegen – mit Ausnahme von nicht protokollierten Freiberuflern sowie Land- und Forstwirten<sup>725</sup> – für alle Unternehmer, unabhängig von ihrer Größe oder einer Protokollierung im Firmenbuch.

In der Verpachtungspraxis sei das gesetzliche Modell dem Vernehmen nach sowohl wegen des automatischen Übergangs sämtlicher Rechtsverhältnisse auf den Erwerber – das sei oft gar nicht gewollt – als auch wegen der skizzierten Haftungsfolgen für Verpächter und Pächter auf Bedenken und Widerstand gestoßen. In der Literatur sei zwischenzeitlich zT aus grundsätzlichen Erwägungen verneint worden, dass § 38 überhaupt auf Verpachtungen anwendbar sei.<sup>726</sup>

---

*Gesellschafter, dessen Name in der Firma enthalten ist, bedarf es zur Fortführung der Firma der ausdrücklichen Einwilligung des Gesellschafters oder seiner Erben.“*

<sup>718</sup> zB nach Wandlung oder Vertragsrücktritt.

<sup>719</sup> ErläutRV 467 BlgNR 23. GP; das URÄG 2008 habe vor allem eine Umsetzung der Abschlussprüfungs- und der Änderungs-RL bezweckt.

<sup>720</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP.

<sup>721</sup> Krejci in Dehn/Krejci, UGB<sup>2</sup>, 59; Bydlinski in Krejci, RK UGB, § 38 Rz 7; Roth/Fitz, Unternehmensrecht<sup>2</sup>, Rz 771; Karollus/Huemer/M. Harrer, Casebook, 56; Artmann, wbl 2007, 253; C. Rechberger, RdW 2007, 71; Gehringer, NZ 2007, 233. Zum Teil wurde dabei aber ohne nähere Diskussion erkennbar nur auf die erläuternden Bemerkungen zum HaRÄG Bezug genommen.

<sup>722</sup> Siehe nur Schuhmacher in Straube<sup>3</sup>, § 25 Rz 5 mwN (einschließlich Denkschrift).

<sup>723</sup> SZ 42/42; SZ 56/6; RdW 1991, 356; wbl 1992, 303 ua.

<sup>724</sup> „Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft ... fortführt ...“

<sup>725</sup> Siehe § 4 Abs 2 und 3 UGB, der diese Personengruppen vom Ersten Buch des UGB insgesamt ausnimmt.

<sup>726</sup> Filzmoser, ecolx 2006, 894; Brauneis, immolex 2008, 11; U. Torggler, JBl 2008, 148 f; dazu Krejci, RdW 2007/544, 520 ff; ders, ÖJZ 2007, 843 ff.

Für eine Anwendbarkeit der Neuregelung auf Pachtverträge habe gesprochen, dass die vom Gesetzgeber der Handelsrechtsreform angenommene Interessenlage von Veräußerer, Erwerber und dritten Vertragspartnern beim Kauf eines Unternehmens kaum anders als bei einer Verpachtung sei<sup>727</sup>: Für gewöhnlich würde der Veräußerer seine unternehmensbezogenen Rechtsbeziehungen auf den Erwerber schon deshalb übertragen wissen wollen, weil er sie ohne verfügbares Unternehmen gar nicht fortsetzen kann. Ein Übergang der Rechtsverhältnisse wäre meist auch im Interesse des Erwerbers gelegen, um das Unternehmen weiter betreiben zu können. Dritte Vertragspartner wären häufig nur daran interessiert, ihre Vertragsverhältnisse mit dem jeweiligen Unternehmensinhaber fortzuführen, weil ihnen der Bezug zum „aktuellen“ Rechtsträger und zur Unternehmensorganisation meist wichtiger gewesen wäre als die konkrete Person des Veräußerers.<sup>728</sup> All das hätte meist auch auf eine Unternehmenspacht zugetroffen, sodass ein gesetzlicher Übergang der Rechtsverhältnisse ohne Erfordernis der Zustimmung Dritter auch hier dem Gesetzeszweck eines erleichterten Unternehmensübergangs entsprochen hätte.<sup>729</sup>

An diesen zum Erhalt der Unternehmenskontinuität als typisch anzunehmenden Interessen habe auch die Frage nichts geändert, ob der Pächter – wie bisher von § 25 HGB gefordert – die Firma des Verpächters oder auch nur eine Geschäftsbezeichnung fortführen will.<sup>730</sup> Dem Umstand, dass die Interessen im Einzelfall anders gelagert sein können, habe – neben den Schutzmechanismen im Interesse des Dritten – auch der dispositive Charakter des § 38 Rechnung getragen.<sup>731</sup>

Auf der anderen Seite sei nicht zu übersehen gewesen, dass ein Pächter kein „Vollrecht“ am gesamten Unternehmen erwirbt, sondern mit dem Unternehmenspachtvertrag iSd § 1091 ABGB nur auf gewisse Zeit idR entgeltlich berechtigt wird, das ihm überlassene Unternehmen zu gebrauchen und die sachtypischen Nutzungen daraus zu ziehen.<sup>732</sup> Eine Übereignung finde häufig nur am Warenbestand statt.<sup>733</sup> Ein Eingriff in die Unternehmenssubstanz sei dem Pächter mangels anderer Vereinbarung grundsätzlich nicht erlaubt. Anders als ein Käufer könne er meist die diesbezüglich überlassenen Betriebsmittel (Liegenschaften, Räumlichkeiten, sonstiges Anlagevermögen) gerade nicht nach eigenem

<sup>727</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP; *Krejci* in *Dehn/Krejci*, UGB<sup>2</sup>, 59; *Bydlinski* in *Krejci*, RK UGB, § 38 Rz 7.

<sup>728</sup> Nach der ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP nimmt § 38 UGB auf diese typischen Interessen der drei Parteien Bezug.

<sup>729</sup> *U. Torggler*, JBl 2008, 149, 157, nach dessen Ansicht Pachtverträge von der Anwendbarkeit des § 38 UGB ausgenommen sind, schlägt eben deshalb vor, § 38 Abs 1 bis 3 und Abs 6 sowie § 39 auf Pachtverträge analog anzuwenden, wenn unternehmensbezogene Rechtsverhältnisse kraft positiver Vereinbarung übergehen sollen.

<sup>730</sup> *Dehn*, Zak 2008, 107.

<sup>731</sup> Siehe *Dehn*, Zak 2008, 107.

<sup>732</sup> *Brauneis*, immolex 2008, 12.

<sup>733</sup> *Dehn*, Zak 2008, 107.

Gutdünken verwenden, umgestalten, als Haftungsmasse heranziehen oder veräußern. Im Einzelnen könne dies auch einer Veränderung von das Unternehmenssubstrat betreffenden Verträgen durch den Pächter entgegenstehen. Stehe dem Pächter aber das Unternehmen nicht in diesem Sinne uneingeschränkt zur Verfügung, so sei tatsächlich fraglich gewesen, ob Verpachtungen „Veräußerungs“vorgänge<sup>734</sup> seien, bei denen Unternehmensbestandteile „übernommen“ würden.<sup>735</sup> Ein gesetzlicher Übergang von Rechtsverhältnissen auf den Pächter sei uU nicht im gleichen Maß interessengerecht wie bei einem Unternehmenskauf. Vor allem sei deshalb auch die Erwerberhaftung des Pächters für nicht übernommene Verträge und Verbindlichkeiten weit weniger einsichtig als bei einem Käufer.<sup>736</sup>

Angesichts dieser Diskussion hat sich der Gesetzgeber zu einer Klarstellung entschieden: Mit dem Unternehmensrechts-ÄnderungsG 2008 wurde in einem neuen Abs 5a zu § 38 in Satz 1 ausdrücklich festgehalten:

*„(5a) Nicht als Erwerb eines Unternehmens im Sinn des Abs 1 gilt die Fortführung im Weg der Pacht, der Leihe, der Fruchtnießung, des Rechts des Gebrauchs und der Beendigung dieser Verträge.“*

Denn, so die Erläuterungen<sup>737</sup>, blieben bei einer solchen Übertragung die Eigentumsverhältnisse unverändert; im Regelfall entspreche es daher nicht der typischen Interessenlage und Erwartungshaltung der Beteiligten, dass der Erwerber alle unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse und die Haftung für Altschulden nach Abs 4 übernehme.

Es finde demnach also kein automatischer Übergang sämtlicher unternehmensbezogener Rechtsverhältnisse statt. Die Übertragung derjenigen Verträge oder Schulden des Verpächters, die vom Pächter übernommen werden sollen, bedürfe der Zustimmung des Dritten.<sup>738</sup> Die Übertragung von Forderungen des Verpächters bestimme sich nach Zessionsrecht.<sup>739</sup>

Bei wirksamer Übertragung von Verträgen oder bloßen Verbindlichkeiten treffe die Haftung mangels Sonderbestimmungen nur den Erwerber (Pächter), ansonsten nur den

---

<sup>734</sup> Worauf aber schon die Überschrift des § 38 UGB abstellt (arg: „*Rechtsverhältnisse des Veräußerers ...*“, „*Haftung von Veräußerer ...*“).

<sup>735</sup> Vgl Filzmoser, *ecolex* 2006, 894 f; Krejci, *ÖJZ* 2007, 843 f; Brauneis, *immolex* 2008, 12; U. Torggler, *JB* 2008, 148.

<sup>736</sup> Aus dem für den Rechtsverkehr entstehenden Eindruck einer Unternehmensfortführung könnte sie wohl nur bei Fortführung der Firma oder Geschäftsbezeichnung abgeleitet werden, was § 38 UGB gerade nicht mehr verlangt. Siehe zu dieser Erwägung - de lege ferenda - auch Dellinger, *ÖBA* 2008, 176, 178.

<sup>737</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP.

<sup>738</sup> Es handelt sich um eine Vertrags- bzw Schuldübernahme; siehe § 1405 ABGB.

<sup>739</sup> Siehe §§ 1392 ff ABGB.

Veräußerer (Verpächter). Die Erwerberhaftung des § 1409 ABGB sei auf Pachtverhältnisse nicht anzuwenden.<sup>740</sup>

Aufgrund der ganz ähnlichen Interessenkonstellation gelte dies ebenso bei Leihe, bei Fruchtgenuss und bei Gebrauchsrechten sowie bei der Beendigung dieser Verträge, weil es auch hier nur zu Nutzungsüberlassungen bzw einer entsprechenden Rückstellung komme.<sup>741</sup>

Ein in der Literatur – *de lege ferenda* – diskutiertes „Opting-In“<sup>742</sup> in die Anwendbarkeit der §§ 38 f ist im Gesetzesvorschlag nicht vorgesehen.

Besonderer Beachtung bedarf daneben die Stellung des Dritten, dies insbesondere vor dem Hintergrund des § 38 Abs 3: Wie dargestellt, geht bei einem Unternehmenskauf das Rechtsverhältnis mit dem Dritten ohne dessen Zutun auf den Erwerber über, sofern Verkäufer und Käufer des Unternehmens nichts anderes vereinbart haben. Für einen darüber nicht informierten Dritten ist bei einem Unternehmenskauf sohin nicht erkennbar, ob auch sein Vertragsverhältnis im Zuge des Unternehmenskaufs vom Käufer zur Gänze oder auch nur zum Teil<sup>743</sup> übernommen wurde. Wurde er darüber informiert, kann der Dritte durch einen binnen drei Monaten auszuübenden Widerspruch den Übergang seines Vertragsverhältnisses auf den Käufer rückgängig zu machen. Erst nach Ablauf dieser drei Monate ist damit endgültig klar, ob der Käufer des Unternehmens der neue Vertragspartner des Dritten bleibt<sup>744</sup> oder der Vertrag mit dem Verkäufer fortbesteht. In dieser „Unsicherheitsphase“ sieht § 38 Abs 3 zum Schutz des Dritten vor, dass er „sowohl gegenüber dem Veräußerer als auch dem Erwerber auf das Vertragsverhältnis bezogene Erklärungen abgeben und seine Verbindlichkeiten erfüllen kann.“<sup>745</sup>

Die Meinung, dass es einer solchen Regelung bei Verpachtungen nicht bedürfe, weil ein Vertragsverhältnis ohne zumindest konkludente Zustimmung des Dritten ohnehin nicht wirksam auf den Pächter übertragen werden könne, und sich der Dritte hier eben stets an seinen ursprünglichen Vertragspartner, den Verpächter, zu halten habe, ist verfehlt. Der Umstand, dass ein Unternehmen nicht verkauft, sondern „nur“ verpachtet wurde, trete meist nicht außenwirksam und für Dritte ersichtlich zutage, doch werde in beiden Fällen ein Betrieb häufig mit denselben Mitarbeitern, derselben Einrichtung, einer zumindest ähnlichen

<sup>740</sup> *Heidinger in Schwimann*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 10 mwN.

<sup>741</sup> *Dehn*, Zak 2008, 107 f.

<sup>742</sup> *Krejci*, ÖJZ 2007, 844.

<sup>743</sup> So etwa, wenn Verkäufer und Käufer vereinbaren, dass der Käufer vor dem Unternehmensübergang fällig gewordene Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen nicht mitübernehmen soll.

<sup>744</sup> Der Übergang des Rechtsverhältnisses erfolge schon im Zeitpunkt des Unternehmensübergangs (zwischenzeitig hL; ausführlicher dazu etwa *Dellinger*, ÖBA 2008, 181 mwN; aA *Artmann*, wbl 2007, 254 f).

<sup>745</sup> Dass er seine Forderungen gegenüber Veräußerer und Erwerber geltend machen kann, ergibt sich aus der Nachhaftung des Veräußerers (Abs 1 dritter Satz) für den Fall des Vertragsübergangs auf den Erwerber bzw der Erwerberhaftung (Abs 4) für den Fall der Nichtübernahme.

Produktpalette und vielleicht unter derselben Geschäftsbezeichnung fortgeführt.<sup>746</sup> Begleitet ein Kunde beim neuen Inhaber eine alte offene Rechnung, so wäre die Zahlung schuldbeitreitend, wenn das Unternehmen gekauft, nicht aber, wenn es nur gepachtet wurde. Ein Dritter könnte aber den Unterschied aus den Umständen für gewöhnlich nicht erkennen.<sup>747</sup>

Abs 5a sieht daher weiters Folgendes vor:

*„... Auch in diesen Fällen kann jedoch ein Dritter oder ein Sicherheitenbesteller gegenüber dem neuen Unternehmer Erklärungen in Bezug auf ein zum früheren Unternehmer bestehendes unternehmensbezogenes und nicht höchstpersönliches Vertragsverhältnis abgeben und seine Verbindlichkeiten erfüllen, solange ihm die Fortführung des Unternehmens im Weg der Pacht, der Leihe, der Fruchtnießung, des Rechtes des Gebrauchs oder der Beendigung dieser Verträge nicht bekannt ist.“*

Solange der Dritte vom Pachtverhältnis keine Kenntnis hat, er also zB vom Inhaberwechsel gar nichts weiß oder von einem Unternehmenskauf ausgeht, kann er die genannten Rechte gegenüber Verpächter und Pächter ausüben. Die Situation ist jener bei einem Unternehmenskauf vergleichbar, bei dem für den Dritten mangels Benachrichtigung unklar ist, ob sein Vertragsverhältnis auf den Erwerber übergegangen ist oder nicht und er sich deshalb an Veräußerer und Erwerber wenden kann.<sup>748</sup>

Ist dem Dritten die Verpachtung dagegen bekannt, liege der neuen Regelung offenkundig zugrunde, dass es ohne seine Zustimmung zur Vertragsübernahme keinen Grund mehr für ihn zur Annahme gibt, sein Vertragsverhältnis sei übernommen worden.<sup>749</sup> Da § 38 gerade nicht anwendbar sein soll, gäbe es dafür auch keine gesetzliche Grundlage. Fahrlässigkeit, dh ein bloßes „Wissen-Müssen“ vom Pachtverhältnis, schade dem Dritten dagegen nicht.<sup>750</sup>

Eine der Mitteilung nach § 38 Abs 3 vergleichbare Verständigung des Dritten über den Übergang des Vertragsverhältnisses ist naturgemäß nicht vorgesehen, weil ein solches ohne seine Zustimmung ohnehin nicht auf den Pächter übergehen kann.

Wollen Verpächter und Pächter aber vermeiden, dass der Dritte mit schuldbeitreitender Wirkung an den „Falschen“ zahlt oder Gestaltungsrechte ausübt, sollte im Pachtvertrag vereinbart werden, dass der Dritte von der Verpachtung zu benachrichtigen ist und von wem

---

<sup>746</sup> Dehn, Zak 2008, 108.

<sup>747</sup> So Dehn, Zak 2008, 108.

<sup>748</sup> Die mit dem URÄG 2008 vorgeschlagene Fassung des § 38 Abs 3 lautet zum Schutz des Dritten daher: „Wurde dem Dritten nicht nachweislich mitgeteilt, ob das Vertragsverhältnis vom Erwerber übernommen wurde, oder kann dieser Mitteilung noch widersprochen werden, so kann er ...“ Für ein Verständnis schon der bisherigen Version („...dass das Vertragsverhältnis vom Erwerber übernommen wurde...“) in diesem Sinn Karollus/Huemer/Harrer, 58; Artmann, wbl 2007, 258; Krejci in Dehn/Krejci, UGB<sup>2</sup>, 65 f.

<sup>749</sup> Dehn, Zak 2008, 108.

<sup>750</sup> Siehe dazu Dehn, Zak 2008, 108.

zu welchem Zeitpunkt die Verständigung vorgenommen werden soll.<sup>751</sup> Wird von den Pachtvertragspartnern kein Wert auf eine solche Benachrichtigung des Dritten gelegt und akzeptieren sie, dass er dem Pächter schuldbefreiende Zahlungen leisten oder Gestaltungsrechte ausüben kann, würde es sich empfehlen, im Innenverhältnis eine Informationspflicht darüber festzulegen. All dies könne auch für die Beendigung des Pachtvertrages, die ja die gleichen Rechtsfolgen auslöst, schon im Pachtvertrag selbst festgelegt werden.<sup>752</sup>

## 2. Unternehmensfortführung

Ebenso wie nach § 25 HGB reicht der bloße Erwerb nicht aus, vielmehr muss das Unternehmen fortgeführt werden.<sup>753</sup> Die Erläuterungen stellen darauf ab, „dass die bisherige Unternehmensidentität aufrecht erhalten bleibt. Damit ist gemeint, dass das erworbene Unternehmen in seinem Wesenskern erhalten bleiben muss“.<sup>754</sup>

Nach hA ist unter einem Unternehmen eine selbstständige, organisierte Erwerbsgelegenheit zu verstehen, die, etwa durch Firmen- oder Geschäftswert, Ruf, Kundenstock uä über eine bloße Ansammlung von Sachen hinaus geht.<sup>755</sup>

Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Rechtsfolgen des § 38 auch eintreten, wenn nicht sämtliche Teile des vom Veräußerer betriebenen Unternehmens übertragen werden. In diesen Fällen sei auch (weiterhin) zu fordern, dass der „wesentliche Unternehmenskern“ vom Erwerber übernommen und fortgeführt wird<sup>756</sup>; man spricht auch davon, dass die „Unternehmensidentität“ erhalten bleiben muss.<sup>757</sup> Sie sei wichtige Voraussetzung dafür, dass das erworbene Unternehmen fortgeführt wird und nicht aus erworbenen Elementen des Unternehmens des Veräußerers ein im Wesentlichen anderes entsteht. In einem solchen Fall bliebe die Unternehmensidentität nicht erhalten, und die Unternehmenskontinuität beim Erwerber wäre nicht gewahrt. Schon aus dem (weiter beachtlichen) Publizitätsgedanken folgt, dass regelmäßig die Auffassung der jeweiligen Verkehrskreise bestimmt, ob eine Unternehmenskontinuität anzunehmen ist. Auch die Übernahme (fast) aller Unternehmensteile reiche nicht aus, wenn vom Erwerber erhebliche Veränderungen vorgenommen werden und das Unternehmen damit nicht als solches

<sup>751</sup> Dehn, Zak 2008, 108.

<sup>752</sup> Wenn vermieden werden soll, dass ein Dritter mit dem Pächter begründete Schulden mit schuldbefreiender Wirkung an den Verpächter, an den das Unternehmen nach Pachtende zurückfällt, zahlt.

<sup>753</sup> Zur Fortführung *Schuhmacher* in *Straube*<sup>3</sup>, § 25 Rz 8.

<sup>754</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 30.

<sup>755</sup> Vgl zB *Riedler*, JBl 1992, 629; *Ertl* in *Rummel*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 4; *Heidinger* in *Schwimann*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 17 ff; *Krejci*, ÖZW 2006, 63 f. Aus der Rsp vgl etwa OGH 6 Ob 34/00v, 8 Ob 51/01k.

<sup>756</sup> *Schuhmacher* in *Straube*<sup>3</sup>, § 25 Rz 7 mwN.

<sup>757</sup> *Krejci*, Handelsrecht<sup>3</sup>, 134 f.

fortgeführt wird<sup>758</sup>. In jenen Fällen, in denen keine Firma fortgeführt wird, finden sich keine firmenrechtlichen Einschränkungen des Unternehmensverständnisses. Dennoch dürfe auch in diesen Fällen nicht außer Acht gelassen werden, dass ein Unternehmen iS einer selbständigen organisatorischen Einheit Gegenstand der Übertragung sein muss.<sup>759</sup> Die Übernahme und Weiterführung bisher unselbständiger Unternehmensteile stellt keinen Anwendungsfall des § 38 dar; der Gesetzgeber ist hier den weitergehenden Vorschlägen der Lehre<sup>760</sup> nicht gefolgt.<sup>761</sup> Dies bedeutet allerdings nicht, dass § 38 nur dann anwendbar wäre, wenn das gesamte Unternehmen übertragen werden soll. Wie schon bisher nach § 25 HGB genügt<sup>762</sup>, dass eine organisatorisch selbständige Zweigniederlassung Gegenstand des Unternehmensübergangs ist; Gleiches muss für den Übergang von einzelnen „einheitlichen Betrieben“ iSd § 189 Abs 1 Z 2 gelten. Gegenstand der gesetzlichen Übernahme sind jeweils jene Rechtsverhältnisse, die sich sachlich, organisatorisch und wirtschaftlich ausschließlich oder zumindest wesentlich auf die Zweigniederlassung oder den einheitlichen Betrieb beziehen.

Keine Anwendung finden die §§ 38 f, wenn die Veräußerung zu einer Zerschlagung oder Liquidation des Unternehmens führt.<sup>763</sup> Die Rechtsstellung des Erwerbers richtet sich dann nach den einschlägigen Vorschriften des Exekutions- bzw Insolvenzrechts. Grundsätzlich erwirbt er dabei nur das Aktivvermögen, tritt aber in die zum Zeitpunkt des Erwerbs bestehenden Rechtsverhältnisse<sup>764</sup> nicht ein und hat auch für „Altverbindlichkeiten“ nicht zu haften.

### 3. Irrelevanz der Firmenfortführung

Wie bereits dargelegt, kommt es nach § 38 im Gegensatz zu § 25 HGB nicht mehr auf die Fortführung der Firma an.<sup>765</sup>

### 4. Übergang von Rechtsverhältnissen

Im Gegensatz zur bisherigen hA<sup>766</sup> zu § 25 HGB sieht das UGB in § 38 Abs 1, sofern nichts anderes vereinbart ist<sup>767</sup>, ex lege den Eintritt des Erwerbers in alle zum Zeitpunkt des

<sup>758</sup> Bydlinski in Krejci, RK UGB § 38 Rz 6.

<sup>759</sup> Siehe Bydlinski in Krejci, RK UGB § 38 Rz 6.

<sup>760</sup> Nachweise bei Schuhmacher in Straube<sup>3</sup>, § 25 Rz 7.

<sup>761</sup> Vgl auch Krejci, in Dehn/Krejci, UGB<sup>2</sup>, 51 f.

<sup>762</sup> Dazu Bydlinski in Krejci, RK UGB § 38 Rz 6.

<sup>763</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 30.

<sup>764</sup> va Dauerschuldverhältnisse.

<sup>765</sup> Im ME wurde noch auf die Firmenfortführung abgestellt. Zur dagegen erhobenen Kritik vgl Schuhmacher in Harrer/Mader, HGB-Reform 38; Schmidt, JBl 2004, 36; vgl ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 29.

<sup>766</sup> Vgl aber Karollus, ÖJZ 1995, 292; sowie die Nachweise bei Schuhmacher in Straube<sup>3</sup>, § 25 Rz 27 f.

Unternehmensübergangs bestehenden unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse vor, die nicht höchstpersönlicher Natur sind.<sup>768</sup>

Höchstpersönlichkeit liegt idR nur dann vor, wenn es dem Vertragspartner des Veräußerers erkennbar darauf angekommen ist, dass dieser die übernommene Leistung selbst erbringt, was allenfalls im Bereich der freien Berufe eine Rolle spielen kann.<sup>769</sup>

Ein unternehmensbezogener Kreditvertrag werde meist nicht als höchstpersönlich zu qualifizieren sein.<sup>770</sup> Dennoch ist nicht ausgeschlossen, dass sich ein Kreditinstitut trotz des klar erkennbaren Unternehmensbezugs des Kreditvertrages ausdrücklich vorbehält, diesen nur so lange aufrecht zu erhalten, als der Kreditnehmer persönlich das Unternehmen als dessen Zurechnungssubjekt leitet. Überhaupt dürften mit dem Hinweis darauf, dass unternehmensbezogene Rechtsverhältnisse dann nicht vom Erwerber von Gesetzes wegen übernommen werden, wenn sie überdies auch noch höchstpersönlich sind, vor allem jene Verträge gemeint sein, in denen der Bezug zur Person des Unternehmers den Unternehmensbezug wesentlich überwiegt. Solchen Verträgen sollen all jene gleichzuhalten sein, in denen vorweg vereinbart wird, dass ein Vertrag auf einen etwaigen Erwerber des Unternehmens nicht übergehen soll.<sup>771</sup>

Besteht hingegen die Höchstpersönlichkeit nur auf Schuldnerseite und wurde die geschuldete Leistung bereits erbracht, spreche nichts gegen eine Übertragung des (nicht höchstpersönlichen) Anspruchs auf das Entgelt bzw die sonstige Gegenleistung.<sup>772</sup> Geldschulden aus nicht oder schlecht erfüllten höchstpersönlichen Rechtsverhältnissen des Schuldners<sup>773</sup> sind vom Übergang auf den Erwerber wohl nicht auszuschließen; kommt eine Erfüllung der höchstpersönlichen Verpflichtung des Veräußerers nicht mehr in Betracht, spreche nichts für eine Sonderbehandlung gegenüber sonstigen unternehmensbezogenen Rechtsverhältnissen, weil insoweit der höchstpersönliche Charakter verloren gegangen sei.<sup>774</sup>

---

<sup>767</sup> Zu rechtsgeschäftlich vereinbarten Zessionsverboten vgl *Krejci* in *Dehn/Krejci*, UGB<sup>2</sup>, 50.

<sup>768</sup> Zur Anwendbarkeit sonderprivatrechtlicher Bestimmungen bei rechtsgeschäftlichen bzw gesetzlichen Vertragsübernahmen vgl *Beig/Größ*, RdW 2004, 519. Siehe auch *Schauer*, ecolex 2004, 6.

<sup>769</sup> Für freiberufliche und auch für land- und forstwirtschaftliche Unternehmer gelten die §§ 38 ff UGB allerdings nur, wenn sich die Angehörigen dieses Berufes freiwillig dem UGB durch Eintragung in das Firmenbuch unterstellen (was Rechtsanwälten und Notaren bereits berufsrechtlich untersagt wurde). Sofern für diese Unternehmer die §§ 38 ff UGB nicht gelten, sind alle Ordnungsfragen, die nicht durch § 1409 ABGB und durch Sonderbestimmungen insb des Arbeits-, Miet- und Versicherungsrechts geregelt sind, nach den allgemeinen Vorschriften des ABGB zu beantworten.

<sup>770</sup> *Bydlinski* in *Krejci*, RK UGB § 38 Rz 16.

<sup>771</sup> So *Bydlinski* in *Krejci*, RK UGB § 38 Rz 16.

<sup>772</sup> *Bydlinski* in *Krejci*, RK UGB § 38 Rz 16.

<sup>773</sup> Schadenersatz, Preisminderung, Rückabwicklung nach Wandlung.

<sup>774</sup> *Bydlinski* in *Krejci*, RK UGB § 38 Rz 16.

## 5. Übergehende Rechtsverhältnisse

Zunächst spricht das Gesetz jedenfalls jegliche Vertragsverhältnisse an. Dabei sei zu beachten, dass der Übergang auch bereits „abgewickelte“ Vertragsverhältnisse erfasse, soweit daraus noch Rechte und Verbindlichkeiten entstehen können, wie etwa Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche.<sup>775</sup> Soweit die Gefahr einer Inanspruchnahme aus solchen Vertragsverhältnissen bei der Bestimmung des Entgelts für den Unternehmenserwerb nicht in Anschlag gebracht wurde, empfiehlt es sich für den Erwerber, insoweit die Übernahme vertraglich auszuschließen und dies in gehöriger Form bekannt zu machen.

Der Begriff des von § 38 angesprochenen „Rechtsverhältnisses“<sup>776</sup> ist jedoch weiter als jener des Vertragsverhältnisses. Erfasst seien davon auch Verbindlichkeiten und Forderungsrechte.<sup>777</sup> Nach vereinzelt Stimmen in der Lehre soll der Übergang ex lege auch Sachen- und Immaterialgüterrechte erfassen.<sup>778</sup>

Weiters seien vom Übergang nicht nur rechtsgeschäftlich begründete, sondern auch gesetzliche Schuldverhältnisse angesprochen.<sup>779</sup> Ob bzw in welchem Umfang auch öffentlich-rechtliche Ansprüche und Verpflichtungen erfasst sind, sei nach den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zu beurteilen, dh diese Ansprüche und Verpflichtungen würden von §§ 38 ff nicht erfasst.<sup>780</sup>

Als „unternehmensbezogen“ seien jene Rechtsverhältnisse zu verstehen, die unter dem Begriff der „Geschäftsverbindlichkeit“ subsumiert werden konnten und nun unter § 343 UGB fallen.<sup>781</sup> Demnach seien all jene Rechtsverhältnisse erfasst, die mit dem Betrieb in einem derartigen inneren Zusammenhang stehen, dass sie als Folge des Betriebes erscheinen.<sup>782</sup>

Höchstpersönlich hingegen seien jene Anspruch, wenn ein Inhalt eines Anspruches durch die Person des Berechtigten bestimmt wird, sodass durch den Wechsel dieser Person auch der Leistungsinhalt selbst eine Veränderung erfahren würde, wie etwa bei Arbeitsverträgen und Unterhaltsansprüchen. Dass der Anspruch mit dem Tod des Berechtigten oder bei Eintritt sonstiger Umstände erlischt, macht ihn aber noch nicht zu einem höchstpersönlichen.<sup>783</sup>

<sup>775</sup> Bydlinski in Krejci, RK UGB § 38 Rz 17.

<sup>776</sup> So etwa Krejci in Dehn/Krejci, UGB<sup>2</sup>, 49.

<sup>777</sup> Bydlinski in Krejci, RK UGB § 38 Rz 17 ff.

<sup>778</sup> Siehe Krejci in Dehn/Krejci, UGB<sup>2</sup>, 49.

<sup>779</sup> Vgl Krejci in Dehn/Krejci, UGB<sup>2</sup>, 49.

<sup>780</sup> Vgl Krejci in Dehn/Krejci, UGB<sup>2</sup>, 49.

<sup>781</sup> C. Rechberger, RdW 2007, 73.

<sup>782</sup> Vgl dazu Schuhmacher in Straube<sup>3</sup>, § 25 Rz 12 mwN.

<sup>783</sup> Siehe OGH 1Ob675/83; 4Ob199/97m; 6Ob85/00v; 6Ob106/03m; 9Ob85/08b; 3Ob232/09b; 6Ob247/08d.

Unter höchstpersönliche Rechtsverhältnisse fallen insb persönliche Dienstbarkeiten sowie Wiederkaufs- (§ 1070 ABGB<sup>784</sup>), Rückkaufs- (§ 1071 ABGB<sup>785</sup>) und Vorkaufsrechte (§ 1074 ABGB<sup>786</sup>).<sup>787</sup>

## 6. Zeitpunkt des Übergangs

Maßgeblich für den Übergang der Rechtsverhältnisse sei der Zeitpunkt des Unternehmensübergangs.<sup>788</sup> Dieser finde regelmäßig mit dem Eintritt der letzten aufschiebenden Bedingung statt. Es komme aber nicht auf einen einzigen Übertragungsakt an, denn ein Unternehmen kann durch mehrere Geschäfte übertragen werden, die sich zwar formell auf einzelne Unternehmensteile beschränken, nach ihrem Zweck und Zusammenhang aber wirtschaftlich auf die Übertragung des Gesamtunternehmens hinauslaufen.<sup>789</sup> Bei einer Übergabe, die sukzessive vorgenommen wird, sei demnach zu prüfen, ob der schrittweise Übergang Unternehmensteile betreffe, die eine derartige Selbstständigkeit aufweisen, dass auf jeden einzelnen oder zumindest manche von ihnen die Vorschriften des Unternehmensübergangs anzuwenden wären.<sup>790</sup> Bejahendenfalls sei eine Aufgliederung vorzunehmen, sodass hier der Unternehmensübergang zu unterschiedlichen Zeitpunkten stattfinden kann.

Auf die Art und Weise, wie das Unternehmen übergegangen ist, komme es also zusammenfassend nicht an.<sup>791</sup>

## 7. Rechtsgeschäftliche Abweichung

Der Übergang der Rechtsverhältnisse ist nicht zwingend, sondern findet im Sinne des Gesetzgebers nur statt, „sofern nichts anderes vereinbart ist“. Derartige Regelungen werden

---

<sup>784</sup> § 1070 ABGB: „Der Vorbehalt des Wiederkaufes findet nur bei unbeweglichen Sachen statt und gebührt dem Verkäufer nur für seine Lebenszeit. Er kann sein Recht weder auf die Erben noch auf einen anderen übertragen. Ist das Recht in die öffentlichen Bücher einverleibt, so kann die Sache auch einem Dritten abgefordert werden und dieser wird nach Beschaffenheit seines redlichen oder unredlichen Besitzes behandelt.“

<sup>785</sup> § 1071 ABGB: „Den nämlichen Beschränkungen unterliegt das von dem Käufer ausbedungene Recht, die Sache dem Verkäufer wieder zurück zu verkaufen; und es sind auf dasselbe die für den Wiederkauf erteilten Vorschriften anzuwenden. Ist aber die Bedingung des Wiederverkaufs oder Wiederkaufs verstellt, und eigentlich um ein Pfandrecht oder ein Borggeschäft zu verbergen, gebraucht worden, so tritt die Vorschrift des § 916 ein.“

<sup>786</sup> § 1074 ABGB: „Auch kann das Vorkaufsrecht weder einem Dritten abgetreten, noch auf die Erben des Berechtigten übertragen werden.“

<sup>787</sup> Vgl dazu Schuhmacher in Harrer/Mader, 34; Koziol/Welser II<sup>13</sup>, 114, 159; Beig, ecolex 2004, 10 f.

<sup>788</sup> Dehn in Krejci, RK UGB § 38 Rz 8.

<sup>789</sup> SZ 56/6; 65/32.

<sup>790</sup> Vgl Krejci in Dehn/Krejci, UGB<sup>2</sup>, 53.

<sup>791</sup> SZ 25/266.

regelmäßig in der Vereinbarung über die Unternehmensveräußerung erfolgen, aber auch eine der Unternehmensveräußerung vorausgehende Regelung sei möglich.<sup>792</sup>

## 8. Mitteilungspflicht

Nach dem Modell des Gesetzgebers ist dem Dritten der Übergang eines Vertragsverhältnisses<sup>793</sup> nachweislich unter Hinweis auf das Widerspruchsrecht<sup>794</sup> mitzuteilen. Nicht geregelt ist, ob die Mitteilung durch Veräußerer oder Erwerber zu erfolgen hat, sodass eine vertragliche Regelung dieses Punktes sinnvoll erschiene.<sup>795</sup>

Welche Bedeutung der Nachweislichkeit zukommt, bleibt unklar. Nach *Krejci*<sup>796</sup> ist dieser Einfügung jedoch keine besondere Bedeutung zuzumessen. Auch den Erläuterungen lassen sich keine Hinweise entnehmen. Insb sei daraus aber nicht zu schließen, dass die Mitteilung schriftlich oder gar per Einschreiben erfolgen müsse. Vielmehr solle nur zum Ausdruck gebracht werden, dass es dem Veräußerer bzw Erwerber in einem Rechtsstreit obliegt, die erfolgte Mitteilung zu beweisen, wobei dies der allgemeinen Beweislastregel entspricht.<sup>797</sup>

## 9. Widerspruchsrecht

Mit ordnungsgemäßer Mitteilung beginnt eine dreimonatige Widerspruchsfrist zu laufen. Bis zu deren Ablauf kann der Dritte gem § 38 Abs 3 1. Satz sowohl gegenüber dem Erwerber als auch gegenüber dem Veräußerer auf das Vertragsverhältnis bezogene Erklärungen abgeben sowie seine Verbindlichkeiten erfüllen. Es wäre auch kaum nachvollziehbar, weshalb der Dritte bei positiver Kenntnis des Vertragsübergangs seine Rechte vorerst nur gegenüber dem Erwerber und erst bei Mitteilung zusätzlich gegenüber dem Veräußerer ausüben können sollte.<sup>798</sup> Außerdem könnte sonst das Widerspruchsrecht durch Unterlassen der Mitteilung einfach unterlaufen werden. Allerdings besteht die Möglichkeit einer konkludenten Zustimmung des Dritten, die sowohl Mitteilungspflicht als auch Widerspruchsrecht zum Erlöschen bringt.

---

<sup>792</sup> Vgl *Krejci* in *Dehn/Krejci*, UGB<sup>2</sup>, 54.

<sup>793</sup> Die Auswirkungen der Unterscheidung zwischen Rechts- und Vertragsverhältnissen innerhalb der Regelung des § 38 UGB bedürften einer eigenen Untersuchung. Siehe dazu *Artmann* wbl 2007, 257ff.

<sup>794</sup> Vgl dazu unten III.II.C.9.

<sup>795</sup> So zB *C. Rechberger*, RdW 2007, 74.

<sup>796</sup> *Krejci* in *Dehn/Krejci*, UGB<sup>2</sup>, 55.

<sup>797</sup> *W. Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>6</sup> Rz 585.

<sup>798</sup> So *C. Rechberger*, RdW 2007, 74; Vgl ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 32.

Enthält die Mitteilung keinen Hinweis auf das Widerspruchsrecht, setze ihr Zugang die Widerspruchsfrist nicht in Gang.<sup>799</sup> Gleiches gelte nach Satz 2 für den Besteller einer Sicherheit für eine unternehmensbezogene Verbindlichkeit.

Dem Dritten werde in § 38 Abs 2 ein Widerspruchsrecht gegen den mit der Unternehmensveräußerung einhergehenden Übergang des Vertragsverhältnisses eingeräumt.<sup>800</sup> Wichtiger Gründe bedürfe es dafür nicht.<sup>801</sup> Vielmehr stehe ihm dieses Recht auch dann zu, „wenn er nur aus persönlichen Gründen mit dem Erwerber in keinem Vertragsverhältnis stehen will“.<sup>802</sup> Insofern trete nunmehr der Schutz des Dritten gleichwertig als ratio des § 38 neben die Vereinfachung des Unternehmensübergangs, was auch bei der Auslegung der Bestimmung zu beachten sein soll.<sup>803</sup> Seine Grenze finde das Widerspruchsrecht daher erst im Rechtsmissbrauch.<sup>804</sup>

In der Literatur<sup>805</sup> wird die Auffassung vertreten, dass das Widerspruchsrecht auf die Übernahme von Verträgen beschränkt sei, Forderungen und Verbindlichkeiten hingegen nicht betreffe, obwohl diese zweifellos auch unter die Dispositivregelung fallen. Neben Vertragsverhältnissen gingen somit auch gesetzliche Schuldverhältnisse, Rechte und Verbindlichkeiten<sup>806</sup> über, sofern nicht Veräußerer und Erwerber Abweichendes vereinbaren.

Dass Forderungen vom Widerspruchsrecht nicht erfasst seien, entspricht dem zivilrechtlichen Grundsatz, wonach Forderungen auch ohne Zustimmung des Schuldners übertragen werden können.<sup>807</sup> Insofern müsse dem Dritten auch kein Widerspruchsrecht eingeräumt werden.

Im Hinblick auf Verbindlichkeiten schweigen die Materialien hingegen; angemerkt wird lediglich, dass ein Schutzbedarf des Dritten auch bei Vertragsbeitritten bestehen würde und aufgrund der gleich gelagerten Wertung (wie bei einer Vertragsübernahme) „auch für sie ein Widerspruchsrecht des Dritten anzunehmen ist, ohne dass dies – da sie bei Unternehmensübertragungen vermutlich selten sind – explizit angeordnet werden muss“.<sup>808</sup>

---

<sup>799</sup> Dehn in Krejci, RK UGB § 38 Rz 29.

<sup>800</sup> So auch Krejci in Dehn/Krejci, UGB<sup>2</sup>, 55 f.

<sup>801</sup> Vgl zum ME Schmidt, JBl 2004, 36.

<sup>802</sup> 1078 BlgNR 22. GP 2.

<sup>803</sup> So Artmann, wbl 2007, 257f.

<sup>804</sup> 1078 BlgNR 22. GP 2.

<sup>805</sup> Krejci in Dehn/Krejci, UGB<sup>2</sup>, 59; Hofmann, NZ 2006, 163; Roth/Fitz, Unternehmensrecht<sup>2</sup> Rz 776; Keinert, Unternehmensrecht, Rz 81.

<sup>806</sup> So auch ausdrücklich Krejci in Dehn/Krejci, UGB<sup>2</sup>, 49; ebenso Keinert, Unternehmensrecht Rz 80.

<sup>807</sup> Anderes gilt nur bei vertraglich vereinbarten Zessionsverboten, wobei § 1396a ABGB für Geldforderungen aus zweiseitigen Unternehmengeschäften eine Sonderregelung vorsieht.

<sup>808</sup> Vgl ausführlicher Artmann, wbl 2007, 257.

Artmann<sup>809</sup> vertritt die Meinung, dass man wohl eher der Auffassung gewesen sein müsse, dass eine Zustimmung des Dritten deshalb nicht erforderlich sei, weil § 38 Abs 1 letzter Satz bestimme, dass der Veräußerer nach Maßgabe des § 39<sup>810</sup> für die unternehmensbezogenen Verbindlichkeiten forthaft, und es sich insofern bei § 38 um keine private Schuldübernahme, sondern lediglich um einen Schuldbeitritt des Erwerbers handle, wofür eine Zustimmung des Dritten nicht erforderlich sei.<sup>811</sup>

§ 39 sehe allerdings eine endgültige Enthftung des Veräußerers für all jene Ansprüche vor, die nach Ablauf von fünf Jahren nach dem Unternehmensübergang fällig werden; zudem gelte für alle innerhalb dieser Frist fällig werdenden Ansprüche eine kurze Verjährungsfrist von drei Jahren. Insofern handle es sich bei § 38 um eine nur zunächst kumulative Schuldübernahme, die nach Ablauf von spätestens acht Jahren zu einer befreienden Schuldübernahme werde. Für diese verlange § 1405 ABGB aber sehr wohl die Einwilligung des Gläubigers.<sup>812</sup>

Da eine Zustimmung des Gläubigers zur Enthftung des Veräußerers nach § 39 nicht vorgesehen ist, ergebe sich somit für die Gläubiger von Forderungen, die erst nach Ablauf der fünfjährigen Nachhaftungsfrist fällig werden (sog langfristigen Forderungen), eine Schutzlücke<sup>813</sup>, wofür Artmann<sup>814</sup> drei Lösungsansätze bietet.

Die erste Möglichkeit sei § 38 als *lex specialis* zu § 1405 ABGB aufzufassen, sodass abweichend vom allgemeinen Zivilrecht beim Unternehmensübergang eine Zustimmung des Gläubigers nicht erforderlich sei. Dies erscheine allerdings wenig sachgerecht, sind doch die Inhaber langfristiger Forderungen ebenso schutzbedürftig wie die Vertragspartner eines Unternehmens. Die Betonung der Interessen der Gläubiger in den Gesetzesmaterialien lege eher die Vermutung nahe, dass dies auch nicht dem Willen des Gesetzgebers entspreche.

Zum zweiten könne der Standpunkt eingenommen werden, dass es bei der allgemeinen zivilrechtlichen Regelung bleibe und der Unternehmenserwerber die Zustimmung des Gläubigers (beim Unternehmensübergang oder zum Zeitpunkt der Enthftung des

---

<sup>809</sup> Artmann, wbl 2007, 257f.

<sup>810</sup> § 39 UGB: „Übernimmt der Erwerber des Unternehmens unternehmensbezogene Rechtsverhältnisse des Veräußerers mit den bis zum Unternehmensübergang entstandenen Rechten und Verbindlichkeiten, so haftet der Veräußerer für diese Verbindlichkeiten nur, soweit sie vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Unternehmensübergang fällig werden. Ansprüche daraus verjähren innerhalb der für die jeweilige Verbindlichkeit geltenden Verjährungsfrist, längstens jedoch in drei Jahren.“

<sup>811</sup> Dem Gläubiger steht allerdings das Zurückweisungsrecht nach § 882 Abs 1 ABGB zu (Mader/W. Faber in Schwimann<sup>3</sup> §§ 1405, 1406 Rz 7; Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1405 Rz 1, 4; OGH 1 Ob 138/97v SZ 70/145 = wbl 1997, 435).

<sup>812</sup> Zur Vorwegzustimmung in AGB vgl Schuhmacher in Straube<sup>3</sup>, § 25 Rz 2 mwN.

<sup>813</sup> Im Vergleich zur Rechtslage des HGB ist eine Verschlechterung nur insoweit gegeben, als nach § 26 HGB die Verjährungsfrist von fünf Jahren (oder der zivilrechtlich kürzeren Frist) ab Eintragung des Unternehmensübergangs im Firmenbuch bzw ab Fälligkeit der Verbindlichkeit zu laufen begonnen hat.

<sup>814</sup> Siehe Artmann, wbl 2007, 257f.

Veräußerers) einzuholen habe. Doch auch dies erscheine angesichts des Normzwecks der Regelung nicht die Absicht des Gesetzesgebers gewesen zu sein. § 38 solle die Übernahme von Unternehmen erleichtern und gerade jene Unwägbarkeiten, die aus der Verpflichtung zur Einholung der Zustimmung des Dritten resultieren, beseitigen oder zumindest abmildern.<sup>815</sup>

Um diesen beiden Intentionen – adäquaten Schutz für die Gläubiger auf der einen Seite und Erleichterung der Unternehmensübernahme auf der anderen Seite – gerecht zu werden, erscheine daher eine Ausdehnung des Widerspruchsrechts nach § 38 Abs 2 über seinen Wortlaut hinaus auch auf langfristige isolierte Verbindlichkeiten geboten.<sup>816</sup> Das zivilrechtlich vorgesehene Zustimmungsrecht des Dritten bei Schuldübernahmen werde im Rahmen des Unternehmensübergangs bei lang gestreckten Verbindlichkeiten durch ein Widerspruchsrecht ersetzt.

Zudem sei nach *Artmann* zu überlegen, ob auch bei kurzfristigen, somit vor Ablauf von fünf Jahren fällig werdenden Verbindlichkeiten, die der langen Verjährungsfrist unterliegen, ein Widerspruchsrecht angenommen werden solle, sehe doch § 39 eine generelle Verjährungsfrist von drei Jahren vor. Dritte könnten daher in der Meinung, ohnehin 30 Jahre oder länger Zeit zu haben, um ihre Ansprüche gegen den Altinhaber geltend zu machen, Gefahr laufen, diese Ansprüche zu verlieren und nur noch auf den uU weniger finanzkräftigen Erwerber greifen zu können. Gerade wenn man bedenke, dass der Dritte häufig erst anlässlich der Geltendmachung seiner Rechte vom Übergang des Unternehmens erfahren werde, könne es dann für die Geltendmachung der Haftung des Veräußerers bereits zu spät sein. Sachgerecht erscheine es daher, eine Verpflichtung zur Mitteilung vom Übergang des Rechtsverhältnisses zu verlangen und den betroffenen Dritten ein Widerspruchsrecht zuzubilligen.

Von der Benachrichtigungspflicht und dem Widerspruchsrecht ausgenommen blieben daher nur die Inhaber von kurzfristigen Forderungen, die der dreijährigen Verjährungsfrist unterliegen.<sup>817</sup>

---

<sup>815</sup> Vgl ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 28 f.

<sup>816</sup> Denkbar wäre noch dem Dritten einen Sicherstellungsanspruch zu gewähren, wie dies in § 160 UGB vorgesehen ist. Das Widerspruchsrecht als „nähere Norm“ erscheine hier jedoch vorzugswürdig, zumal auch der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, dass das Widerspruchsrecht die adäquate Rechtsfolge darstelle und dieses Recht dem Dritten im Rahmen des § 160 UGB nur deshalb nicht gewährt werde, weil sein Rechtsverhältnis mit der Personengesellschaft durch das Ausscheiden eines Gesellschafters aufrecht bleibe (vgl ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 45).

<sup>817</sup> Siehe *Artmann*, wbl 2007, 258.

## 10. Frist

§ 38 Abs 2 bestimmt, dass der Widerspruch „binnen dreier Monate nach Mitteilung“ erfolgen muss. Keine Regelung findet sich zur Frage einer absoluten Verjährungsfrist für den Fall, dass entweder gar keine Mitteilung erfolgt oder diese keinen Hinweis auf das Widerspruchsrecht enthält. Anzunehmen sei ein Erlöschen des Widerspruchsrechts jedenfalls in jenem Zeitpunkt, in dem der Vertrag von beiden Seiten erfüllt und damit beendet ist.<sup>818</sup>

Aus der Notwendigkeit des Hinweises auf ein Widerspruchsrecht entstehe ein gewisses Spannungsverhältnis zu einer grundsätzlich möglichen konkludenten Zustimmung<sup>819</sup>, weil es dem Gesetzgeber gerade auf den Hinweis betreffend das Widerspruchsrecht angekommen ist.<sup>820</sup>

§ 38 Abs 3 sieht vor, dass der Dritte, solange ihm nicht nachweislich mitgeteilt wurde, dass das Vertragsverhältnis vom Erwerber übernommen wurde, oder dieser Übernahme noch widersprochen werden kann, sowohl gegenüber dem Veräußerer als auch gegenüber dem Erwerber auf das Vertragsverhältnis bezogene Erklärungen abgeben und seine Verbindlichkeit erfüllen kann. Wie bereits dargelegt, ist Sinn und Zweck der Regelung der Schutz des Dritten. Dieser wird in vielen Fällen gar nicht wissen, dass ein Unternehmensübergang stattgefunden hat und ihm eine andere Person als bisher gegenübersteht. Bis zum Zeitpunkt der Klarstellung durch die Parteien des Unternehmensübergangs soll er daher nichts falsch machen können. Selbst wenn er auf andere Weise vom Unternehmensübergang erfährt, soll dies ausweislich der Materialien<sup>821</sup> nicht genügen, den Dritten an den Erwerber zu verweisen, zumal er sich des Widerspruchsrechts nicht bewusst sein muss; zudem würde dem Dritten vorzeitig eine Entscheidung über den Verbleib seines Rechtsverhältnisses abverlangt werden, wenn er sich vor Ablauf der Widerspruchsfrist nicht an beide Parteien wenden könnte.

Vom Wortlaut des § 38 Abs 3 nicht erfasst ist der Fall, dass das Vertragsverhältnis gerade nicht übernommen wurde, obwohl der Dritte in diesem Fall genauso schutzbedürftig sei.<sup>822</sup> UU bestehe sogar ein noch größeres Schutzbedürfnis, wenn das äußere Erscheinungsbild des Unternehmens unverändert ist und der Kunde sich daher an die falsche Person wendet.

<sup>818</sup> Krejci in Dehn/Krejci, UGB<sup>2</sup>, 59.

<sup>819</sup> Für die Zulässigkeit konkludenter Zustimmung Krejci in Dehn/Krejci, UGB<sup>2</sup>, 59.

<sup>820</sup> Vgl ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 32.

<sup>821</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 32: „Er befände sich aber in einer zwiespältigen Situation, wenn er dann nur an den Erwerber leisten oder diesem vertragsbezogene Erklärungen abgeben dürfte, nach (späterem) Hinweis auf sein Widerspruchsrecht die Übernahmen seines Rechtsverhältnisses aber auch rückwirkend vernichten könnte“.

<sup>822</sup> Artmann, wbl 2007, 258.

Insofern wird in der Literatur<sup>823</sup> zu Recht vertreten, dass § 38 Abs 3 dahingehend (analog) zu ergänzen sei, dass der Schuldnerschutz auch bei Nichtübernahme des Vertragsverhältnisses bestehe. Solange dem Dritten nicht nachweislich mitgeteilt wurde, dass sein Vertragsverhältnis nicht übernommen wurde<sup>824</sup>, kann er mit schuldbefreiender Wirkung auch an den Erwerber leisten und ihm gegenüber rechtswirksam Erklärungen abgeben.

Ebenso wird in der Literatur<sup>825</sup> bereits darauf hingewiesen, dass auch in jenen Fällen, in denen Forderungen nicht auf den Erwerber übergehen, § 38 Abs 3 analog anzuwenden sei. Denn § 1395 Satz 2 ABGB, wonach der Schuldner bis zur Verständigung von der Zession mit schuldbefreiender Wirkung an den Altgläubiger zahlen kann, schütze den Schuldner nur bei erfolgter Zession. Liege hingegen gerade keine Abtretung vor, so fingierte die Vorgängerregelung des § 25 Abs 1 Satz 2 HGB den Übergang auf den Erwerber, sofern dem Schuldner nichts Gegenteiliges mitgeteilt worden war. § 38 kenne für diesen Fall keine vergleichbare Regelung. Da der Schuldner sohin Gefahr laufe, an den Falschen zu zahlen und dann möglicherweise vom tatsächlich Berechtigten noch einmal in Anspruch genommen zu werden<sup>826</sup>, erscheine der Schuldner ebenso schutzwürdig wie der Partner eines unternehmensbezogenen Vertragsverhältnisses, sodass § 38 Abs 3 analog anzuwenden sein werde.<sup>827</sup>

Zudem habe eine Ausdehnung des Vertrauensschutzes nach § 38 Abs 3 auf Verbindlichkeiten zu erfolgen, bestehe auch hier für den Gläubiger das Risiko, dass er rechtswahrende oder rechtsgestaltende Erklärungen gegenüber der falschen Person abgibt, insb wenn die Verbindlichkeit beim Veräußerer verblieben ist.<sup>828</sup>

Jedenfalls zulässig sei wie bisher eine Vorwegzustimmung zu einer Vertragsübernahme.<sup>829</sup>

## 11. Rechtsfolge

Bei einem wirksamen Widerspruch bleibt das Vertragsverhältnis mit dem Veräußerer aufrecht. Insb kann es bei gänzlicher Unternehmensübertragung dazu kommen, dass der Veräußerer über gar kein Unternehmen mehr verfügt. Damit wird aber dem

---

<sup>823</sup> *Krejci in Dehn/Krejci*, UGB<sup>2</sup>, 56; *Karollus/Huemer/Harrer*, Casebook 58; *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht<sup>2</sup> Rz 778, 780.

<sup>824</sup> Der Hinweis auf das Widerspruchsrecht könne in dieser Mitteilung entfallen.

<sup>825</sup> *Krejci in Dehn/Krejci*, UGB<sup>2</sup>, 57; *Karollus/Huemer/Harrer*, Casebook 59.

<sup>826</sup> Dem Schuldner stünde zwar gegen den Erwerber ein Bereichungsanspruch zu, was jedoch für ihn mit Kosten und Mühen verbunden und überdies in dem Fall wenig hilfreich ist, in dem der Erwerber zwischenzeitig insolvent geworden ist.

<sup>827</sup> *Artmann*, wbl 2007, 259.

<sup>828</sup> Siehe *Artmann*, wbl 2007, 259.

<sup>829</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 32; ebenso *Krejci in Dehn/Krejci*, UGB<sup>2</sup>, 59.

Vertragsverhältnis die bisherige Basis entzogen. Möglicherweise finde der Veräußerer darin einen Grund für die Auflösung der vertraglichen Beziehung zum Dritten.<sup>830</sup>

Ungeklärt ist, wer Vertragspartner in der Zeit zwischen dem Unternehmenserwerb und einem später erklärten Widerspruch ist. Dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich keine eindeutige Lösung entnehmen, da § 38 Abs 2 3. Satz UGB nur festhält, dass das Vertragsverhältnis mit dem Veräußerer fortbesteht, dieses daher nicht mit Ausübung des Widerspruchsrechts beendet wird. Auch die Materialien<sup>831</sup> bringen keine endgültige Aufklärung. Sinnvoll erscheint nach *Rechberger*<sup>832</sup> zunächst eine Zurechnung des Vertragsverhältnisses zum Erwerber. Im Fall der Ausübung des Widerspruchsrechts durch den Erwerber werde der Übergang des Vertragsverhältnisses rückwirkend beseitigt. Allerdings gelte dies nur im Innenverhältnis zwischen Alt- und Neuunternehmer. Erklärungen und Leistungen, die vom Dritten gegenüber diesen Personen abgegeben bzw erbracht worden seien, sollen ebenso wirksam wie Erklärungen oder Leistungen von Alt- bzw Neuunternehmer gegenüber dem Dritten bleiben.

Erklärt der Besteller einer Sicherheit seinen Widerspruch, so verbleibe in diesem Fall nicht nur die Sicherheit beim Veräußerer, vielmehr betrifft dieser zumindest auch die aus dem Vertragsverhältnis resultierende Verbindlichkeit.<sup>833</sup> Damit solle verhindert werden, dass es am Besteller der Sicherheit liegt, durch Ausübung des Widerspruchsrechts den Konnex seiner Haftung mit der Verbindlichkeit aufzulösen.<sup>834</sup> Die Sicherheit könne zwar zur Besicherung der Forthaftung des Veräußerers herangezogen werden, aus der Akzessorietät würde jedoch folgen, dass der Besteller der Sicherheit mit Ablauf der Nachhaftung leistungsfrei würde.

## 12. Haftung

### 12.1. Haftung des Veräußerers

Für den Regelfall, in dem es zu einem Übergang der Rechtsverhältnisse kommt, ordnet § 39 die Haftung des Veräußerers an.<sup>835</sup> Dieser haftet nur für Verbindlichkeiten, die binnen fünf Jahren nach dem Unternehmensübergang fällig werden. Ansprüche daraus verjähren innerhalb der dafür vorgesehenen Verjährungsfrist, spätestens jedoch nach drei Jahren. Dies

<sup>830</sup> *Krejci* in *Dehn/Krejci*, UGB<sup>2</sup>, 59.

<sup>831</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 31: „Wird der Widerspruch wirksam erklärt, bleibt das Vertragsverhältnis mit dem Veräußerer aufrecht.“

<sup>832</sup> *C. Rechberger*, RdW 2007, 75.

<sup>833</sup> Vgl ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 31.

<sup>834</sup> So die ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 31.

<sup>835</sup> Siehe auch *Schauer*, *ecolex* 2004, 6; vgl *Harrer* in *Harrer/Mader*, HGB-Reform 52 ff.

bedeute, dass der Veräußerer regelmäßig nach spätestens acht Jahren enthaftet sei.<sup>836</sup> Der Beginn des Fristenlaufs richte sich dabei nach dem Zeitpunkt des Unternehmensübergangs.<sup>837</sup>

Allerdings trete keine Enthftung ein, solange der Dritte keine ordnungsgemäße Mitteilung erhalten habe. Weiterhin möglich bleibe aber ein konkludenter Verzicht, an den jedoch strenge Maßstäbe anzulegen seien.<sup>838</sup>

### *12.2. Haftung des Erwerbers*

Für den Fall, dass unternehmensbezogene Rechtsverhältnisse nicht auf den Erwerber übergehen, ordnet § 38 Abs 4 wie bisher auch schon § 25 Abs 1 1. Satz HGB eine Haftung des Erwerbers an, wobei nunmehr auf die mit den nicht übernommenen Rechtsverhältnissen verbundenen Verbindlichkeiten abgestellt wird. Aus welchem Grund der Übergang unterbleibt, sei daher ohne Belang.<sup>839</sup>

Ebenso haftet der Erwerber, wie § 38 Abs 4 2. Satz betont, „wenn der Erwerber nur einzelne Verbindlichkeiten des Veräußerers nicht übernimmt“.<sup>840</sup> Nach den Erläuterungen „erscheint dies besonders bei Vertragsübernahmen bedeutsam, bei denen der Erwerber lediglich die „Altverbindlichkeiten“ nicht übernehmen will“.<sup>841</sup> Zu denken sei dabei an Vereinbarungen zwischen Alt- und Neuunternehmer, nach denen der Neuunternehmer bei Übernahme in das Vertragsverhältnis eintritt, während der Veräußerer den vor dem Zeitpunkt des Unternehmensübergangs begründeten Pflichten nachzukommen hat.<sup>842</sup> Im Verhältnis zu Dritten sei zu bedenken, dass hier nur dann eine korrekte, den Fristenlauf auslösende Mitteilung über den Übergang eines Vertragsverhältnisses vorliegt, wenn genau abgegrenzt werde, welche Teile übergehen und welche beim Veräußerer verbleiben. Trete der Erwerber in die Rechtsverhältnisse des Veräußerers ein, so hafte er aufgrund seiner Stellung als (nunmehriger) Vertragspartner für die ihn daraus treffenden Verbindlichkeiten.<sup>843</sup>

Darüber hinaus sieht § 38 Abs 4 eine Haftung des Erwerbers auch für den Fall vor, dass die Rechtsverhältnisse des Veräußerers nicht übernommen werden. Insofern besteht eine von der Stellung als Vertragspartner unabhängige Haftung des Erwerbers für unternehmensbezogene Verbindlichkeiten, wobei in den Materialien ausdrücklich angemerkt wird, dass eine Haftung nicht nur dann greife, wenn das Rechtsverhältnis nach dem Willen

---

<sup>836</sup> Näher dazu *Artmann*, wbl 2007, 257f.

<sup>837</sup> Vgl dazu III.II.C.4

<sup>838</sup> Siehe *Artmann*, wbl 2007, 258f.

<sup>839</sup> Vgl ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 32.

<sup>840</sup> vgl auch *Krejci* in *Dehn/Krejci*, UGB<sup>2</sup>, 61.

<sup>841</sup> ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 32.

<sup>842</sup> *Krejci* in *Dehn/Krejci*, UGB<sup>2</sup>, 61.

<sup>843</sup> *Artmann*, wbl 2007, 260.

von Veräußerer und Erwerber nicht übergeht, sondern auch in den Fällen der Widerspruchserhebung durch den Dritten. Dies erscheine nach *Krejci* jedoch rechtspolitisch fragwürdig, denn § 38 folge der sog Kontinuitätstheorie, die daran anknüpfe, dass dem Dritten der Unternehmensbezug seiner Rechtsverhältnisse idR wichtiger ist als die Identität des Vertragspartners.<sup>844</sup> Daher sollen auch die Vertragsverhältnisse auf den Unternehmenserwerber übergehen bzw der Erwerber für unternehmensbezogene Verbindlichkeiten haften. Habe sich der Dritte allerdings eindeutig gegen den Übergang seines Rechtsverhältnisses ausgesprochen, erscheine kein Grund ersichtlich, ihm dennoch eine Mithaftung des Erwerbers zukommen zu lassen.

Eine Haftung greife aber auch in dem Fall, dass nur einzelne Verbindlichkeiten des Veräußerers nicht übernommen werden, etwa wenn nur eine Vertragsübernahme „ex nunc“ erfolgt.<sup>845</sup> § 38 Abs 4 Satz 3 lasse den Vertragsparteien die Möglichkeit offen, diese Mithaftung des Erwerbers durch eine Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber auszuschließen. Solle dieser Haftungsausschluss auch gegenüber Dritten wirksam sein, so müsse ein entsprechender Publizitätsakt gesetzt werden, wofür § 38 Abs 4 die Eintragung in das Firmenbuch, die Bekanntmachung in verkehrsüblicher Weise oder die Mitteilung an den Dritten durch den Veräußerer oder den Erwerber vorsieht. Sofern alle Gläubiger bekannt sind, ist deren schriftliche Verständigung die einfachere, sicherere und schnellere Variante, zumal eine Ablehnung der Eintragung vom Firmenbuchgericht, wogegen Rekurs erhoben werden muss, auch zu spät kommen könne.<sup>846</sup> Eine solche Mitteilung könne die Vertragspartner, die womöglich durch die Unternehmensübernahme schon beunruhigt sind, noch weiter verunsichern. Zudem laufe man auch Gefahr, nicht alle Gläubiger zu erfassen.<sup>847</sup> Für nicht eingetragene Unternehmen stehen konsequenterweise ohnehin nur diese Variante sowie die verkehrsübliche Bekanntmachung zur Verfügung.

### 12.3. Haftungsausschluss

Wie schon bisher nach § 25 HGB kann die Haftung des Erwerbers aber auch ausgeschlossen werden, sodass die bisherige Literatur und Rsp weiterhin herangezogen werden könne.<sup>848</sup>

<sup>844</sup> K. Schmidt, HandelsR<sup>5</sup>, 220 ff; *Krejci*, Handelsrecht<sup>3</sup>, 134; *Krejci in Krejci*, RK UGB Vor §§ 38–40 Rz 26ff; kritisch dazu *Hüffer*, in GroßK<sup>5</sup> § 25 Rz 17 f.

<sup>845</sup> Vgl ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 32.

<sup>846</sup> *Zib*, wbl 1992, 287.

<sup>847</sup> *Zib/Verweijen*, Unternehmensgesetzbuch, 92.

<sup>848</sup> Siehe C. Rechberger, RdW 2007, 76.

Anders als bisher bewirke nach dem Wortlaut des Gesetzes allein die Eintragung im Firmenbuch den Ausschluss der Haftung.<sup>849</sup> Im Vergleich zu § 25 HGB wurde die Möglichkeit der Mitteilung an den Dritten durch Veräußerer oder Erwerber unverändert übernommen. Neu hingegen ist die Möglichkeit des Haftungsausschlusses durch verkehrsübliche Kundmachung. Diese Variante solle insb nicht im Firmenbuch eingetragenen Unternehmern den Ausschluss der Haftung erleichtern.<sup>850</sup>

In der Vertragspraxis werde der Haftungsausschluss gemäß § 38 Abs 4, wonach der Erwerber für Verbindlichkeiten, die im Betrieb des Veräußerers begründet wurden, nicht haften soll, gleichzeitig mit den sonstigen Bedingungen des Unternehmenskaufes im Unternehmenskaufvertrag vereinbart.<sup>851</sup> Dieser Haftungsausschluss ist, wie oben bereits dargelegt, dem Dritten gegenüber nur in den vom Gesetz vorgesehenen Bekanntmachungsarten wirksam. Diese gesetzliche Regelung sei jedoch unbestimmt<sup>852</sup>, auch in den Materialien findet man keine detaillierten Ausführungen zur „verkehrsüblichen Weise“ der Bekanntmachung.

Den gesetzlichen Anforderungen soll nach *Bydlinski* im Einzelfall – bei Überschaubarkeit der Geschäftspartner eines Unternehmens – auch eine persönliche Mitteilung oder ein Rundschreiben genügen. Sofern ein Unternehmen im Firmenbuch eingetragen ist, wird wohl einer Bekanntmachung des vereinbarten Haftungsausschlusses im Firmenbuch der Vorzug zu geben sein, weil gerade durch diese Art der Veröffentlichung sichergestellt sei, dass keine Gläubiger „übersehen“ werden bzw gewährleistet sei, dass allenfalls betroffene Dritte tatsächlich davon Kenntnis erlangen können.<sup>853</sup>

Die Anforderungen mancher Firmenbuchgerichte im Zusammenhang mit der begehrten Eintragung des vereinbarten Haftungsausschlusses im Firmenbuch würden sich aber als praktisch kaum durchführbar erweisen.<sup>854</sup> Dem gesetzlichen Regime des § 38 zufolge ist der Haftungsausschluss nur für nicht übernommene Verbindlichkeiten zulässig.<sup>855</sup> Nach der Rechtsauffassung mancher Firmenbuchgerichte sei aber klar zu formulieren, welche Verbindlichkeiten nicht übernommen werden. Daran anknüpfend könne die Haftung gemäß § 38 Abs 4 ausgeschlossen werden. Der zugrunde liegende Kaufvertrag sei dann der Firmenbucheingabe – zur Aufnahme in die Urkundensammlung – anzuschließen.

<sup>849</sup> Siehe auch *Krejci* in *Dehn/Krejci*, UGB<sup>2</sup>, 61, der Haftungsbefreiung annimmt, wenn diese „in das Firmenbuch eingetragen oder auf verkehrsübliche Weise bekannt gemacht oder dem Dritten vom Veräußerer oder vom Erwerber mitgeteilt wurde“. Zur bisherigen Rechtslage vgl *Krejci*, Handelsrecht<sup>3</sup>, 137.

<sup>850</sup> Kritik an der unklaren Gesetzesbestimmung in *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 38 Rz Rz 40.

<sup>851</sup> *Leb*, GeS 2008, 313.

<sup>852</sup> *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 38 Rz Rz 40.

<sup>853</sup> *Bydlinski* in *Krejci*, RK UGB Vor §§ 38 Rz 36.

<sup>854</sup> *Leb*, GeS 2008, 313 ff.

<sup>855</sup> Siehe bereits die Ausführungen zuvor.

Dies würde aber bedeuten, dass ein Haftungsausschluss immer nur dann wirksam vereinbart werden könne, wenn sämtliche Verbindlichkeiten bekannt seien.<sup>856</sup> Dies ist aber in der Praxis nicht möglich, weil gerade Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche, deren Entstehung, geschweige denn deren Umfang, für den Veräußerer (noch) nicht erkennbar bzw. abschätzbar sind.

Darüber hinaus sei der Ansicht *Lebs*<sup>857</sup> folgend eine derartige Vorgehensweise auch für den Rechtsschutz der Dritten nicht notwendig. Dem Schutz der Vertragspartner werde dadurch ausreichend Rechnung getragen, dass diese vom Unternehmenskauf und Vertragsübergang (zumeist) vom Erwerber in Form eines persönlich adressierten Schreibens verständigt werden. Will der Dritte mit dem Erwerber nicht kontrahieren, dann könne er ohnehin von der Möglichkeit des Widerspruchs Gebrauch machen und das Vertragsverhältnis bleibt mit dem Veräußerer aufrecht, auch wenn dies häufig nicht mehr zielführend sein wird. Der Haftungsausschluss komme dann in konsequenter Fortführung dieses Gedankens auch nicht zum Tragen.

Abgesehen von diesem Argument sei weiters zu bedenken, dass der vorgelegte Unternehmenskaufvertrag in die Urkundensammlung des Firmenbuchgerichtes aufgenommen werde, die Öffentlichkeit in die Urkundensammlung bei Gericht Einsicht nehmen könne und sich so Kenntnisse über äußerst heikle Vertragsinhalte, wie Kaufpreis, Sicherheitsleistungen, Wettbewerbsverbote etc. verschaffen könne. Dies könne letztlich auch zu einem erheblichen Nachteil gegenüber Mitbewerbern führen. Es sei nicht einsichtig, derartige Informationen den anderen Marktteilnehmern „zukommen“ zu lassen. Letztlich solle es daher als jedenfalls ausreichend angesehen werden, wenn lediglich ein Auszug aus dem Kaufvertrag mit der maßgeblichen Vertragsbestimmung zum Haftungsausschluss vorgelegt werde.<sup>858</sup> Aber selbst dieser Auszug könne entbehrlich sein, wenn der Veräußerer und der Erwerber den Haftungsausschluss gemeinsam anmelden und den vereinbarten Haftungsausschluss damit behaupten.

Wenn der Veräußerer des Unternehmens bei der entsprechenden Firmenbucheintragung des Haftungsausschlusses nicht mitwirken will, kann der Haftungsausschluss auch vom Erwerber alleine im Namen des Veräußerers beim Firmenbuch angemeldet werden.<sup>859</sup>

---

<sup>856</sup> Vgl. *Leb*, GeS 2008, 313 ff.

<sup>857</sup> *Leb*, GeS 2008, 314.

<sup>858</sup> *Leb*, GeS 2008, 314.

<sup>859</sup> Siehe OGH 6 Ob 2/92, RdW 1992, 271 = wbl 1992, 303 zu § 25 HGB.

### III. Beim Unternehmenserwerb in Betracht kommende weitere Haftungen

#### A. §§ 1409 ABGB<sup>860</sup>

*§ 1409. (1) Übernimmt jemand ein Vermögen oder ein Unternehmen, so ist er unbeschadet der fortdauernden Haftung des Veräußerers den Gläubigern aus den zum Vermögen oder Unternehmen gehörigen Schulden, die er bei der Übergabe kannte oder kennen musste, unmittelbar verpflichtet. Er wird aber von der Haftung insoweit frei, als er an solchen Schulden schon so viel berichtet hat, wie der Wert des übernommenen Vermögens oder Unternehmens beträgt.*

*(2) Ist jedoch ein naher Angehöriger des Veräußerers (§ 32 IO) der Übernehmer, so trifft ihn diese Verpflichtung, soweit er nicht beweist, dass ihm die Schulden bei der Übergabe weder bekannt waren noch bekannt sein mussten.*

*(3) Entgegenstehende Vereinbarungen zwischen Veräußerer und Übernehmer zum Nachteile der Gläubiger sind diesen gegenüber unwirksam.*

##### 1. Allgemeines

§ 1409 sei aus der Erwägung eingeführt worden, dass das Interesse des Gläubigers bei Veräußerung eines gesamten Vermögens dahin gehe, dass der Übernehmer des Vermögens seines Schuldners auch dessen Haftung für die Schuld übernehme; habe doch die Sicherheit der „persönlichen“ Haftung des Schuldners eben auf diesem Vermögen beruht.<sup>861</sup>

Zweck des § 1409 sei es also, zu verhindern, dass den Gläubigern durch die Übertragung des (ganzen) Vermögens ihres Schuldners, im Wege eines schuldrechtlichen Vertrages unter Lebenden auf eine andere Person, ihre bisherige Haftungsgrundlage entzogen wird.<sup>862</sup>

§ 1409 Abs 1 ordne einen zwingenden gesetzlichen Schuldbeitritt an.<sup>863</sup> Die Norm beziehe sich auf das Außenverhältnis zwischen Übernehmer und Vermögens- oder Geschäftsgläubiger.<sup>864</sup> Trotz des zwingenden Charakters der Bestimmung könne der Gläubiger auf sein Recht verzichten oder sich vergleichen; darüber hinaus können Erwerber und auch Veräußerer im Innenverhältnis regeln, dass etwa der Veräußerer allein dem Erwerber gegenüber für die Passiven aufkommt.<sup>865</sup> Der Übernehmer sei nicht Nachfolger des

<sup>860</sup> §§ ohne Angabe des Gesetzes beziehen sich auf das ABGB.

<sup>861</sup> Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1409 Rz 1.

<sup>862</sup> SZ 52/12 = EvBl 1979/93 = JBl 1980, 95; SZ 54/67 = EvBl 1981/160; SZ 56/6 = JBl 1984, 436 (Koziol); SZ 56/140 = EvBl 1984/54 = JBl 1984, 439 (Wilhelm); SZ 59/163 = EvBl 1987/203; SZ 61/49 = JBl 1988, 381; SZ 68/18; EvBl 1995/157; EvBl 1996/71 = JBl 1996, 589 (Riedler); NZ 1997, 145; JBl 2002, 256; Koziol/Welser<sup>13</sup> II 125 f; Wagnest, Haftung 117 f.

<sup>863</sup> SZ 70/59; JBl 2002, 256; siehe dazu Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1409 Rz 2.

<sup>864</sup> SZ 70/59 = EvBl 1997/160.

<sup>865</sup> Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1409 Rz 3.

Urschuldners, sondern nur neben diesem Schuldner geworden, der dem Gläubiger unmittelbar verpflichtet sei. § 1409 betreffe keine Fälle der Gesamtrechtsnachfolge.<sup>866</sup>

Weil der Schuldbeitritt nichts an der Rechtsnatur der Forderungen ändere, müsse der Erwerber jene Rechtshandlungen, die der Übertragende bis zum Zeitpunkt des Überganges gesetzt habe ebenso gegen sich gelten lassen wie eine bereits eingetretene Unterbrechung der Verjährung.<sup>867</sup> Ansonsten könne der Erwerber alle Einwendungen aus dem Grundgeschäft erheben, auch wenn sich der Übergebende bisher nicht auf diese berufen hat. Aufgrund des Normzwecks geschehe der gesetzliche Schuldbeitritt im Zeitpunkt der sachenrechtlichen Übertragung des Unternehmens oder Vermögens, weil den Gläubigern des Veräußerers erst mit Übergang des Eigentums der Haftungsfonds entzogen sei.<sup>868</sup>

Die rechtspolitisch fragwürdige Norm<sup>869</sup> beruhe auf dem Vorbild des mittlerweile aufgehobenen<sup>870</sup> § 419 BGB und ist ebenso umstritten wie dieser.<sup>871</sup> Ratio legis sei, ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien<sup>872</sup>, die Gläubiger, die im Vertrauen auf das Vermögen des Schuldners Kredit gewährt haben, vor dem Verlust des Haftungsfonds zu bewahren.<sup>873</sup> Es solle somit verhindert werden, dass ein Schuldner durch die Übertragung seines gesamten Vermögens den Gläubigern die Haftungsgrundlage entzieht.<sup>874</sup> Bei § 419 BGB habe auch der vorgeblich deutsch-rechtliche Gedanke eine Rolle gespielt, dass Schulden Lasten des Vermögens seien und daher Aktiven und Passiven stets zusammen übergehen müssten. *Wilburg*<sup>875</sup> spricht insoweit von einem mystischen Vermögensbegriff, nach welchem „die Aktiven die Schulden magisch an sich ziehen“. Kritisiert wird vor allem<sup>876</sup>, dass es auf eine Verdoppelung der Haftungsmassen hinauslaufe, wenn die Gläubiger den Übernehmer in Anspruch nehmen können und außerdem Zugriff auf das Vermögen des Übergebers haben, in dem sich der Kaufpreis befinde. Es ist unbefriedigend, wenn der Erwerber bis zur Höhe des Wertes des übernommenen Vermögens hafte, obgleich er den Preis bezahlt habe, oder wenn das Entgelt zur Befriedigung von Gläubigern verwendet worden ist.<sup>877</sup> Überdies bedeutet die Möglichkeit, neuerlich in Anspruch genommen zu werden, für einen Erwerber, der die

---

<sup>866</sup> Arb 11.384.

<sup>867</sup> SZ 70/59 unter ausdrücklicher Aufgabe der gegenteiligen Rsp in SZ 13/160.

<sup>868</sup> *Riedler*, JBl 1996, 594.

<sup>869</sup> So die ganz herrschende Lehre; siehe dazu *Ertl* in *Rummel*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 1 mwN.

<sup>870</sup> Außer Kraft getreten am 1.1.1999, vgl Art 33 Nr 16 EGIinsO.

<sup>871</sup> Zur Entstehungsgeschichte des § 1409 siehe *Riedler*, JBl 1992, 654 f.

<sup>872</sup> Dazu ausführlich *Fenyves*, JBl 1975, 624 ff.

<sup>873</sup> Vgl SZ 61/49.

<sup>874</sup> Vgl SZ 68/18; JBl 1996, 589; *Riedler*, JBl 1992, 569.

<sup>875</sup> *Wilburg*, § 419 BGB, in FS *Larenz* 663 f.

<sup>876</sup> Siehe die ausführlich begründete Entscheidung SZ 61/49.

<sup>877</sup> Für diesem Fall entfalle nunmehr jedoch die Haftung: SZ 24/88; 56/6 = JBl 1984, 436 mit Anm *Koziol*; ÖBA 1991, 383; JBl 2002, 256; aM *Welser* in *Koziol/Welser*<sup>13</sup> II 126.

Gegenleistung bereits erbracht hat, ein erhebliches wirtschaftliches Risiko. Das Argument des Wegfalls der Kreditgrundlage, auf welches sich die amtliche Begründung stütze<sup>878</sup>, kritisiert *Steinwenter*<sup>879</sup> mit dem Hinweis, dass der Übernehmer ja nicht nur den Kreditgläubigern, sondern allen Gläubigern hafte.

Gegen die radikale Kritik werde vorgebracht, dass der Kaufpreis in den Händen des Veräußerers den Gläubigern nicht die „gleiche Sicherheit“ biete wie das Vermögen, denn Geld könne ihrem Zugriff leichter entzogen werden.<sup>880</sup> Ein Teil der Lehre will die Anwendung des § 1409 auf unentgeltliche Geschäfte oder bei nicht äquivalenter Gegenleistung auf eine Haftung in der Höhe der Wertdifferenz beschränken.<sup>881</sup> Die Rsp ist dieser Auffassung in einer bislang vereinzelt gebliebenen Entscheidung gefolgt, wonach § 1409 nur dann zur Anwendung kommen solle, wenn sich das Vermögen des Veräußerers – beispielsweise wegen eines nicht äquivalenten Kaufpreises – in seiner Höhe verringere.<sup>882</sup> Ferner sei die Vorschrift nicht anwendbar, wenn sich der Haftungsfonds der Gläubiger nur in seiner Zusammensetzung verändert, aber in der Höhe nicht verringert.<sup>883</sup> Die jüngere Rsp hat gegenüber dieser Entscheidung jedoch eine Einschränkung gebracht<sup>884</sup>: Die Haftung nach § 1409 greife ein, wenn der den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfonds durch die Übernahme messbar verringert werde. Dies sei bei einem nicht äquivalenten Kaufpreis oder bei Uneinbringlichkeit der Kaufpreisforderung ebenso der Fall wie bei gleichzeitigen Verfügungen über die Kaufpreisforderung zugunsten Dritter. Eine Verringerung des Haftungsfonds sei daher immer dann anzunehmen, wenn die Gegenleistung des Erwerbers den Gläubigern des Übergebers nicht die gleiche Sicherheit bzw Befriedigungschance biete. Bestehe die Gegenleistung in Geld, so greife die Haftung auch bei einem äquivalenten Kaufpreis ein, soweit nicht der Kaufpreis tatsächlich zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werde. Wenn der gesamte Kaufpreis zu diesem Zweck herangezogen werde, hafte der Übernehmer nur mehr in der Höhe der Differenz zwischen dem geleisteten Kaufpreis und dem Verkehrswert des Unternehmens. Maßgeblich sei dabei der Wert des Vermögens oder Unternehmens im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.<sup>885</sup> Die Zahlungen aus dem Kaufpreis würden dabei mit anderen Worten auf die Haftung des Unternehmers angerechnet.

---

<sup>878</sup> Begründung zur III.TN 50.

<sup>879</sup> ZBl 1934, 410 f.

<sup>880</sup> *Ehrenzweig/Mayrhofer* 525 f.

<sup>881</sup> Vgl die Nachweise bei *Riedler*, JBl 1992, 571 f.

<sup>882</sup> SZ 52/12.

<sup>883</sup> Zust *Fenyves*, Erbenhaftung 44 Fn 143.

<sup>884</sup> SZ 56/6; JBl 1994, 410; JBl 1996, 589; SZ 74/106; *Riedler*; JBl 2002, 256; ähnlich auch schon SZ 44/88.

<sup>885</sup> JBl 2002, 256; aM *Ertl* in *Rummel*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 6, der auf den Zeitpunkt der Übergabe abstellt.

Die haftungsbefreiende Tatsache, dass das geleistete Entgelt zur Gänze zur Befriedigung der Gläubiger des Veräußerers verwendet wurde, ist vom Erwerber zu behaupten und beweisen.<sup>886</sup> Ferner führt nur die Tilgung solcher Schulden, die zum übernommenen Vermögen gehören, zur Haftungsbefreiung.<sup>887</sup> Damit trage der OGH zwar dem Argument der gleichen Sicherheit Rechnung, begrenzt es jedoch auf die Fälle, in denen der Kaufpreis den Gläubigern entzogen wird.<sup>888</sup>

Die Gegenleistung des Erwerbers sei ferner dann zu berücksichtigen, wenn diese den Gläubigern die gleiche Sicherheit und die gleiche Möglichkeit der Befriedigung bietet.<sup>889</sup> Einen solchen Fall stelle etwa der Tausch einer Liegenschaft, die den wesentlichen Teil des Vermögens des Veräußerers bildet, gegen eine gleichwertige andere Liegenschaft dar. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Gleichwertigkeit ist jener der Übergabe.<sup>890</sup>

Im Hinblick auf die Zweifelhaftigkeit der ratio legis sei eine restriktive Interpretation der Norm geboten, weshalb mit der hL<sup>891</sup> der neuen Judikatur zu folgen ist. Diese hat eine sachgerechte Abwägung zwischen den Interessen des Übertragenden und des Übernehmers gefunden.<sup>892</sup>

## 2. Tatbestandliche Voraussetzungen

### 2.1. Übernahme

Voraussetzung für die Haftung nach § 1409 ist, dass die einzelnen zum Vermögen oder Unternehmen gehörigen Gegenstände bzw Rechte unter Einhaltung der für sie jeweils gültigen Regeln übertragen wurden und die Gegenstände dadurch dem exekutiven Zugriff der Gläubiger entzogen sind.<sup>893</sup> Entgegen der älteren Rsp<sup>894</sup> greife die Haftung nach § 1409 erst mit der Vornahme des sachenrechtlichen Verfügungsaktes ein, weil bis zu diesem Zeitpunkt der Haftungsfonds der Gläubiger nicht geschmälert werde. Die Besitzeinräumung oder der rechtsgeschäftlich vereinbarte Übergang von Gefahr und Nutzen soll dabei ohne jede Bedeutung sein.<sup>895</sup> Bei Liegenschaften sei daher auf die grundbücherliche Einverleibung abzustellen.<sup>896</sup> Die Übernahme selbst müsse jedenfalls auf einem Rechtsgeschäft unter

---

<sup>886</sup> JBl 1994, 410; JBl 2002, 256.

<sup>887</sup> ÖBA 1991, 383; JBl 1994, 410; ÖBA 1995, 475.

<sup>888</sup> Vgl JBl 1994, 410.

<sup>889</sup> SZ 61/49 = JBl 1988, 381; ÖBA 1991, 383; JBl 1994, 410 = ÖBA 1994, 159; ÖBA 1995, 475; *Riedler*, JBl 1992, 572.

<sup>890</sup> EvBl 1961/99.

<sup>891</sup> *Ertl in Rummel*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 1; *Iro*, RdW 1988, 189; *Riedler*, JBl 1992, 571 f.

<sup>892</sup> Vgl insb JBl 1994, 410.

<sup>893</sup> ÖBA 1991, 383; SZ 54/67 im Anschluss an *F. Bydlinski*, JBl 1971, 136.

<sup>894</sup> SZ 43/163.

<sup>895</sup> SZ 54/67.

<sup>896</sup> SZ 52/12; ÖBA 1991, 383.

Lebenden beruhen.<sup>897</sup> Hierher gehören zB Kauf, Schenkung oder auch die Einbringung in eine Gesellschaft.<sup>898</sup> Die Einigung kann auch konkludent erfolgen<sup>899</sup>, wobei eine rein faktische Übernahme nicht genügt.<sup>900</sup> Auch die Übernahme des gesamten Vermögens einer KG durch eine GmbH fällt unter § 1409, weil § 96 GmbHG<sup>901</sup> nicht anwendbar ist.<sup>902</sup> § 1409 gilt ferner für die Übernahme des Vermögens einer OHG durch die Gesellschafter.<sup>903</sup>

Dasselbe gilt für die Haftung bei auf öffentlich-rechtlicher Verfügung (Hoheitsakt, gesetzgeberischer Anordnung) beruhender Vermögensübertragung<sup>904</sup>, ausgeschlossen sei allerdings nur die unmittelbare Anwendung des § 1409, nicht aber eine am Zweck der hoheitlichen Vermögensüberweisung orientierte Analogie<sup>905</sup>, sofern nicht ohnedies eine ausdrückliche spezielle Regelung der Schuldenhaftung erfolgt ist.

Der Erbe haftet nicht nach § 1409, sondern nach § 802.<sup>906</sup> Auch beim Vermächtnis eines Unternehmens kommt § 1409 nicht zur Anwendung. Der Vermächtnisnehmer haftet doch auch für die persönlichen Schulden nach § 662<sup>907</sup>, der nicht nur auf dingliche Lasten zu beziehen sei, sondern auf alle mit der Sache zusammenhängende Schulden.<sup>908</sup> Erhält also der Erbe aufgrund einer Vereinbarung bei der Erbauseinandersetzung mehr, als seiner Quote

<sup>897</sup> JBl 1972, 39; SZ 41/112 = EvBl 1969/38 = JBl 1969, 555; SZ 44/170; JBl 1977, 95; RdW 2001, 591; auch unentgeltlich; ecolex 2000, 794 = RdW 2000, 601.

<sup>898</sup> JBl 1958, 72; SZ 50/27; wbl 1989, 31; RdW 2000, 601.

<sup>899</sup> RdW 2000, 601.

<sup>900</sup> RdW 2001, 591.

<sup>901</sup> § 96 GmbHG: „(1) Gesellschaften mit beschränkter Haftung können unter Ausschluss der Abwicklung verschmolzen werden. Die Verschmelzung kann erfolgen 1. durch Übertragung des Vermögens einer Gesellschaft oder mehrerer Gesellschaften (übertragende Gesellschaften) im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine andere bestehende Gesellschaft (übernehmende Gesellschaft) gegen Gewährung von Geschäftsanteilen dieser Gesellschaft (Verschmelzung durch Aufnahme) oder 2. durch Übertragung der Vermögen zweier oder mehrerer Gesellschaften (übertragende Gesellschaften) jeweils im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine von ihnen dadurch gegründete neue Gesellschaft gegen Gewährung von Geschäftsanteilen dieser Gesellschaft (Verschmelzung durch Neugründung). (2) Soweit im Folgenden nichts Abweichendes bestimmt wird, sind die §§ 220 bis 233 AktG sinngemäß anzuwenden.“

<sup>902</sup> ÖBl 1991, 221.

<sup>903</sup> wbl 1988, 305.

<sup>904</sup> SZ 25/266 = EvBl 1953/49; 1 Ob 45/01a [Beschluss im Aufteilungsverfahren].

<sup>905</sup> Klang, JBl 1948, 448; auch Wellacher, Schuldenhaftung 9 ff; Wagnest, Haftung 158 ff; Honsell/Heidinger in Schwimann<sup>3</sup> Rz 6.

<sup>906</sup> § 802 ABGB: „Wird die Erbschaft mit Vorbehalt der rechtlichen Wohltat des Inventariums angetreten; so ist sogleich vom Gerichte das Inventarium auf Kosten der Masse aufzunehmen. Ein solcher Erbe wird den Gläubigern und Legataren nur so weit verbunden, als die Verlassenschaft für ihre und auch seine eigenen, außer dem Erbrechte ihm zustehenden Forderungen hinreicht.“; beschränkte Haftung durch Inventarisierung des Nachlasses; siehe dazu Welser in Rummel<sup>3</sup>, § 802 Rz 1 ff.

<sup>907</sup> § 662 ABGB: „Das Vermächtnis einer fremden Sache, die weder dem Erblasser, noch dem Erben oder Legatar, welcher sie einem Dritten leisten soll, gehört, ist wirkungslos. Gebührt den erwähnten Personen ein Anteil oder Anspruch an der Sache; so ist das Vermächtnis nur von diesem Ansprüche oder Anteile zu verstehen. Ist die vermachte Sache verpfändet oder belastet; so übernimmt der Empfänger auch die darauf haftenden Lasten. Wenn aber der Erblasser ausdrücklich verordnet, daß eine bestimmte fremde Sache gekauft, und dem Legatar geleistet werden solle, der Eigentümer hingegen sie um den Schätzungspreis nicht veräußern will; so ist dem Legatar dieser Wert zu entrichten.“; siehe dazu Welser in Rummel<sup>3</sup>, § 662 Rz 1 ff.

<sup>908</sup> NZ 1931, 73.

entspricht, so hafte er für die Differenz nach § 1409.<sup>909</sup> Diese Norm gelte überdies für die vorweggenommene Erbteilung<sup>910</sup> und für Übergabsverträge.<sup>911</sup>

§ 1409 sei mangels eines Veräußerungsgeschäftes auf Pachtverträge nicht anwendbar.<sup>912</sup> Dies gelte im Übrigen auch für die bloße Überlassung von Gebrauchsrechten<sup>913</sup> sowie für die Übernahme eines Nutzungs- und Anwartschaftsrechts an einem Siedlungshaus.<sup>914</sup> Umgekehrt hafte der Verpächter nach der Rückstellung des Pachtobjektes nicht für die Geschäftsschulden des Pächters.<sup>915</sup>

Es sei jedoch im Einzelfall zu prüfen, ob nicht ein Umgehungsfall vorliege, der dazu dient, den Gläubigern die Haftungsgrundlage zu entziehen.<sup>916</sup> So hafte der Übernehmer etwa auch dann nach § 1409, wenn die Übertragung des Vermögens oder Unternehmens in mehreren aufeinanderfolgenden Etappen geschieht, in denen jeweils einzelne Sachen übergeben werden und die Verfügungen in einem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang stehen.<sup>917</sup> Dies gelte auch für die Übertragung an mehrere Personen, wobei zusätzlich jeder Übernehmer von der Übergabe an die anderen Beteiligten Kenntnis haben muss.<sup>918</sup>

Beim Erwerb im Konkurs- oder Ausgleichsverfahren greift die Übernehmerhaftung des § 1409 aufgrund der ausdrücklichen Anordnung des § 1409a<sup>919</sup> nicht ein.

## 2.2. Vermögen

Vermögen iSd § 1409 ist nur das Aktivvermögen<sup>920</sup>, also der Inbegriff aller vermögenswerten Güter und Rechte, welche der Befriedigung der Gläubiger dienen.<sup>921</sup> Die Rsp wendet § 1409 auch dann an, wenn es sich im Wesentlichen um das gesamte Vermögen des Veräußerers handelt, also einzelne Stücke von geringem Wert beim Übertragenden verbleiben.<sup>922</sup> Nach einer öfter verwendeten Formel darf nichts „Erhebliches“ zurückbehalten werden.<sup>923</sup> Welchen Wert die beim Veräußerer zurückbleibenden Gegenstände erreichen

<sup>909</sup> SZ 34/136.

<sup>910</sup> SZ 54/67; SZ 68/18; NZ 1997, 145; dazu *Wellacher*, Schuldenhaftung 3 ff.

<sup>911</sup> Vgl zB JBl 1955, 405; SZ 52/12; SZ 59/163.

<sup>912</sup> EvBl 1957/260; HS 14.973; GesRZ 1992, 135.

<sup>913</sup> Arb 5361.

<sup>914</sup> EvBl 1971/265.

<sup>915</sup> EvBl 1957/260; vgl auch GesRZ 1992, 135.

<sup>916</sup> Siehe dazu *Wellacher*, ÖJZ 1957, 449.

<sup>917</sup> Vgl NZ 1997, 145; *ecolex* 2000, 794 = RdW 2000, 601.

<sup>918</sup> SZ 68/18; vgl auch SZ 54/67.

<sup>919</sup> § 1409a ABGB: „Wer ein Vermögen oder ein Unternehmen im Weg der Zwangsvollstreckung, des Konkurses, des Ausgleichsverfahrens (auch des fortgesetzten Verfahrens) oder der Überwachung des Schuldners durch Sachwalter der Gläubiger erwirbt, haftet nicht nach § 1409 Abs. 1 und 2.“

<sup>920</sup> SZ 56/140; JBl 2000, 593.

<sup>921</sup> Siehe zB SZ 54/67 mwN: „die Summe aller geldwerten Güter einer Person“.

<sup>922</sup> Bl 1971, 259; SZ 52/12 = EvBl 1979/93 = JBl 1980, 95; EvBl 1980/141; JBl 2002, 256.

<sup>923</sup> JBl 1971, 259; SZ 52/12; SZ 54/67; JBl 1996, 589; JBl 2002, 256.

dürfen, ohne dass die Haftung nach § 1409 entfällt, hat die Rsp nicht konkretisiert.<sup>924</sup> Die deutsche Lehre zum aufgehobenen § 419 BGB habe die Grenze bei rund 10 % des Wertes des gesamten Vermögens gezogen.<sup>925</sup>

Unklar sei, ob bei der Ermittlung der Aktiva die Verbindlichkeiten abzuziehen sind.<sup>926</sup> Diese Frage ist aber insbesondere dann von Bedeutung, wenn eine Forderung durch ein Pfandrecht gesichert ist. Berücksichtigt man nämlich, dass der Erwerber die Gläubiger in jener zeitlichen Reihenfolge zu befriedigen hat, in der sie ihre fälligen Forderungen geltend machen<sup>927</sup>, so könne die Situation eintreten, dass bei Fälligkeit der gesicherten Forderung der Haftungsrahmen des § 1409 bereits ausgeschöpft ist. Eine Verneinung der Pfandhaftung für diesen Fall würde die pfandrechtlichen Grundprinzipien durchbrechen und komme daher nicht in Betracht.<sup>928</sup> Die Bejahung der Sachhaftung trotz des Erreichens der Haftungshöchstgrenze des § 1409 würde hingegen der Intention einer restriktiven Interpretation dieser Norm zuwider laufen<sup>929</sup> und könne dazu führen, dass der Erwerber letztlich für mehr hafte als § 1409 anordnet. Die Rsp<sup>930</sup> hat dazu lediglich klargestellt, dass die erfolgte Befriedigung pfandrechtlich gesicherter Forderungen den mit dem Wert der übernommenen Aktiva begrenzten Haftungsfonds vermindert. Dennoch sollten mit einem Pfandrecht besicherte Forderungen bei der Berechnung des Aktivvermögens generell abgezogen werden, weil der Zweck des § 1409 in der Erhaltung des Haftungsfonds besteht. Die Gläubiger des Veräußerers könnten auch dann nicht auf diese Vermögenswerte greifen, wenn die Übertragung nicht stattgefunden hätte. Aus selbigem Grund dürften unpfändbare Sachen bei der Ermittlung des Vermögens nicht berücksichtigt werden, denn die Gläubiger könnten auch dann nicht auf diese Gegenstände greifen, wenn diese beim Veräußerer verblieben wären.<sup>931</sup>

Der Haftung nach § 1409 unterliegt auch der Übernehmer eines ideellen Bruchteils an einem Vermögen, wenn dieser im Wesentlichen das gesamte Vermögen ausmacht.<sup>932</sup> Ferner ist § 1409 auf die Veräußerung eines für bestimmte Zwecke bestehenden Sondervermögens anzuwenden, sofern sich dieses vom sonstigen Vermögen des Übergebers auch tatsächlich

<sup>924</sup> Zuletzt wieder ausdrücklich offen lassend JBl 2002, 256; vgl ferner JBl 1967, 206, wonach eine zurückbleibende Forderung in der Höhe von S 150.000,- (in etwa EUR 10.900) ein erhebliches Vermögen ausgemacht hat.

<sup>925</sup> Vgl dazu JBl 2002, 256 unter Verweisung auf Riedler, JBl 1992, 570.

<sup>926</sup> Bejahend ÖBA 1987, 660; Ehrenzweig/Mayrhofer 531; Wagnest, Haftung 137 f; differenzierend Riedler, JBl 1992, 572 ff; offen lassend JBl 2000, 593; abl SZ 8/150; JBl 1966, 523; Wolff in Klang<sup>2</sup> VI, 354.

<sup>927</sup> Heidinger in Schwimann<sup>3</sup>, § 1409 Rz 32.

<sup>928</sup> So Heidinger in Schwimann<sup>3</sup>, § 1409 Rz 14.

<sup>929</sup> Heidinger in Schwimann<sup>3</sup>, § 1409 Rz 7.

<sup>930</sup> JBl 2000, 593.

<sup>931</sup> EvBl 1980/141; Riedler, JBl 1992, 569 f.

<sup>932</sup> JBl 1971, 259; SZ 52/12; SZ 54/67.

abgrenzen lässt, wie etwa ein spezieller Deckungsfonds für Zeichner von Hausanteilscheinen.<sup>933</sup> Als Sondervermögen war auch das Handelsgeschäft eines Kaufmannes anzusehen.<sup>934</sup>

Ein einzelner Gegenstand, insbesondere ein Grundstück oder ein Haus, ist grundsätzlich nicht als Vermögen iSd § 1409 anzusehen.<sup>935</sup> Bei der Annahme des Gegenteils würde das Grundbuch Sinn und Zweck verlieren, weil dann mit jedem Erwerb einer Liegenschaft auch eine Haftung für Schulden verbunden wäre, die aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sind.<sup>936</sup> Anders verhält es sich nach ständiger Rspr nur dann, wenn der übernommene Gegenstand das im Wesentlichen einzige und gesamte Eigentum des Überträgers darstellt, das seinen Gläubigern für ihre Forderungen als Haftungsobjekt zur Verfügung steht.<sup>937</sup> So wurde von der Judikatur gelegentlich die analoge Anwendung des § 1409 bei der Veräußerung von Liegenschaften, die im Wesentlichen das ganze Vermögen ausmachen, bejaht.<sup>938</sup> Diese Rsp sei aber nicht unbedenklich, weil nur bei Veräußerung eines aus einer Vielzahl von Sachen bestehenden Vermögens jene Warnfunktion erfüllt sei, die die strengen Folgen für den Erwerber und die Vernachlässigung des Verkehrsschutzes allenfalls rechtfertigen könnten.<sup>939</sup> Die Rsp schränkt diese Ausweitung des Tatbestandes allerdings durch ein subjektives Erfordernis wiederum ein: Die Haftung bei der Übertragung eines Einzelgegenstandes, der im Wesentlichen das ganze Vermögen ausmacht, greift nur ein, wenn der Erwerber wusste oder nach den Umständen wissen musste<sup>940</sup>, dass es sich dabei im Wesentlichen um das ganze Vermögen handelt.<sup>941</sup> Der Kenntnis dieser Vermögensverhältnisse ist es aber nur gleichzuhalten, wenn sie der Erwerber aufgrund der ihm bekannten Umstände ohne besondere Mühe in Erfahrung bringen kann.<sup>942</sup>

Hat der Veräußerer im Inland im Wesentlichen nur eine Liegenschaft, besitzt er aber im Ausland weiteres Vermögen, so komme eine analoge Anwendung des § 1409 nur in Betracht, wenn der Gläubiger auf das ausländische Vermögen nur mit erheblichen Schwierigkeiten Zugriff nehmen könne, was zB für Deutschland nicht der Fall sei.<sup>943</sup>

---

<sup>933</sup> JBl 1994, 410; ÖBA 1995, 475.

<sup>934</sup> Vgl Riedler, JBl 1992, 628.

<sup>935</sup> JBl 1971, 259 mit zahlreichen Nw; ÖBA 1991, 383.

<sup>936</sup> JBl 1971, 259 im Anschluss an *Klang*, JBl 1948, 438.

<sup>937</sup> SZ 27/255 = JBl 1955, 250; JBl 1962, 441; EvBl 1968/122 = JBl 1967, 572; JBl 1971, 259; EvBl 1971/265; SZ 52/12; ÖBA 1987, 657 = wbl 1987, 158; SZ 59/163 = EvBl 1987/203; ÖBA 1991, 383; JBl 1994, 410 = ÖBA 1994, 159; ÖBA 1995, 475; EvBl 1996/7 = JBl 1996, 589 (Riedler); ZIK 1997, 36.

<sup>938</sup> Vgl ÖBA 1991, 383; JBl 1994, 410; ÖBA 1995, 475; SZ 68/18; JBl 1996, 589.

<sup>939</sup> Heidinger in Schwimann<sup>3</sup>, § 1409 Rz 16.

<sup>940</sup> Heidinger in Schwimann<sup>3</sup>, § 1409 Rz 36ff.

<sup>941</sup> ÖBA 1991, 383; JBl 1994, 410; ÖBA 1995, 475; SZ 68/18; JBl 1996, 589.

<sup>942</sup> EvBl 1996/71 = JBl 1996, 589 (Riedler); ZIK 1997, 36; ähnlich Riedler, JBl 1992, 628.

<sup>943</sup> JBl 1971, 251.

### 2.3. Unternehmen

#### a. Unternehmensübernahme

§ 1409 gilt nicht nur für die Vermögens-, sondern auch für die Unternehmensübernahme. Das Unternehmen, das oft als „organisierte Erwerbsgelegenheit“ bezeichnet wird<sup>944</sup>, ist ein Inbegriff von Sachen, Rechten sowie von Vermögenswerten, die weder Sache noch Recht sind, wie zum Beispiel Kundenstamm, good will, Know-how, Erwerbschancen usw.<sup>945</sup> Im Unterschied zum Vermögen bestehe beim Unternehmen zwischen den Aktiva und Passiva ein sachlicher Zusammenhang, weshalb hier eine Haftung für die Schulden näher liege als im anderen Fall.<sup>946</sup> Gleichwohl sei de lege ferenda ein legislativer Bedarf jenseits von § 38 UGB schwerlich zu bejahen.<sup>947</sup> Der Begriff des Unternehmens wurde von der Rechtsprechung zu § 25 HGB nicht auf kaufmännische oder gewerbliche Betriebe beschränkt, sondern zum Beispiel auch auf landwirtschaftliche Betriebe erstreckt.<sup>948</sup> Unternehmen iSv § 1409 ABGB ist daher etwa auch eine Mülldeponie<sup>949</sup>, ein Sessellift<sup>950</sup> oder eine Pension.<sup>951</sup>

Nach der Rsp ist § 1409 ferner analog anzuwenden, wenn das Kaufobjekt zwar nicht in einem lebenden Unternehmen besteht, doch die übernommene Liegenschaft aus land- und fortwirtschaftlich nutzbaren Grundstücken samt Gebäuden von solcher Größe besteht, dass jederzeit ein solches Unternehmen betrieben werden könnte.<sup>952</sup>

Der Tatbestand des § 1409 setze voraus, dass nicht nur einzelne Vermögenswerte, sondern das Unternehmen als Ganzes übernommen wird.<sup>953</sup> Dies ist der Fall, wenn die wesentlichen Teile des Unternehmens übertragen werden, die dessen Substanz und individuellen Charakter ausmachen (Unternehmenskern).<sup>954</sup> Die Fortführung des Unternehmens durch den Erwerber bildet ein Indiz, dass er die wesentlichen Teile übernommen hat.<sup>955</sup> Die Führung eines gleichartigen Betriebes am gleichen Standort alleine löst noch nicht die Haftung nach § 1409 aus.<sup>956</sup> Auch die bloße Übernahme von Mietrechten<sup>957</sup> oder von Waren<sup>958</sup> führt nicht zur Haftung nach § 1409.<sup>959</sup> Dies gilt ferner für die Verpachtung des gesamten Unternehmens.<sup>960</sup>

<sup>944</sup> Vgl SZ 57/19; Ertl in *Rummel*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 4.

<sup>945</sup> wbl 1989, 31; JBl 2002, 256.

<sup>946</sup> Koziol, JBl 1967, 556 ff.

<sup>947</sup> Zu § 25 HGB siehe *Heidinger* in *Schwimann*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 22.

<sup>948</sup> SZ 56/140; SZ 59/163; NZ 1997, 145; ZIK 2003, 105; anders aber SZ 54/67, die einen Bauernhof ohne weitere Erörterung als Vermögen bezeichnet.

<sup>949</sup> *Kerschner*, JBl 1991, 580.

<sup>950</sup> JBl 1974, 486.

<sup>951</sup> SZ 52/12; weitere Beispiele aus der Rsp bei *Riedler*, JBl 1992, 629.

<sup>952</sup> *Heidinger* in *Schwimann*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 18.

<sup>953</sup> SZ 12/141.

<sup>954</sup> RdW 2000, 601; JBl 2002, 256; *Riedler*, JBl 1992, 630.

<sup>955</sup> JBl 2002, 256.

<sup>956</sup> JBl 1977, 95.

<sup>957</sup> RZ 1938, 15.

Der Anwendung des § 1409 stehe nicht entgegen, dass es sich bei dem übertragenen Unternehmen um eine Zweigniederlassung handelt<sup>961</sup>; nichts anderes gelte auch für die Übertragung von Unternehmensanteilen<sup>962</sup> oder eines Teilbetriebes.<sup>963</sup> Darüber hinaus liege ein Übergang des Unternehmens nach hM dann vor, wenn ein allenfalls beim Veräußerer verbleibender Rest nicht mehr ausreicht, um den Geschäftsbetrieb fortzuführen.<sup>964</sup>

b. Verhältnis zu § 38 UGB

Nach § 38 Abs 6 UGB bleiben andere Haftungsbestimmungen unberührt, weshalb § 1409 die in § 38 UGB vorgesehenen Beschränkungen der Haftungen überlagert.<sup>965</sup>

c. Dauerschuldverhältnisse

Nach der hM<sup>966</sup> handle es sich sowohl beim Grundverhältnis als auch bei den einzelnen Leistungen eines Dauerschuldverhältnisses um Altschulden, für die der Veräußerer des Unternehmens nach der Anordnung des § 1409 neben dem Erwerber hafte, weil der rechtliche Grund für das Schuldverhältnis vor dem Inhaberwechsel begründet wurde. Dies gelte selbst dann, wenn der Gläubiger einzelne Leistungen aus diesem Dauerrechtsverhältnis erst nach der Übergabe des Unternehmens und damit zu einem Zeitpunkt erbringe, zu dem der Veräußerer auf den Gang des Unternehmens keinen Einfluss mehr habe. Der aus der hM resultierenden zeitlich unbegrenzten Haftung könne der Veräußerer nach hA<sup>967</sup> nur mittels einer Vertragsübernahme durch den Erwerber entgehen, die jedoch der Zustimmung des Dritten bedürfe. Dieses Problem trete aber nicht nur im Rahmen von § 1409 auf, sondern stelle sich auch im Zusammenhang mit der Nachhaftung nach den §§ 39 ff, 160 UGB. Diese für das Unternehmensrecht entwickelten Grundsätze zur Enthftung des Altschuldners seien jedoch im Bereich des § 1409 ABGB nur eingeschränkt anwendbar, weil das ABGB im Gegensatz zu den unternehmensrechtlichen Bestimmungen keine besondere zeitliche Begrenzung der Haftung kenne. Die Haftung des Veräußerers ende vielmehr mit der Verjährung der

---

<sup>958</sup> RZ 1936, 140.

<sup>959</sup> JBl 1958, 72.

<sup>960</sup> *Heidinger in Schwimann*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 10.

<sup>961</sup> OGH 6 Ob 527/84.

<sup>962</sup> *Koziol/Welser*<sup>13</sup> II 126; JBl 1971, 259; vgl auch SZ 52/12 = EvBl 1979/93 = JBl 1980, 95.

<sup>963</sup> *ecolex* 1992, 28 = RdW 1991, 356 = wbl 1992, 62.

<sup>964</sup> *Ertl in Rummel*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 4 mwN.

<sup>965</sup> *Heidinger in Schwimann*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 22.

<sup>966</sup> Siehe nur *Karollus*, ÖJZ 1995, 242 mwN; aA *Honsell/Harrer*, ZIP 1986, 344 f.

<sup>967</sup> Vgl nur *Koziol/Welser*, II<sup>13</sup>, 128.

jeweiligen Verbindlichkeit. Teilweise wird die Enthftung des Veräußerers eines Unternehmens bei Dauerschuldverhältnissen überhaupt abgelehnt.<sup>968</sup>

*Karollus*<sup>969</sup> legte dar, dass aufgrund der besonderen Interessenlage im Unternehmensrecht ein Wechsel in der Person des Unternehmers auch zu einem Übergang der unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse kraft Parteiwillens führe.<sup>970</sup> Anders als im bürgerlichen Recht, wo typischerweise jeder Teilnehmer am Rechtsverkehr seinen Vertragspartner individuell auswähle, sei ein Vertrag mit einem Unternehmen im Regelfall nicht auf die Person des Unternehmers, sondern vorrangig auf dessen Unternehmen bezogen. Der Vertrag werde also von beiden Teilen übereinstimmend in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Unternehmen geschlossen, wobei die Bezugnahme auf das Unternehmen die persönliche Bindung an dessen Inhaber überlagere. Dieser Gedanke sei heute für die Zuordnung von Willenserklärungen bei Vertragsabschluss allgemein anerkannt<sup>971</sup> und liege auch den §§ 39, 160 UGB zugrunde. Ein unternehmensbezogener Vertrag komme daher stets mit dem jeweiligen Unternehmensträger zustande, auch wenn dessen Vertragspartner eine falsche oder gar keine Vorstellung über die Person des Rechtsträgers hatte.<sup>972</sup> Unternehmensbezogene Verträge seien im Zweifel dahingehend auszulegen, dass der Vertragspartner eine Bindung an das Unternehmen beabsichtige und damit einer Übertragung des Vertragsverhältnisses auf den jeweiligen Unternehmensträger vorweg zugestimmt habe.<sup>973</sup> Mit der Übertragung des Unternehmens finde in aller Regel zugleich eine Vertragsübernahme statt, die keiner besonderen Zustimmung mehr bedürfe.<sup>974</sup> Die Forthaftung des Veräußerers nach § 1409 beschränke sich somit auf jene Einzelleistungen, die vor der Unternehmensveräußerung stattgefunden haben. Dies gelte nur dann nicht, wenn eine Aufspaltung nach Zeitabschnitten nicht möglich oder den Parteien nicht zumutbar sei.<sup>975</sup> Dies trifft insbesondere auf Leibrenten oder bereits ausgenützte Kreditverträge zu, weil der Gläubiger bereits die gesamte Leistung an den Veräußerer erbracht hat.<sup>976</sup>

---

<sup>968</sup> Siehe *Canaris*, FS *Frotz*, 32 ff.

<sup>969</sup> ÖJZ 1995, 292 ff.

<sup>970</sup> Vgl wbl 1991, 141; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I<sup>4</sup>, 187.

<sup>971</sup> JBl 1985, 616, *Hügel*; JBl 1989, 39; vgl auch JBl 1990, 519.

<sup>972</sup> *Heidinger in Schwimann*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 24.

<sup>973</sup> *Karollus*, ÖJZ 1995, 293; vgl auch *K. Schmidt*, JBl 1995, 345 f.

<sup>974</sup> Es kommt nach geltender Rechtslage Kraft gesetzlicher Anordnung zu einem Vertragsübergang. Ein entsprechender Parteiwille ist somit nicht mehr erforderlich.

<sup>975</sup> *Heidinger in Schwimann*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 24.

<sup>976</sup> *Karollus*, ÖJZ 1995, 293; vgl auch *Harrer*, wbl 1994, 364 f.

#### 2.4. Die zum Vermögen oder Unternehmen gehörigen Schulden

Die Schulden müssen zum Vermögen bzw zum Unternehmen gehören, was bedeute, dass ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit dem Unternehmen oder dem Vermögen als Haftungsfonds bestehen müsse.<sup>977</sup> Dieser liege dann vor, wenn die Verbindlichkeiten zum Zweck des Betriebes oder der Verwaltung des Unternehmens eingegangen worden seien.<sup>978</sup> Das Erfordernis des wirtschaftlichen Zusammenhanges sei jedoch entbehrlich, wenn das übernommene Sondervermögen oder Unternehmen im Wesentlichen das gesamte Vermögen darstellt.<sup>979</sup>

Nach der Rsp<sup>980</sup> und einem Teil des Schrifttums<sup>981</sup> haftet der Erwerber eines Sondervermögens, einer Vermögensquote oder eines Unternehmensteiles für alle zum gesamten Vermögen oder Unternehmen gehörigen Verbindlichkeiten, doch stehe ihm der interne Regress offen. Eine solidarische Haftung gehe aber über den Normzweck des § 1409 hinaus, der die Gläubiger vor dem Entzug des Haftungsfonds schützen, nicht aber diesen vergrößern soll.<sup>982</sup> Die Rsp scheint jedoch trotz dieser Kritik an ihrer Position festhalten zu wollen, denn in jüngeren Entscheidungen<sup>983</sup> blieb die Problematik unerwähnt.

Der gesetzliche Schuldbeitritt erstreckt sich auf alle Arten von Schulden, die im Zeitpunkt der Übergabe bestehen.<sup>984</sup> Auf den Inhalt oder Rechtsgrund der Verbindlichkeiten kommt es nicht an.<sup>985</sup> Die Haftung erstreckt sich daher auch auf vertragliche<sup>986</sup> sowie deliktische<sup>987</sup> Schadenersatzforderungen oder im Falle der Übernahme des gesamten Vermögens auf Verbindlichkeiten aus einer Bürgschaft.<sup>988</sup> Ferner haftet der Erwerber für ausständige Sozialversicherungsbeiträge und Abgaben.<sup>989</sup> Durch Urteil festgestellte Verbindlichkeiten gehen ebenfalls auf den Erwerber über, weil sich die Rechtskraft auch auf den Einzelrechtsnachfolger erstreckt.<sup>990</sup> Nicht anwendbar ist § 1409 ABGB dagegen auf die Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks.<sup>991</sup> *Koziol*<sup>992</sup> beschränkt die Anwendung

<sup>977</sup> SZ 14/184; SZ 16/108; SZ 74/106.

<sup>978</sup> SZ 56/140.

<sup>979</sup> JBl 1994, 410; ÖBA 1995, 475; SZ 68/18; NZ 1997, 145; SZ 74/106.

<sup>980</sup> SZ 32/74; SZ 44/170.

<sup>981</sup> Vgl *Wellacher*, ÖJZ 1950, 489; *Wolff* in *Klang* 2 VI, 357 f.

<sup>982</sup> *Koziol*, Beeinträchtigung 94; *Ertl* in *Rummel*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 6.

<sup>983</sup> JBl 1994, 410; ÖBA 1995, 475.

<sup>984</sup> *Ertl* in *Rummel*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 6ff; *Heidinger* in *Schwimann*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 29.

<sup>985</sup> SZ 68/18; SZ 74/63.

<sup>986</sup> SZ 50/27.

<sup>987</sup> SZ 64/3; SZ 68/18.

<sup>988</sup> SZ 54/67; vgl aber SZ 50/27.

<sup>989</sup> SZ 59/163.

<sup>990</sup> SZ 28/65; NZ 1995, 32; siehe auch SZ 68/18.

<sup>991</sup> SZ 28/174; SZ 56/140.

<sup>992</sup> JBl 1967, 554; zust *Fenyves*, Erbenhaftung 46; in diesem Sinne auch NZ 2003, 52 [kein Anspruch auf Fortsetzung obligatorischer Dauerschuldverhältnisse].

generell auf Geldforderungen. Nur bei diesen komme die Funktion des Vermögens als Haftungsfonds in Betracht. Dabei solle es nicht darauf ankommen, ob diese Forderungen schon ursprünglich Geldforderungen gewesen seien, oder ob es sich um Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung handle. Hat beispielsweise der Veräußerer eines Unternehmens die schon früher entstandene Verpflichtung zur Übertragung eines einzelnen Unternehmensgrundstücks unmöglich gemacht und bejaht man die Erwerberhaftung, so müsse der Erwerber aufgrund des Schadenersatzanspruchs in Hinblick auf das Prinzip der Naturalrestitution des § 1323 ABGB nun doch das Grundstück auf den Dritten übertragen. Dies widerspreche aber der Wertung der §§ 430, 440 ABGB.<sup>993</sup>

Die Haftung des Erwerbers nach § 1409 greift ein, sobald die Verbindlichkeit zumindest bedingt entstanden ist.<sup>994</sup> Weil die Schuld dem Grunde nach bereits besteht, kommt es nicht darauf an, ob die Bedingung vor oder nach der Übertragung eingetreten ist.<sup>995</sup> Macht hingegen ein Gläubiger eine Forderung gegen den Veräußerer gerichtlich geltend, die mit dem übertragenen Vermögen oder Unternehmen in einem wirtschaftlichen Zusammenhang steht, so haftet der Erwerber nicht für die Prozesskosten, wenn die Klage erst nach der Übergabe zugestellt wurde.<sup>996</sup> Die Haftung sei somit vom Bestand und nicht von der Fälligkeit der Forderung des Gläubigers abhängig.<sup>997</sup>

Für Verbindlichkeiten des Veräußerers, die nach der Übernahme des Vermögens oder des Unternehmens entstanden sind, haftet der Erwerber grundsätzlich nicht.<sup>998</sup> Anderes soll jedoch nach der Rsp<sup>999</sup> für künftige Unterhaltsforderungen gelten, wenn die Unterhaltspflicht vor der Übergabe eingetreten ist.<sup>1000</sup>

Die Haftung des Übernehmers nach § 1409 ist mit der Höhe des Wertes der übernommenen Aktiva beschränkt (Haftung pro viribus).<sup>1001</sup> Der Erwerber muss bis zur Erschöpfung des Haftungsfonds die Gläubiger in der zeitlichen Reihenfolge befriedigen, in der sie ihre Ansprüche geltend machen.<sup>1002</sup> Dies setzt die Fälligkeit der Forderung voraus, etwa durch Eintritt des Termins, durch Mahnung oder Klagszustellung.

<sup>993</sup> So SZ 56/140 = JBl 1984, 439, krit *Wilhelm*, wo ausgeführt wird, dass dies auf ein ius ad rem und eine „völlige Verkehrung der gesetzlichen Wertung“ hinausliefe.

<sup>994</sup> NZ 1997, 145; SZ 74/63.

<sup>995</sup> JBl 1994, 410; ÖBA 1995, 475; SZ 68/18.

<sup>996</sup> SZ 32/146; SZ 68/18.

<sup>997</sup> *Heidinger* in *Schwimann*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 30.

<sup>998</sup> Siehe *Heidinger* in *Schwimann*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 31.

<sup>999</sup> JBl 1955, 405; NZ 1997, 145.

<sup>1000</sup> Zur Frage der Haftung aus Dauerschuldverhältnissen im Zusammenhang mit der Veräußerung eines Unternehmens siehe *Heidinger* in *Schwimann*<sup>3</sup>, Rz 23 f; zur Haftung für Verbindlichkeiten aus Dienstverhältnissen siehe *Heidinger* in *Schwimann*<sup>3</sup> Rz 33 ff.

<sup>1001</sup> JBl 1974, 486; JBl 1994, 410; SZ 74/106.

<sup>1002</sup> Nach dem „Zuvorkommen“, SZ 44/170; SZ 56/6; RdW 2001, 405.

Neben dem Eintritt der Fälligkeit kommt es also primär darauf an, wer zuerst die Zahlung verlangt. Somit kann der Erwerber auch seine eigenen Forderungen befriedigen, wenn er sonstigen Gläubigern zuvorkommt.<sup>1003</sup> Teilweise wurde in der Rsp<sup>1004</sup> jedoch auch vertreten, dass der Erwerber über die Reihenfolge der Befriedigung entscheiden könne. Dem sei jedoch nicht zu folgen, weil die Gefahr der willkürlichen Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner Gläubiger besteht.<sup>1005</sup>

### 3. Kennen und Kennenmüssen

Wie bereits dargelegt, haftet der Unternehmer lediglich für solche Schulden, die er bei der tatsächlichen Übernahme, also bei Erlangung der Verfügungsgewalt, kannte oder kennen musste.<sup>1006</sup> Kennenmüssen ist fahrlässige Unkenntnis, wobei bereits leichte Fahrlässigkeit schadet.<sup>1007</sup> Die Kenntnis oder verschuldete Unkenntnis habe der Gläubiger zu beweisen, soweit der Übernehmer nicht ein naher Angehöriger iSv § 1409 Abs 2 sei.<sup>1008</sup> Ist der Erwerber eine Gesellschaft, so genügt die Kenntnis eines Gesellschafters.<sup>1009</sup> Der GmbH ist (nach allgemeinen Regeln) die Kenntnis ihres geschäftsführenden Gesellschafters zuzurechnen.<sup>1010</sup> An die Sorgfaltspflichten bei Unternehmensübernahme werden höhere Anforderungen gestellt – es wird die Sorgfalt eines Sachverständigen gem § 1299 angenommen. Nach der Rsp besteht die Sorgfaltspflicht des Erwerbers in der Einsichtnahme in die Geschäftsbücher, in der Befragung des Veräußerers über den Stand der Passiven, über die letzterer dem Erwerber nach der Übung des redlichen Verkehrs ein lückenloses Verzeichnis auszuhändigen hat, und in der genauen Prüfung der auf diese Weise hervorgekommenen oder sonst bekannten Schulden.<sup>1011</sup> Die bloße Befragung des Veräußerers befreit nicht von der Pflicht zur Einsichtnahme in die Geschäftsbücher, und auch mit einer Auskunft des Steuerberaters darf sich der Veräußerer nicht begnügen. Eine mangelhafte oder gar fehlende Buchhaltung muss den Erwerber zu besonderer Vorsicht veranlassen.<sup>1012</sup> In diesem Fall bestehe eine erhöhte Sorgfalts- und Erkundigungspflicht. Der Übernehmer hafte nicht für ihm unbekannt gebliebene Geschäftsschulden des Übergebers, wenn dieser keine Bücher oder Aufzeichnungen geführt und auf Befragen das Vorhandensein von Geschäftsschulden

---

<sup>1003</sup> SZ 44/170.

<sup>1004</sup> JBl 1966, 523.

<sup>1005</sup> *Heidinger in Schwimann*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 32.

<sup>1006</sup> *Riedler*, JBl 1996, 594.

<sup>1007</sup> SZ 37/184.

<sup>1008</sup> *Heidinger in Schwimann*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 40.

<sup>1009</sup> SZ 8/150 für die OHG.

<sup>1010</sup> SZ 56/6 [dieser war in concreto auch der Veräußerer].

<sup>1011</sup> SZ 47/80; GesRZ 1982, 321.

<sup>1012</sup> SZ 10/364.

verneint hat. Eine Umfrage bei den früheren Lieferanten sei dem Übernehmer eines kleinen Geschäfts ohne Warenvorräte nicht zumutbar.<sup>1013</sup>

Bei der Übernahme eines Unternehmens muss der Übernehmer nicht schon dann mit dem Bestehen von Schadenersatzforderungen rechnen, wenn auf Grund der Art des übernommenen Unternehmens nach allgemeiner Lebenserfahrung solche vorhanden sein könnten.<sup>1014</sup> Eine Haftung nach § 1409 kommt nur in Betracht, wenn dem Übernehmer der anspruchsbegründende Sachverhalt in seinen Grundzügen, die Person des Geschädigten sowie der Umstand, dass diese den Anspruch geltend macht, bekannt ist oder bekannt sein müsste.<sup>1015</sup>

Den Erwerber einer Einzelsache, dem nicht bekannt ist, dass diese im Wesentlichen das gesamte Vermögen des Veräußerers ausmacht<sup>1016</sup>, treffen keine besonderen Nachforschungspflichten, zumal seine diesbezüglichen Möglichkeiten in der Regel sehr begrenzt sein werden.<sup>1017</sup> Dies gelte zumindest, solange keine Verdachtsmomente, die gegen einen gutgläubigen Eigentumserwerb iSd § 368<sup>1018</sup> sprechen, vorliegen, oder wenn der Erwerber aufgrund der ihm bekannten Umstände die Vermögensverhältnisse des Veräußerers ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen hätte können. Er dürfe sich daher über diese Verdachtsmomente oder sonstigen Umstände nicht einfach hinwegsetzen. Aus einem Veräußerungs- und Belastungsverbot muss der Erwerber jedoch nicht den Schluss ziehen, dass die Liegenschaft den einzigen Vermögensgegenstand des Veräußerers bildet.<sup>1019</sup> Die Kenntnis der Besonderheit, dass die Einzelsache praktisch das gesamte Vermögen des Veräußerers ausmacht, ist in den genannten Fällen als in jenem Zeitpunkt erlangt anzusehen, in welchem sie der Erwerber bei Anwendung der entsprechenden Sorgfalt hätte erlangen können.<sup>1020</sup>

Die Rsp hat bislang diesen Zeitpunkt zu dem dem Erwerber die positive Kenntnis oder versäumte Kenntnis von den Vermögensverhältnissen des Veräußerers nicht mehr schadet, in Übereinstimmung mit der Eingrenzung der Schulden, für die der Erwerber zu haften hat, mit

<sup>1013</sup> AnwZ 1934, 259.

<sup>1014</sup> EvBl 2001/157; Heidinger in Schwimann<sup>3</sup>, § 1409 Rz 37; Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1409 Rz 6.

<sup>1015</sup> SZ 74/63.

<sup>1016</sup> Heidinger in Schwimann<sup>3</sup>, § 1409 Rz 16.

<sup>1017</sup> Riedler, JBl 1992, 628.

<sup>1018</sup> § 368 ABGB: „(1) Der Besitzer ist redlich, wenn er weder weiß noch vermuten muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Beim Erwerb von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens genügt der gute Glaube an die Befugnis des Veräußerers, über die Sache zu verfügen. (2) Beweist der Eigentümer, dass der Besitzer aus der Natur der Sache, aus ihrem auffällig geringen Preis, aus den ihm bekannten persönlichen Eigenschaften seines Vormanns, aus dessen Unternehmen oder aus anderen Umständen einen gegründeten Verdacht hätte schöpfen müssen, so hat der Besitzer die Sache dem Eigentümer zu überlassen.“

<sup>1019</sup> Heidinger in Schwimann<sup>3</sup>, § 1409 Rz 38.

<sup>1020</sup> JBl 1996, 589.

der Übergabe<sup>1021</sup>, beziehungsweise bei Liegenschaften mit der Verbücherung<sup>1022</sup>, festgesetzt. In seiner ausführlich begründeten Entscheidung ist der OGH<sup>1023</sup> jedoch aus Gründen des Verkehrsschutzes von seiner bisherigen Position abgegangen und stellt nunmehr auf den Zeitpunkt des Titelgeschäftes ab. Dem liegt zugrunde, dass der Erwerber mit dem Abschluss des den Titel für den Eigentumserwerb bildenden Vertrages auch dann vertraglich gebunden sei, wenn er nach Vertragsabschluss, aber vor der Übergabe erfährt, dass er praktisch das gesamte Vermögen des Veräußerers erworben hat. Träfen ihn in einem solchen Fall die Folgen des in § 1409 angeordneten gesetzlichen Schuldbeitritts, müsse er das für ihn nicht übersehbare und nicht abwälzbare Haftungsrisiko übernehmen, wenn etwa dem Veräußerer in der Zwischenzeit sein sonstiges Vermögen durch einen exekutiven Zugriff Dritter oder weitere Verkäufe abhanden komme. Diesem Haftungsrisiko könne sich der Erwerber lediglich durch die Anfechtung des Vertrages entziehen, was wiederum mit einem beträchtlichen Prozess- und Bonitätsrisiko verbunden wäre. Zudem nehme beim Liegenschaftserwerb die Einverleibung des Eigentumsrechts in der Regel einige Zeit in Anspruch, insbesondere wenn der Rechtszug ausgeschöpft werde. Das Haftungsrisiko sei aber auch deshalb unüberschaubar, weil der Erwerber die Dauer der Zeitspanne zwischen Vertragsabschluss und Eigentumserwerb kaum beeinflussen kann, hängt diese doch von der Tätigkeit verschiedener Behörden<sup>1024</sup> ab.

#### 4. Nahe Angehörige

Während vor dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1982 nahe Angehörige ohne Begrenzung auf die Aktiven hafteten<sup>1025</sup>, gelte gemäß der geltenden Rechtslage für nahe Angehörige des Veräußerers iSd § 32 IO<sup>1026</sup> eine Beweislastumkehr in Bezug auf Kenntnis oder Kennenmüssen.<sup>1027</sup> Die Rsp erstreckt die Beweislastumkehr zu Lasten naher Angehöriger auch auf die Kenntnis beziehungsweise das Kennenmüssen des Umstandes, dass

<sup>1021</sup> JBl 1994, 410; ÖBA 1995, 475.

<sup>1022</sup> SZ 56/125; SZ 59/163.

<sup>1023</sup> JBl 1996, 589, zust Riedler.

<sup>1024</sup> zB Finanzamt, Grundverkehrskommission, Grundbuchgericht.

<sup>1025</sup> Siehe auch Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1409 Rz 8; krit dazu Fenyves, JBl 1975, 617.

<sup>1026</sup> Vgl den sehr weiten Angehörigenbegriff dieser Vorschrift; § 32 KO: „(1) Als nahe Angehörige sind der Ehegatte und Personen anzusehen, die mit dem Gemeinschuldner oder dessen Ehegatten in gerader Linie oder bis zum vierten Grad der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind, ferner Wahl- und Pflegekinder sowie Personen, die mit dem Gemeinschuldner in außerehelicher Gemeinschaft leben. Außereheliche Verwandtschaft ist der ehelichen gleichzustellen. (2) Ist der Schuldner eine juristische Person, eine Personengesellschaft oder ein sonstiges parteifähiges Gebilde, so gelten 1. die Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans, 2. die unbeschränkt haftenden Gesellschafter sowie 3. Gesellschafter im Sinne des § 5 EKEG als nahe Angehörige des Schuldners. Das Gleiche gilt für solche Personen, auf die dies im letzten Jahr vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugefallen hat, sowie für die in Abs. 1 aufgezählten nahen Angehörigen aller dieser Personen.“

<sup>1027</sup> Heidinger in Schwimann<sup>3</sup>, § 1409 Rz 40.

der übertragene Vermögensgegenstand praktisch das einzige Haftungsobjekt des Veräußerers darstellt.<sup>1028</sup>

## B. § 302 ABGB

*§ 302. Ein Inbegriff von mehreren besondern Sachen, die als eine Sache angesehen, und mit einem gemeinschaftlichen Nahmen bezeichnet zu werden pflegen, macht eine Gesamtsache aus, und wird als ein Ganzes betrachtet.*

Neben den Vorschriften des § 1409 und § 38 UGB wendet die Rsp nicht selten auch die Haftung des Erwerbers einer Gesamtsache iSd § 302 an.<sup>1029</sup> Diese Rsp spielt insb dann eine Rolle, wenn eine rechtsgeschäftliche Übernahme fehlt, wie zB in den Fällen des Rückstellungsgesetzes. Die Haftung trifft weiters – von den Fällen der Rückstellungsgesetzgebung abgesehen – ua auch Legatäre eines Unternehmens.<sup>1030</sup>

Sie ist in der Literatur jedoch auf einhellige Ablehnung gestoßen<sup>1031</sup> und gilt mittlerweile als überholt. Die zitierte Rsp übersehe insbesondere, dass die Gesamtsache mangels Rechtsfähigkeit nicht Träger von Rechten und Pflichten sein kann, weshalb der Veräußerer auch weiterhin der Schuldner bleibe.<sup>1032</sup>

Derjenige, der sich die Gesamtsache ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 1409 zugeeignet hat, haftet danach zwar nicht persönlich mit seinem übrigen Vermögen, wohl aber mit dem Unternehmen als Gesamtsache (cum viribus).<sup>1033</sup> Die Haftung geht aber nie über den Wert des Unternehmens im Zeitpunkt des Erwerbs hinaus, weil in der Haftung cum viribus immer die Einschränkung pro viribus eingeschlossen ist. Diese Haftung verwandle sich aber dann in eine Haftung pro viribus, wenn sich der Erwerber der Gesamtsache (des Unternehmens) entäußert, die den Haftungsstock für die Unternehmensgläubiger bildet.<sup>1034</sup> Die Haftung des Übernehmers eines Vermögens oder Unternehmens sei nicht von der Übertragung des Eigentums an allen zur Gesamtsache gehörenden Einzelsachen durch Übergabe iSd §§ 426 ff abhängig.<sup>1035</sup> Zu den Verbindlichkeiten, die auf dem vom Erwerber

<sup>1028</sup> SZ 52/12; ÖBA 1991, 383; RdW 2000, 601.

<sup>1029</sup> SZ 25/266; SZ 25/296; EvBl 1956/266; JBl 1971, 134, krit F. Bydlinski Anm zu JBl 1972, 39.

<sup>1030</sup> NZ 1931, 73; SZ 25/266 = EvBl 1953/49.

<sup>1031</sup> Wellacher, ÖJZ 1957, 309; Kastner, ÖJZ 1948, 341; Koziol, JBl 1967, 556; F. Bydlinski, JBl 1971, 42; Fenyves, Erbenhaftung 43 Fn 135; Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1409 Rz 5; Spielbüchler in Rummel<sup>3</sup>, § 302 Rz 4.

<sup>1032</sup> Koziol/Welser, I<sup>13</sup>, 256; Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1409 Rz 5 mwN der überholten Rspr und die dadurch ebenfalls überholte Haftung cum viribus bis zur Weiterveräußerung mit anschließender Haftung pro viribus.

<sup>1033</sup> Vgl Klicka in Schwimann<sup>3</sup>, § 302 Rz 9.

<sup>1034</sup> SZ 25/266; EvBl 1956/266; EvBl 1962/434; F. Bydlinski, JBl 1972, 39.

<sup>1035</sup> EvBl 1979/239.

sodann veräußerten Unternehmen lasten, zähle auch die Leibrente für den Erwerb des Unternehmens.<sup>1036</sup> Auch Ansprüche wegen vorzeitiger Lösung des Dienstverhältnisses sind Unternehmensschulden.<sup>1037</sup>

Wer nach Nichtigklärung eines Veräußerungsvertrages ein Unternehmen zurück erwirbt, muss die Zwischenschulden aus dem Unternehmen bezahlen, aber nicht über den Unternehmenswert am Tag der Rückerwerbung hinaus.<sup>1038</sup> Der Anspruch des Rückstellungspflichtigen auf Ersatz der Aufwendungen ist jedoch ein obligatorischer, der nur dem Rückstellungsberechtigten gegenüber zusteht und nicht an der zurückzustellenden Sache haftet.<sup>1039</sup>

### C. § 67 Abs 4 ASVG

*§ 67. (4) Wird ein Betrieb übereignet, so haftet der Erwerber für Beiträge, die sein Vorgänger zu zahlen gehabt hätte, unbeschadet der fortdauernden Haftung des Vorgängers sowie der Haftung des Betriebsnachfolgers nach § 1409 ABGB unter Bedachtnahme auf § 1409a ABGB und der Haftung des Erwerbers nach § 38 des Unternehmensgesetzbuches (UGB), dRGI. S. 219/1897, für die Zeit von höchstens zwölf Monaten vom Tag des Erwerbes zurückgerechnet. Im Fall einer Anfrage beim Versicherungsträger haftet er jedoch nur mit dem Betrag, der ihm als Rückstand ausgewiesen worden ist.*

Gemäß § 67 Abs 4 ASVG haftet der Betriebsnachfolger für rückständige Sozialversicherungsbeiträge unbeschadet der Haftung nach § 1409 ABGB.<sup>1040</sup> Unter Betrieb im Sinne dieser Vorschrift sei eine „organisatorische Einheit, und zwar eine Erwerbsgelegenheit als Objekt im Rechtsverkehr“ zu verstehen.<sup>1041</sup> Erwerb bedeute dabei die sachenrechtliche Übereignung. Der Erwerb bloßer Betriebsmittel hingegen genüge in der Regel nicht. Der Erwerber haftet jedoch, wenn er diejenigen Betriebsmittel übernimmt, welche die wesentliche Grundlage des Betriebes gebildet haben.<sup>1042</sup>

<sup>1036</sup> F. Bydlinksi, JBl 1972, 39.

<sup>1037</sup> EvBl 1956/266.

<sup>1038</sup> SZ 25/266.

<sup>1039</sup> SZ 33/72.

<sup>1040</sup> VwGH ZAS 1985/27; dazu Krejci, ZAS 1985, 211.

<sup>1041</sup> So Heidinger in Schwimann<sup>3</sup>, § 1409 Rz 21.

<sup>1042</sup> VwGH ZAS 1985/27.

**D. § 67 Abs 6 bis 8 ASVG****§ 67. (6) Geht der Betrieb auf**

1. *einen Angehörigen des Betriebsvorgängers gemäß Abs. 7,*
2. *eine am Betrieb des Vorgängers wesentlich beteiligte Person gemäß Abs. 8 oder*
3. *eine Person mit wesentlichem Einfluss auf die Geschäftsführung des Betriebsvorgängers (zB Geschäftsführer, leitender Angestellter, Prokurist), über, so haftet dieser Betriebsnachfolger ohne Rücksicht auf das dem Betriebsübergang zugrunde liegende Rechtsgeschäft wie ein Erwerber gemäß Abs. 4, solange er nicht nachweist, dass er die Beitragsschulden nicht kannte bzw. trotz seiner Stellung im Betrieb des Vorgängers nicht kennen konnte.*

**(7) Angehörige gemäß Abs. 6 Z 1 sind:**

1. *der Ehegatte/die Ehegattin oder der/die eingetragene PartnerIn;*
2. *die Verwandten in gerader Linie und die Verwandten zweiten und dritten Grades in der Seitenlinie, und zwar auch dann, wenn die Verwandtschaft auf einer unehelichen Geburt beruht;*
3. *die Verschwägerten in gerader Linie und die Verschwägerten zweiten Grades in der Seitenlinie, und zwar auch dann, wenn die Schwägerschaft auf einer unehelichen Geburt beruht;*
4. *die Wahl(Pflege)eltern und die Wahl(Pflege)kinder;*
5. *der Lebensgefährte;*
6. *unbeschadet der Z 2 die im § 32 Abs. 2 der Insolvenzordnung genannten Personen.*

*(8) Eine Person ist an einem Betrieb wesentlich beteiligt, wenn sie zu mehr als einem Viertel Anteil am Betriebskapital hat. Bei der Beurteilung des Anteiles am Betriebskapital ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Die §§ 22 bis 24 der Bundesabgabenordnung sind sinngemäß anzuwenden.*

Geht der Betrieb auf eine der in § 67 Abs 6 ASVG genannten Personen über, so haftet dieser Betriebsnachfolger ohne Rücksicht auf das dem Betriebsübergang zugrunde liegende Rechtsgeschäft wie ein Erwerber gemäß § 67 Abs 4 ASVG, solange er nicht nachweist, dass er die Beitragsschulden nicht kannte bzw. trotz seiner Stellung im Betrieb des Vorgängers nicht kennen konnte.

**E. § 67 Abs 9 ASVG**

**§ 67. (9) Stehen Wirtschaftsgüter, die einem Betrieb dienen, nicht im Eigentum des Betriebsinhabers, sondern im Eigentum einer der im Abs. 6 Z 2 bzw. 3 genannten Personen, so haftet der Eigentümer der Wirtschaftsgüter mit diesen Gütern für die Beiträge, solange er nicht nachweist, dass er die Beitragsschulden nicht kannte bzw. trotz seiner Stellung im Betrieb nicht kennen konnte.**

Stehen Wirtschaftsgüter, die einem Betrieb dienen, nicht im Eigentum des Betriebsinhabers, sondern im Eigentum einer am Betrieb des Vorgängers wesentlich beteiligten Person oder einer Person mit wesentlichem Einfluss auf die Geschäftsführung des Betriebsvorgängers (zB Geschäftsführer, leitender Angestellter, Prokurist), so haftet der Eigentümer der Wirtschaftsgüter mit diesen Gütern für rückständige Sozialversicherungsbeiträge, solange er nicht nachweist, dass er die Beitragsschulden nicht kannte bzw. trotz seiner Stellung im Betrieb nicht kennen konnte.

#### **F. § 38 Abs 2 BSVG**

*§ 38. (2) Wird ein Betrieb übereignet, so haftet der Erwerber für Beiträge, die sein Vorgänger zu zahlen gehabt hätte, unbeschadet der fortdauernden Haftung des Vorgängers sowie der Haftung des Betriebsnachfolgers nach § 1409 ABGB unter Bedachtnahme auf § 1409a ABGB und der Haftung des Erwerbers nach § 25 des Handelsgesetzbuches für die Zeit von höchstens zwölf Monaten vom Tag des Erwerbes zurückgerechnet. Im Fall einer Anfrage beim Versicherungsträger haftet er jedoch nur mit dem Betrag, der ihm als Rückstand ausgewiesen worden ist.*

Auch gem § 38 Abs 2 BSVG haftet der Erwerber eines Betriebes – unbeschadet der fortdauernden Haftung des Vorgängers – für rückständige Sozialversicherungsbeiträge des Vorgängers für die Zeit von höchstens 12 Monaten, vom Tag des Erwerbes zurückgerechnet. Im Fall einer Anfrage beim Versicherungsträger haftet er jedoch nur mit dem Betrag, der ihm als Rückstand ausgewiesen worden ist.

#### **G. § 25 a BUAG**

*§ 25a. (1) Wird ein Betrieb übereignet, so haftet der Erwerber für Zuschläge, die sein Vorgänger zu zahlen gehabt hätte, unbeschadet der fortdauernden Haftung des Vorgängers sowie der Haftung des Betriebsnachfolgers nach § 1409 ABGB unter Bedachtnahme auf § 1409a ABGB und der Haftung des Erwerbers nach § 25 des Handelsgesetzbuches für die Zeit von höchstens zwölf Monaten vom Tag des Erwerbes zurückgerechnet. Im Fall einer Anfrage bei der Urlaubs- und Abfertigungskasse haftet er jedoch nur mit dem Betrag, der ihm als Rückstand ausgewiesen worden ist. Leistet der Betriebsnachfolger der Aufforderung der Urlaubs- und Abfertigungskasse, den Rückstand seines Vorgängers binnen 14 Tagen zu bezahlen, nicht Folge, so hat die Urlaubs- und Abfertigungskasse einen Rückstandsausweis auszufertigen. § 25 Abs. 3 bis 8 gilt sinngemäß.*

*(2) Abs. 1 gilt nicht bei einem Erwerb im Zuge eines Vollstreckungsverfahrens, bei einem Erwerb aus einer Insolvenzmasse oder im Wege der Überwachung der Schuldner durch Treuhänder der Gläubiger.*

*(3) Geht der Betrieb auf*

- 1. einen Angehörigen des Betriebsvorgängers gemäß Abs. 4,*
- 2. eine am Betrieb des Vorgängers wesentlich beteiligte Person gemäß Abs. 5 oder*
- 3. eine Person mit wesentlichem Einfluss auf die Geschäftsführung des Betriebsvorgängers (zB Geschäftsführer, leitender Angestellter, Prokurist) über, so haftet dieser Betriebsnachfolger ohne Rücksicht auf das dem Betriebsübergang zugrunde liegende Rechtsgeschäft wie ein Erwerber gemäß Abs. 1, solange er nicht nachweist, dass er die Zuschlagsschulden nicht kannte bzw. trotz seiner Stellung im Betrieb des Vorgängers nicht kennen konnte.*

*(4) Angehörige gemäß Abs. 3 Z 1 sind:*

- 1. der Ehegatte oder der eingetragene Partner;*
- 2. die Verwandten in gerader Linie und die Verwandten zweiten und dritten Grades in der Seitenlinie, und zwar auch dann, wenn die Verwandtschaft auf einer unehelichen Geburt beruht;*
- 3. die Verschwägerten in gerader Linie und die Verschwägerten zweiten Grades in der Seitenlinie, und zwar auch dann, wenn die Schwägerschaft auf einer unehelichen Geburt beruht;*
- 4. die Wahl(Pflege)eltern und die Wahl(Pflege)kinder;*
- 5. der Lebensgefährte;*
- 6. unbeschadet der Z 2 die in § 32 Abs. 2 der Insolvenzordnung (IO), RGBl. Nr. 337/1914, genannten Personen.*

*(5) Eine Person ist an einem Betrieb wesentlich beteiligt, wenn sie zu mehr als einem Viertel Anteil am Betriebskapital hat. Bei der Beurteilung des Anteiles am Betriebskapital ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Die §§ 22 bis 24 der Bundesabgabenordnung sind sinngemäß anzuwenden.*

*(6) Stehen Wirtschaftsgüter, die einem Betrieb dienen, nicht im Eigentum des Betriebsinhabers, sondern im Eigentum einer der im Abs. 4 genannten Personen, so haftet der Eigentümer der Wirtschaftsgüter mit diesen Gütern für die Zuschläge, solange er nicht nachweist, dass er die Zuschlagsschulden nicht kannte bzw. trotz seiner Stellung im Betrieb nicht kennen konnte.*

*(7) Die zur Vertretung juristischer Personen oder Personenhandelsgesellschaften berufenen Personen und die gesetzlichen Vertreter natürlicher Personen haften im Rahmen ihrer Vertretungsmacht neben den durch sie vertretenen Zuschlagsschuldnern für die von diesen zu entrichtenden Zuschläge insoweit, als die Zuschläge infolge schuldhafter Verletzung der den Vertretern auferlegten Pflichten nicht eingebracht werden können. Vermögensverwalter haften, soweit ihre Verwaltung reicht, entsprechend. § 25 Abs. 3 bis 8 gilt sinngemäß.*

§ 25 a BUAG normiert eine der Haftung des Betriebserwerbers nach § 67 Abs 4 ASVG nachgebildete Haftungsvorschrift für die Zuschläge zur Bauarbeiter-, Urlaubs- und Abfertigungskasse.

**H. § 14 BAO**

*§ 14. (1) Wird ein Unternehmen oder ein im Rahmen eines Unternehmens gesondert geführter Betrieb im Ganzen übereignet, so haftet der Erwerber*

- a) für Abgaben, bei denen die Abgabepflicht sich auf den Betrieb des Unternehmens gründet, soweit die Abgaben auf die Zeit seit dem Beginn des letzten, vor der Übereignung liegenden Kalenderjahres entfallen;*
- b) für Steuerabzugsbeträge, die seit dem Beginn des letzten, vor der Übereignung liegenden Kalenderjahres abzuführen waren.*

*Dies gilt nur insoweit, als der Erwerber im Zeitpunkt der Übereignung die in Betracht kommenden Schulden kannte oder kennen musste und insoweit, als er an solchen Abgabenschuldigkeiten nicht schon so viel entrichtet hat, wie der Wert der übertragenen Gegenstände und Rechte (Besitzposten) ohne Abzug übernommener Schulden beträgt.*

*(2) Die Bestimmungen des Abs. 1 gelten nicht bei einem Erwerb im Zuge eines Vollstreckungsverfahrens, bei einem Erwerb aus einer Insolvenzmasse im Sinne des § 2 Abs 2 der Insolvenzordnung (IO) oder bei einem Erwerb während der Überwachung durch eine im Sanierungsplan bezeichnete Person als Treuhänder der Gläubiger (§§ 157 bis 157f IO).*

§ 14 BAO ordnet eine mit § 1409 ABGB vergleichbare Haftung des Erwerbers eines Unternehmens für Abgabenverbindlichkeiten vor. Die Regelung betrifft die Haftung des Erwerbers eines Unternehmens oder eines im Rahmen eines Unternehmens gesondert geführten Betriebes für die betriebsbezogene Abgabenschuld, soweit die Abgaben auf die Zeit seit dem Beginn des letzten, vor der Übereignung liegenden Kalenderjahres entfallen.

Die Haftung nach § 14 BAO ist eine persönliche Haftung iSd § 7 BAO.<sup>1043</sup> Übereignung des Unternehmens im Ganzen bzw Veräußerung des ganzen Betriebes liegen vor, wenn der Erwerber ein lebendes bzw lebensfähiges Unternehmen übernimmt; dabei müssen allerdings nicht alle zum Unternehmen gehörigen Wirtschaftsgüter übereignet werden, sondern nur jene, die die wesentliche Grundlage des Unternehmens bilden und den Erwerber in die Lage versetzen, das Unternehmen fortzuführen. Dabei ist die Frage, welche Wirtschaftsgüter die wesentliche Grundlage des Unternehmens bilden, in funktionaler Betrachtungsweise nach dem jeweiligen Betriebstypus<sup>1044</sup> zu beantworten.<sup>1045</sup> Nicht entscheidend ist im gegebenen Zusammenhang, ob der Veräußerer auf Grund seiner angespannten finanziellen Situation in der Lage gewesen wäre, den Betrieb fortzuführen. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob der Erwerber bereit ist, den erworbenen Betrieb unverändert fortzuführen, wenn die insgesamt erworbenen Wirtschaftsgüter objektiv die Fortführung des Betriebes ermöglichen.<sup>1046</sup>

<sup>1043</sup> Siehe dazu VwGH 96/14/0023.

<sup>1044</sup> zB ortsgebundene Tätigkeit, kundengebundene Tätigkeit, Produktionsunternehmen usw.

<sup>1045</sup> VwGH 94/15/0025.

<sup>1046</sup> Siehe statt vieler VwGH 2007/15/0100.

Die Haftung treffe den Erwerber nur insoweit, als er im Zeitpunkt der Übereignung die in Betracht kommenden Schulden kannte oder kennen musste und er an solchen Abgabenschuldigkeiten nicht schon so viel entrichtet hat, wie der Wert der übertragenden Gegenstände und Rechte ohne Abzug übernommener Schulden beträgt. Die Regelung gilt nicht bei einem Erwerb aus einer Konkursmasse oder im Zuge eines Zwangsvollstreckungsverfahrens, eines Ausgleichs oder der Schuldüberwachung.<sup>1047</sup> Der Übernehmer kann allerdings gegenüber diesen bevorrechteten Gläubigern nicht einwenden, dass die Haftungssumme gemäß § 1409 ABGB erreicht ist. Umgekehrt kann er sich nach der Bezahlung rückständiger Sozialversicherungsbeiträge oder Abgaben gegenüber sonstigen Gläubigern auf die Haftungsbeschränkung des § 1409 ABGB berufen.<sup>1048</sup>

## I. § 15 BAO

*§ 15. (1) Personen, die als Erben, Kuratoren, Liquidatoren oder sonst bei Wegfall eines Abgabepflichtigen zur Verwaltung seines Vermögens berufen sind und erkennen, dass Erklärungen, die der Abgabepflichtige zur Festsetzung von Abgaben abzugeben hatte, unrichtig oder unvollständig sind oder dass es der Abgabepflichtige pflichtwidrig unterlassen hat, solche Erklärungen abzugeben, haften für die vorenthaltenen Abgabenbeträge wenn sie den erkannten Verstoß nicht binnen drei Monaten, vom Zeitpunkt der Kenntnis an gerechnet, der Abgabenbehörde erster Instanz anzeigen.*

*(2) Abs. 1 gilt sinngemäß für die Erwerber von Unternehmen, auf deren Betrieb sich eine Abgabepflicht gründet, sowie bei einem Wechsel in der Person des gesetzlichen Vertreters.*

*(3) Trifft die Verpflichtung zur Anzeige gemäß Abs. 1 oder 2 mehrere Personen, so bewirkt die rechtzeitige Erstattung der Anzeige durch eine dieser Personen das Erlöschen der Haftung für alle Anzeigepflichtigen.*

Erben, Kuratoren, Liquidatoren und Vermögensverwalter, die unrichtige, unvollständige oder pflichtwidrig unterlassene Erklärungen des weggefallenen (verstorbenen, liquidierten) Abgabepflichtigen erkennen, haften für die vorenthaltenen Abgabenbeträge, wenn sie den erkannten Verstoß nicht binnen drei Monaten ab Kenntnisnahme dem (zuständigen) Finanzamt anzeigen.

Erben haften nur insoweit, als sie als Gesamtrechtsnachfolger die Abgabenschuld nicht ohnedies selbst verantworten. Unter „Kuratoren“ fallen zB Verlassenschafts- und Abwesenheitskuratoren. Masseverwalter sind von einer Haftung nach § 15 BAO nicht

<sup>1047</sup> Krejci, Handelsrecht<sup>3</sup>, 138.

<sup>1048</sup> Rummel in Tomandl, Betriebs(teil)übergang 101 Fn 33; diesem folgend Ertl in Rummel<sup>3</sup>, § 1409 Rz 9.

betroffen, da sie einerseits in der Aufzählung in § 15 BAO nicht erwähnt werden und andererseits der Steuerpflichtige durch den Konkurs nicht „wegfällt“, sondern zum Gemeinschuldner wird. Liquidatoren sind zB die Abwickler gem § 206 AktG<sup>1049</sup> und gem § 89 GmbHG.<sup>1050</sup>

Ein Verschulden des Abgabepflichtigen wird nicht vorausgesetzt; der Abgabenbehörde obliege aber der Nachweis des Erkennens auf Seite der persönlich unbeschränkt haftenden Person.<sup>1051</sup>

Diese Haftung gilt auch für Erwerber von Unternehmen und bei einem Wechsel des gesetzlichen Vertreters (§ 15 Abs 2 BAO).

## J. § 16 BAO

*§ 16. Stehen Wirtschaftsgüter, die einem gewerblichen oder einem land- und forstwirtschaftlichen Unternehmen dienen, nicht im Eigentum des Unternehmers, sondern im Eigentum einer an der Körperschaft wesentlich beteiligten Person, so haftet der Eigentümer der Wirtschaftsgüter mit diesen Gütern für die Abgaben, bei denen sich die Abgabepflicht auf den Betrieb des Unternehmens gründet. Eine Person gilt als wesentlich beteiligt, wenn sie zu mehr als einem Viertel am Kapital der Körperschaft beteiligt ist.*

Wenn in einem gewerblichen oder land- und forstwirtschaftlichen Unternehmen Wirtschaftsgüter nicht im (zivilrechtlichen) Eigentum des Unternehmers oder

<sup>1049</sup> § 206 AktG: „(1) Die Abwicklung besorgen die Vorstandsmitglieder als Abwickler, wenn nicht die Satzung oder ein Beschluss der Hauptversammlung andere Personen bestellt. Auch eine juristische Person kann zum Abwickler bestellt werden. (2) Auf Antrag des Aufsichtsrats oder einer Minderheit von Aktionären, deren Anteile zusammen fünf vom Hundert des Grundkapitals erreichen, hat das Gericht aus wichtigem Grund die Abwickler zu bestellen und abzurufen. Die Aktionäre haben glaubhaft zu machen, dass sie seit mindestens drei Monaten Inhaber der Aktien sind; zur Glaubhaftmachung genügt eine eidesstattliche Versicherung vor einem Notar. Abwickler, die nicht vom Gericht bestellt sind, kann die Hauptversammlung jederzeit abberufen. Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag werden hiedurch nicht berührt.“

<sup>1050</sup> § 89 GmbHG: „(1) Der Auflösung der Gesellschaft hat, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, die Liquidation zu folgen. (2) Als Liquidatoren treten die Geschäftsführer ein, wenn nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Beschluß der Gesellschafter eine oder mehrere andere Personen dazu bestellt werden. Doch kann das Handelsgericht auch außer dem Falle des § 88 Abs. 3 auf Antrag des Aufsichtsrates oder auf Antrag von Gesellschaftern, deren Stammeinlagen den zehnten Teil des Stammkapitals oder den Nennbetrag von 700 000 Euro oder eine im Gesellschaftsvertrag festgelegte geringere Höhe erreichen, aus wichtigen Gründen neben diesen oder an deren Stelle andere Liquidatoren ernennen. (3) Gerichtlich ernannte Liquidatoren können aus wichtigen Gründen durch das Gericht, Liquidatoren, die nicht von dem Gerichte ernannt sind, durch Beschluß der Gesellschafter und unter den Voraussetzungen des Absatzes 2 auch durch das Gericht jederzeit abberufen werden. (4) Die ersten Liquidatoren sowie ihre Vertretungsbefugnis, jeder Wechsel der Liquidatoren und jede Änderung ihrer Vertretungsbefugnis sind durch die Liquidatoren zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden. Der Anmeldung sind die Urkunden über die Bestellung oder Abberufung sowie über die Vertretungsbefugnis in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift für das Gericht des Sitzes der Gesellschaft beizufügen. Die Eintragung der gerichtlichen Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren in das Firmenbuch erfolgt von Amts wegen. (5) Das in § 24 für die Geschäftsführer ausgesprochene Verbot findet auf die Liquidatoren keine Anwendung.“

<sup>1051</sup> Tanzer/Unger, BAO 2007<sup>2</sup>, 3g.

Mitunternehmers, sondern im Eigentum von wesentlich an der Körperschaft Beteiligten stehen, dann haftet der Eigentümer „mit“ den überlassenen Gütern für betriebliche Abgaben (persönliche Haftung cum viribus). Eine wesentliche Beteiligung ist bei einer Beteiligung über 25% anzunehmen.<sup>1052</sup>

Es ist grundsätzlich strittig, ob hier eine Sachhaftung oder eine persönliche Haftung mit bestimmten Wirtschaftsgütern, die dem Unternehmen nicht nur vorübergehend überlassen sind, sondern überwiegend dem Unternehmenszweck entsprechend benutzt und eingesetzt werden, vorliegt.<sup>1053</sup> Unter anderem wird auch die Meinung vertreten eine persönliche Haftung anzunehmen, bei welcher schließlich auch die haftungsbefangenen Wirtschaftsgüter im Haftungsbescheid anzuführen sind.<sup>1054</sup>

Die Widmung muss jedenfalls im Zeitpunkt des Entstehens des Abgabenanspruches bestanden haben. Die Haftung betrifft nur jene Abgaben, bei denen sich die Abgabepflicht auf den Betrieb des Unternehmens gründet, so zumal USt, Verbrauchsteuern, nicht aber KöSt und ESt.<sup>1055</sup>

#### IV. Gesetzlicher Vertragseintritt

Der Gesetzgeber erleichtert dem Unternehmenserwerber allein schon aufgrund der zahlreichen Verfügungsgeschäfte beim singularsukzessiven Erwerb eines Unternehmens in einzelnen Einzelrechtsnachfolgetatbeständen den Eintritt in Vertragsverhältnisse, indem er einen gesetzlichen Vertragseintritt anordnet.<sup>1056</sup> In den Fällen des gesetzlich angeordneten Vertragseintritts entfaltet der Unternehmenserwerb durch Einzelrechtsnachfolge insoweit „gesamtrechtsnachfolgeähnliche“ Wirkung, als die Zustimmung des Dritten zum Eintritt des Unternehmenserwerbers in das Schuldverhältnis entfällt.<sup>1057</sup>

#### A. §§ 3, 6 AVRAG

In Erfüllung der Betriebsübergangs-RL der EU<sup>1058</sup> hat der österreichische Gesetzgeber die §§ 3 bis 6 AVRAG geschaffen.

---

<sup>1052</sup> Siehe § 22 Abs 2 EStG [Auszug]: „Eine Person ist dann wesentlich beteiligt, wenn ihr Anteil am Grund- oder Stammkapital der Gesellschaft mehr als 25% beträgt.“

<sup>1053</sup> Siehe Nachweise in Tanzer/Unger, BAO 2007<sup>2</sup>, 3g.

<sup>1054</sup> vgl auch VwGH 1604/64.

<sup>1055</sup> Tanzer/Unger, BAO 2007<sup>2</sup>, 3g; OGH 5Ob262/66.

<sup>1056</sup> Beispielsweise für Arbeitsverträge, Mietverträge, ua.

<sup>1057</sup> Krejci, Handelsrecht<sup>3</sup>, 101.

<sup>1058</sup> RL 2001/23/EG.

## 1. § 3 AVRAG

*§ 3. (1) Geht ein Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil auf einen anderen Inhaber über (Betriebsübergang), so tritt dieser als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Überganges bestehenden Arbeitsverhältnisse ein.*

*(2) Abs. 1 gilt nicht im Fall eines Sanierungsverfahrens ohne Eigenverwaltung oder eines Konkursverfahrens des Veräußerers.*

*(3) Bei Betriebsübergang nach Abs. 1 bleiben die Arbeitsbedingungen aufrecht, es sei denn, aus den Bestimmungen über den Wechsel der Kollektivvertragsangehörigkeit (§ 4), die betrieblichen Pensionszusagen (§ 5) und die Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen (§§ 31 und 32 des Arbeitsverfassungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1974) ergibt sich anderes. Der Erwerber hat dem Arbeitnehmer jede auf Grund des Betriebsüberganges erfolgte Änderung der Arbeitsbedingungen unverzüglich mitzuteilen.*

*(4) Der Arbeitnehmer kann dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen, wenn der Erwerber den kollektivvertraglichen Bestandschutz (§ 4) oder die betrieblichen Pensionszusagen (§ 5) nicht übernimmt. Der Widerspruch hat innerhalb eines Monats ab Ablehnung der Übernahme oder bei Nichtäußerung des Erwerbers zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges innerhalb eines Monats nach Ablauf einer vom Arbeitnehmer gesetzten angemessenen Frist zur Äußerung zu erfolgen. Widerspricht der Arbeitnehmer, so bleibt sein Arbeitsverhältnis zum Veräußerer unverändert aufrecht.*

*(5) Werden durch den nach Betriebsübergang anzuwendenden Kollektivvertrag oder die nach Betriebsübergang anzuwendenden Betriebsvereinbarungen Arbeitsbedingungen wesentlich verschlechtert, so kann der Arbeitnehmer innerhalb eines Monats ab dem Zeitpunkt, ab dem er die Verschlechterung erkannte oder erkennen musste, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen oder der kollektivvertraglichen Kündigungsfristen und -termine lösen. Dem Arbeitnehmer stehen die zum Zeitpunkt einer solchen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gebührenden Ansprüche wie bei einer Arbeitgeberkündigung zu.*

*(6) Der Arbeitnehmer kann innerhalb eines Monats ab Kenntnis der Änderungen seiner Arbeitsbedingungen im Sinne des Abs. 5 auf Feststellung der wesentlichen Verschlechterung der Arbeitsbedingungen klagen. Ebenso kann ein Feststellungsverfahren nach § 54 des Arbeits- und Sozialgerichtsgesetzes, BGBl. Nr. 104/1985, innerhalb eines Monats ab Kenntnis der Änderungen der Arbeitsbedingungen eingeleitet werden. Hat das Gericht eine wesentliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen festgestellt, kann der Arbeitnehmer innerhalb eines Monats ab Rechtskraft des Urteils das Arbeitsverhältnis nach Abs. 5 auflösen.*

§ 3 AVRAG ordnet im Falle der Übertragung des Unternehmens auf einen anderen Rechtsträger den ex-lege-Übergang aller Rechte und Pflichten aus Arbeitsverhältnissen auf den Erwerber an.<sup>1059</sup> Das AVRAG selbst enthält keine Definition des Betriebsüberganges, Leitlinie ist daher die Definition der Betriebsübergangs-RL sowie die Judikatur des EuGH. Im

<sup>1059</sup> Zum europarechtlichen Hintergrund siehe Wagnest, Haftung 20 ff.

Gegensatz zu § 1409 ABGB genüge dafür der rein faktische Übergang der Leitungsmacht, ohne dass es deshalb zu einem Eigentümerwechsel kommen müsse.<sup>1060</sup> Entscheidend sei somit, ob die Identität der übergehenden wirtschaftlichen Einheit gewahrt bleibt<sup>1061</sup> und dieses vom Übernehmer unter Übernahme der Betriebsmittel und wesentlicher Teile der Belegschaft bei gleichbleibender Geschäftstätigkeit unter Übernahme des Kundenstocks fortgeführt wird.<sup>1062</sup> Ob ein Betriebsübergang vorliegt, ist daher auf Grund der tatsächlichen Umstände zu beurteilen, wie etwa der Übernahme der materiellen und immateriellen Aktiva und des Großteils der Belegschaft, des Übergangs der Kundschaft, des Grads der Ähnlichkeit zwischen der vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit und der Dauer einer eventuellen Einstellung dieser Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Übergang.<sup>1063</sup>

Es muss jedenfalls eine vertragliche Übertragung vorliegen, wobei aber kein unmittelbarer Übertragungsakt zwischen altem und neuem Arbeitgeber erforderlich sei. Ein Übergang liege deshalb auch bei der Vereinbarung obligatorischer oder dinglicher Nutzungsrechte vor, wie etwa Pachtverträgen<sup>1064</sup> oder der Gewährung eines Fruchtgenussrechts. Ebenso könne ein Betriebsübergang bei Neuvergabe einer Subvention an einen anderen Verein vorliegen.<sup>1065</sup>

Kündigungen aus dem Grund eines Betriebsüberganges sind nichtig, es sei denn, sie wären durch nicht im Betriebsübergang gelegene Gründe gerechtfertigt.<sup>1066</sup> Derartige Kündigungen sollen im Wesentlichen nur dazu dienen, die grundsätzlich nur relativ zwingenden Bestimmungen des AVRAG zu unterlaufen und sind gem § 879 ABGB unwirksam, weil es sich um ein Umgehungsgeschäft handle.<sup>1067</sup>

<sup>1060</sup> RdW 2000, 168; siehe *Dittrich/Tades*, Arbeitsrecht, § 3 AVRAG E 20ff.

<sup>1061</sup> zB EuGH Rs Süzen; *Kirschbaum*, DRdA 1997, 305

<sup>1062</sup> SZ 72/180 mit umfangreichen Nw zur Diskussion; RdW 2000, 168; siehe auch *Krejci*, Betriebsübergang, 8 ff.

<sup>1063</sup> ZIK 1996/57 = RdW 1996, 71 mit Anm = ZfRV 1996, 120 = ecolex 1996, 191 = JBl 1996, 262 = SZ 68/187; OGH Arb 11.788 = RdW 1999, 220 = DRdA 1999, 269 mit Besprechung von *Wachter*; OGH RdW 2000, 168; OGH RdW 2000, 169; LG Linz Arb 11.543; LG Wiener Neustadt Arb 11.882.

<sup>1064</sup> Siehe EuGH Slg 1988, 739 *Daddy's Dance Hall*; OGH Arb 11.788 = RdW 1999, 220 = DRdA 1999, 269 mit Besprechung von *Wachter*; siehe hiezu auch den Erl des BMF vom 8. 8. 1997 RdW 1997, 637.

<sup>1065</sup> *Reissner*, DRdA 2000, 508.

<sup>1066</sup> zB mangelnde Arbeitsleistung des Arbeitnehmers oder Fälle einer Umstrukturierung.

<sup>1067</sup> *Dittrich/Tades*, Arbeitsrecht, § 3 AVRAG E 29; OGH ZIK 1996/57 = RdW 1996, 71 mit Anm = ZfRV 1996, 120 = ecolex 1996, 191 = JBl 1996, 262 = SZ 68/187; OGH wbl 1996, 404 = ecolex 1996, 697 = Arb 11.483 = DRdA 1996, 513 mit Besprechung von *Gahleitner* = ZAS 1997, 51 mit Besprechung von *Geist*; OGH 28. 8. 1997 Arb 11.641 = JBl 1998, 129 = ZAS 1998, 143 mit Besprechung von *Winkler* = DRdA 1998, 142 mit Besprechung von *Dirschmied* und 284 mit Besprechung von *Wagnest* = SZ 70/171; OGH Arb 11.734 = DRdA 1999, 209 mit Besprechung von *Gahleitner*; OGH Arb 11.789; OGH Arb 11.805 = DRdA 2000, 65 mit Besprechung von *K. Mayr*).

Die Arbeitnehmer könnten auf ihre Rechte, insbesondere auf den Kündigungsschutz, nicht wirksam verzichten. Der Übergang wirke unabhängig vom allenfalls gegenteiligen Willen des bisherigen und des neuen Inhabers ebenso wie des einzelnen Arbeitnehmers.<sup>1068</sup>

Dem Arbeitnehmer stehe es aber frei, mit dem Veräußerer zu vereinbaren, dass sein Arbeitsverhältnis nicht auf den Erwerber übergehe, und dadurch auf den in der RL und im AVRAG vorgesehenen Schutz freiwillig zu verzichten. Der Arbeitnehmer kann nämlich nicht verhalten sein, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt hat.<sup>1069</sup>

Die Arbeitsbedingungen im Verhältnis zum Erwerber bleiben gem § 3 Abs 3 AVRAG aufrecht, es sei denn, die Bestimmungen über den Wechsel der Kollektivvertragsangehörigkeit, der betrieblichen Pensionszusagen oder Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen ergeben anderes.<sup>1070</sup> Eine solche Änderung ist unverzüglich mitzuteilen. Der Arbeitnehmer hat im Falle der Nichtübernahme des kollektivvertraglichen Bestandschutzes oder betrieblicher Pensionszusagen durch den Erwerber die Möglichkeit zu widersprechen, wobei dann das Arbeitsverhältnis zum Veräußerer aufrecht bleibt. Ein besonderes Kündigungsrecht steht dann zu, wenn der Kollektivvertrag oder die Betriebsvereinbarungen, die nach dem Betriebsübergang anzuwenden sind, die Arbeitsbedingungen verschlechtern. Dem Arbeitnehmer gebühren in diesem Fall die gleichen Ansprüche wie bei einer Kündigung durch den Arbeitgeber. Ob der Arbeitnehmer darüber hinausgehend ein generelles Widerspruchsrecht gegen einen Betriebsübergang hat, sei strittig.<sup>1071</sup>

<sup>1068</sup> *Dittrich/Tades*, Arbeitsrecht, § 3 AVRAG E 44; OGH ZIK 1996/57 = RdW 1996, 71 mit Anm = ZfRV 1996, 120 = ecolex 1996, 191 = JBl 1996, 262 = SZ 68/187.

<sup>1069</sup> *Dittrich/Tades*, Arbeitsrecht, § 3 AVRAG E 45; OGH 12. 10. 1995 ZIK 1996/57 = RdW 1996, 71 mit Anm = ZfRV 1996, 120 = ecolex 1996, 191 = JBl 1996, 262 = SZ 68/187.

<sup>1070</sup> Siehe §§ 4, 5 AVRAG.

<sup>1071</sup> *MwN Binder*, AVRAG § 3 R 103ff.

## 2. § 6 AVRAG

*§ 6. (1) Sofern andere gesetzliche Regelungen oder Gläubigerschutzbestimmungen für den Arbeitnehmer nicht günstigeres bestimmen, haften für Verpflichtungen aus einem Arbeitsverhältnis zum Veräußerer, die vor dem Zeitpunkt des Übergangs begründet wurden, der Veräußerer und der Erwerber zur ungeteilten Hand, wobei hinsichtlich der Haftung des Erwerbers § 1409 ABGB anzuwenden ist. Dies gilt insbesondere für Leistungen aus betrieblichen Pensionszusagen des Veräußerers, die im Zeitpunkt des Betriebsüberganges bereits erbracht werden.*

*(2) Für Abfertigungsansprüche, die nach dem Betriebsübergang entstehen, haftet der Veräußerer fünf Jahre nach dem Betriebsübergang und nur mit jenem Betrag, der dem fiktiven Abfertigungsanspruch im Zeitpunkt des Betriebsübergangs entspricht. Für Ansprüche auf eine Betriebspension aus einem Leistungsfall nach dem Betriebsübergang haftet der Veräußerer fünf Jahre nach dem Betriebsübergang und nur mit jenem Betrag, der den im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Pensionsanswartschaften entspricht. Sofern zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs Rückstellungen gemäß § 211 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches für Abfertigungs- oder Pensionsanswartschaften mit der dafür nach § 14 Abs. 5 EStG oder § 11 BPG im gesetzlichen Ausmaß zu bildenden Wertpapierdeckung oder gleichwertige Sicherungsmittel auf den Erwerber übertragen werden, haftet der Veräußerer für die im ersten oder zweiten Satz genannten Beträge nur für eine allfällige Differenz zwischen dem Wert der übertragenen Sicherungsmittel und dem Wert der fiktiven Ansprüche jeweils zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs; diese Haftung endet ein Jahr nach dem Betriebsübergang. Der Veräußerer hat die betroffenen Arbeitnehmer von der Übertragung der Sicherungsmittel zu informieren. Der Erwerber hat die vom Veräußerer übertragene Wertpapierdeckung oder die Sicherungsmittel zumindest in dem in den beiden ersten Sätzen genannten Zeitraum in seinem Vermögen zu halten. Die Wertpapierdeckung oder die Sicherungsmittel dürfen während dieses Zeitraums nur zur Befriedigung von Abfertigungs- oder Betriebspensionsansprüchen der Arbeitnehmer vermindert werden. Die übertragene Wertpapierdeckung darf während dieses Zeitraums auf die Verpflichtung des Erwerbers nach § 14 Abs. 5 oder 7 EStG nicht angerechnet werden.*

*(3) Bei Spaltungen im Sinne des Spaltungsgesetzes, Art. XIII des EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetzes, BGBl. Nr. 304/1996, gilt als Veräußerer jene Gesellschaft, der die Verbindlichkeiten nach dem Spaltungsplan zuzuordnen sind.*

Der Übergang der Dienstverhältnisse auf den Übernehmer im Wege einer Vertragsübernahme wird durch § 6 AVRAG ergänzt, der zwingend die solidarische Haftung des Veräußerers und des Übernehmers für jene Verpflichtungen aus Arbeitsverhältnissen anordnet, die vor dem Betriebsübergang begründet wurden.<sup>1072</sup> Diese Haftungsregelung betreffe insbesondere Pensionszusagen und Abfertigungsansprüche in dem Umfang, als sie der Arbeitnehmer – zumindest als Anwartschaft<sup>1073</sup> – bis zum Übergang „erarbeitet“ habe.<sup>1074</sup>

<sup>1072</sup> Dazu näher Wagnest, Haftung 35 ff, sowie Burger, ASoK 2004, 269 ff.

<sup>1073</sup> ecolex 2004, 804.

<sup>1074</sup> Siehe dazu Rummel in Tomandl, Betriebs(teil)übergang, 99 ff.

Zu Beginn sei diese Haftung zeitlich nicht begrenzt gewesen, was zu einer „Endloshaftung“ des Veräußerers führte, sodass in der Lehre daher eine Enthftung des Veräußerers nach einer gewissen Zeitspanne gefordert wurde.<sup>1075</sup> Grund dafür sei gewesen, dass durch die zeitliche Distanz immer mehr der Zusammenhang mit dem ursprünglichen Unternehmensträger, welcher den Rückgriff rechtfertigen könnte, verschwinde. Zudem wurden auch verfassungsrechtliche Bedenken vorgetragen.<sup>1076</sup> Der Gesetzgeber hat der Kritik Rechnung getragen und die Haftung des Veräußerers in zeitlicher Hinsicht auf fünf Jahre und der Höhe nach auf jenen Betrag beschränkt, der dem fiktiven Anspruch im Zeitpunkt des Betriebsübergangs entspricht.

Eine richtlinienkonforme Interpretation ergibt, dass die Haftung des Erwerbers nur für Verpflichtungen aus Arbeitsverhältnissen, die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs nicht mehr aufrecht waren, auf den Umfang des § 1409 ABGB beschränkt ist.<sup>1077</sup> Dies betrifft insbesondere Leistungen aus betrieblichen Pensionszusagen des Veräußerers, wenn der Berechtigte diese bei Übertragung des Betriebes in Anspruch genommen hat.

### 2.1. Zur Anwendbarkeit im Konkurs des Unternehmens

Die Regelung, dass der Erwerber eines Unternehmens oder Betriebs(teils) als Arbeitgeber in die zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse eintritt, gilt nicht im Fall des Konkurses des Veräußerers. Eine Einschränkung dieser Ausnahme sei weder aus gemeinschaftsrechtlichen noch aus teleologischen Gründen geboten. Nur bei missbräuchlicher Inanspruchnahme eines Insolvenzverfahrens könne dem Gesetzgeber nicht zugesonnen werden, Arbeitnehmeransprüche, die sonst bei einem Betriebsübergang bestanden hätten, abschneiden zu wollen.<sup>1078</sup>

Sofern andere gesetzliche Regelungen oder Gläubigerschutzbestimmungen für den Arbeitnehmer nichts Günstigeres bestimmen, haften gem § 6 Abs 1 AVRAG für Verpflichtungen aus einem Arbeitsverhältnis zum Veräußerer, die vor dem Zeitpunkt des Überganges begründet wurden, der Veräußerer und der Erwerber zur ungeteilten Hand, wobei hinsichtlich der Haftung des Erwerbers § 1409 ABGB anzuwenden sei.<sup>1079</sup> Dies gelte insb für Leistungen aus betrieblichen Pensionszusagen des Veräußerers, die im Zeitpunkt des

---

<sup>1075</sup> Harrer, wbl 1994, 363 f; vgl auch Grillberger, wbl 1993, 315.

<sup>1076</sup> Mazal/Schrank, ecolex 1997, 587.

<sup>1077</sup> SZ 72/160; DRdA 2001/12, Gruber; SZ 74/106; Wagnest, Haftung 54 ff.

<sup>1078</sup> Siehe OGH 9 Ob A 106/06p, ZIK 2008,22 = EvBl 2008,444 (Reis) = ARD 5870/10/2008 = Reissner/Reckenzaun, ZIK 2008,80 = DRdA 2008,271 = wbl 2008,186/83 - wbl 2008/83 = Knell/Bach, ecolex 2008,450 = ZAS 2008,278 (Graf) = Arb 12.727.

<sup>1079</sup> SZ 72/180; OGH 9ObA213/99k; 8ObS91/00s; 8ObS187/00h; 8ObS273/00f; 9ObA45/03p; 8ObS204/02m; 8ObA40/05y; 8ObA64/07f; 9ObA106/06p; 9ObA123/08s.

Betriebsüberganges bereits erbracht wurden. Die Voraussetzung für die Anwendung einer solchen Erwerberhaftung sei, dass ein Betriebsübergang iSd § 3 Abs 1 AVRAG vorliegt.<sup>1080</sup>

Die Rsp<sup>1081</sup> hat mittlerweile geklärt, dass die Begrenzung der Haftung eines Erwerbers nach § 1409 ABGB auf solche Verpflichtungen zu beziehen ist, welche aus zum Zeitpunkt des Überganges nicht mehr bestehenden Arbeitsverhältnissen herrühren.

Geht gem § 3 Abs 1 AVRAG ein Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Überganges bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Gem Abs 2 gilt Abs 1 nicht im Fall des Konkurses des Veräußerers.

In diesem Zusammenhang sei der Blick auf die hier wesentliche Betriebsübergangs-RL gerichtet, deren Umsetzung das AVRAG unter anderem bezweckt. Die ursprüngliche RL 77/187/EWG kannte keine Ausnahme für in der Insolvenz erfolgte Betriebsübergänge. Dieser Umstand wurde in der Folge als korrekturbedürftig erkannt.<sup>1082</sup>

Konkret wurde daher mit Art 4a der RL 98/50/EG eine Ausnahmebestimmung für Insolvenzfälle geschaffen. Art 4a Absatz 1 lautet, und zwar wortgleich mit Art 5 Abs 1 der nunmehr geltenden Betriebsübergangs-RL 2001/23/EG:

*„Sofern die Mitgliedstaaten nichts anderes vorsehen, gelten die Art 3 und 4 nicht für Übergänge von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw Betriebsteilen, bei denen gegen den Veräußerer unter der Aufsicht einer zuständigen öffentlichen Stelle (worunter auch ein von einer zuständigen Behörde ermächtigter Insolvenzverwalter verstanden werden kann) ein Konkursverfahren oder ein entsprechendes Verfahren mit dem Ziel der Auflösung des Vermögens des Veräußerers eröffnet wurde.“*

Die Richtlinienkonformität des § 3 Abs 2 AVRAG ist in der österr Lehre umstritten; so wird von einem Teil aus den Entscheidungen<sup>1083</sup> die Tendenz abgeleitet, eine Ausnahme von der Erwerberhaftung sei dann nicht anzuerkennen, wenn das Unternehmen als solches erhalten bleibt, sodass auch § 3 Abs 2 AVRAG entsprechend restriktiv auszulegen sei. § 3 AVRAG sei grundsätzlich richtlinienkonform unter Heranziehung der Rsp des EuGH

<sup>1080</sup> Konecny, Unternehmenserwerb, ecolex 1993, 836 (838); Holzer/Reissner, AVRAG<sup>2</sup> § 6 Rz 19.

<sup>1081</sup> SZ 72/180; OGH 9ObA213/99k; 8ObS91/00s; 8ObS187/00h; 8ObS273/00f; 9ObA45/03p; 8ObS204/02m; 8ObA40/05y; 8ObA64/07f; 9ObA106/06p; 9ObA123/08s.

<sup>1082</sup> So heißt es in den Erwägungen zur Änderungsrichtlinie RL 98/50/EG:

*„Abs 3: Ziel der vorliegenden RL ist die Überarbeitung der RL 77/187/EWG unter Berücksichtigung der Auswirkungen des Binnenmarktes, der Tendenzen in der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Sanierung von Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten, der Rsp des EuGH ...*

*Abs 7: Im Hinblick auf die Sicherstellung des Überlebens zahlungsunfähiger Unternehmen ist den Mitgliedstaaten ausdrücklich zu gestatten, bei Übergängen im Rahmen eines Liquidationsverfahrens die Art 3 und 4 der RL 77/187/EWG nicht anzuwenden.“*

<sup>1083</sup> Urso C-362/89 und Dethier C-319/94.

auszulegen.<sup>1084</sup> Eine richtlinienkonforme Interpretation könne jedoch nur dann zur Anwendung kommen, wenn das nationale Recht dem Rechtsanwender einen Spielraum einräume, welche durch die nationalen Auslegungsregeln begrenzt werde. Daraus folge, dass einer nach Wortlaut und Sinn eindeutigen nationalen Regelung im Wege der richtlinienkonformen Interpretation kein entgegengesetzter Sinn verliehen werden dürfe. Richtlinienkonforme Interpretation dürfe somit den normativen Gehalt der nationalen Regelung nicht grundlegend neu bestimmen.<sup>1085</sup> Der klare Wortlaut des § 3 Abs 2 AVRAG<sup>1086</sup>, der „im Falle des Konkurses des Veräußerers“ sämtliche Übergangsarten des § 3 Abs 1 AVRAG einschließt, gebe keinen Spielraum zu einer flexiblen Auslegung.<sup>1087</sup> Das Fehlen eines solchen Interpretationsspielraumes erkennen auch jene Autoren, die meinen, dass die Richtlinienkonformität des § 3 Abs 2 AVRAG durch eine teleologische Reduktion herbeigeführt werden müsse.<sup>1088</sup> Diese Lehre<sup>1089</sup> will den Anwendungsbereich des § 3 Abs 2 AVRAG auf unternehmensauflösende Konkursverfahren einengen, sodass die Betriebsübernahme durch eine Auffanggesellschaft zum Arbeitsvertragseintritt nach § 3 Abs 1 AVRAG bzw zum Haftungsbeitritt nach § 6 Abs 1 AVRAG führen würde. Andere<sup>1090</sup> vertreten die Auffassung, dass die Ausnahme des § 3 Abs 2 AVRAG auch ohne Zerschlagung, ja sogar bei Sanierung des Unternehmens, anzuwenden sei. *Holzer/Reissner*<sup>1091</sup> lehren, dass die eigentliche Motivation für die Ausnahmebestimmung des § 3 Abs 2 AVRAG jedenfalls darin gesehen werden müsse, dass das hohe Schutzniveau der Eintrittsautomatik im Insolvenzverfahren zu kontraproduktiven Auswirkungen führe, wenn eine Fortführung und Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern so kostspielig gemacht wird, dass als Ausweg nur mehr die Liquidation bzw Zerstörung sanierbarer wirtschaftlicher Substanz möglich erscheint, wodurch dem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmerseite erst recht nicht entsprochen werde.

Die teleologische Reduktion einer gesetzlichen Regelung erfordert den klaren Nachweis des Gesetzeszweckes, an dem sich die (letztlich den Gesetzeswortlaut korrigierende) Auslegung orientieren soll.<sup>1092</sup> Wie in der Literatur mehrfach aufgezeigt wurde, ist aus der „nicht ganz zufriedenstellenden“<sup>1093</sup>, „in sich höchst unstimmigen“<sup>1094</sup> und

<sup>1084</sup> Stellvertretend für viele: 9 ObA 140/99z.

<sup>1085</sup> SZ 73/131; 8 Obs 13/05b; RIS-Justiz RS0114158.

<sup>1086</sup> *Nadler*, Unternehmensverkauf durch den Masseverwalter 177.

<sup>1087</sup> *Grießer*, RdW 1998, 617 f.

<sup>1088</sup> *Binder*, AVRAG § 3 Rz 71, § 6 Rz 30

<sup>1089</sup> zB *Binder*, AVRAG § 3 Rz 71, § 6 Rz 30; *Jöst* in *Mazal/Risak*, Arbeitsrecht II, XIV. „Der Betriebsübergang“ Rz 33.

<sup>1090</sup> *Weber*, wbl 1998, 518 f; *ders*, EuZW 1998, 583 f; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlage*, Krisenmanagement, 406; *Rebhahn*, JBl 1999, 621 f, 710 f.

<sup>1091</sup> *Holzer/Reissner*, AVRAG<sup>2</sup> § 3 Rz 40.

<sup>1092</sup> RIS-Justiz RS0106113.

<sup>1093</sup> So *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG 194.

„missverständlichen“<sup>1095</sup> Begründung in den Materialien zu § 3 Abs 2 AVRAG<sup>1096</sup> nicht der Schluss zu ziehen, dass der Gesetzgeber im Rahmen einer „Überregelung“ mit der genannten Vorschrift Fälle erfasst und Folgen herbeigeführt hätte, die von ihm nicht erkannt oder bedacht worden wären, und dass er trotz des weitergehenden Wortlautes nur die Zerschlagung des Unternehmens bzw die Auflösung des überschuldeten Unternehmens oder Betriebes im Auge gehabt hätte. Nicht erst mit dem IRÄG 1997<sup>1097</sup>, sondern schon mit dem IRÄG 1982 verfolgte der Gesetzgeber vornehmlich das Ziel einer Unternehmenssanierung und – fortführung.<sup>1098</sup> Es sei somit dem Gesetzgeber, der trotz Insolvenz des Inhabers eine klare Präferenz für die Fortführung des Unternehmens zum Ausdruck gebracht habe, nicht zu unterstellen, dass er diese Absicht durch eine Einschränkung der Anwendung des § 3 Abs 2 AVRAG auf unternehmenszerschlagende Insolvenzen wieder zunichte machen wollte.<sup>1099</sup> Eine derartige teleologische Reduktion des § 3 Abs 2 AVRAG erscheine nicht zulässig. Vielmehr sei davon auszugehen, dass der österreichische Gesetzgeber in § 3 Abs 2 AVRAG festgelegt hat, dass im Fall der Veräußerung auch eines ganzen Unternehmens im Konkurs § 3 Abs 1 AVRAG nicht zur Anwendung gelange.<sup>1100</sup> Aber auch aus neuerer Jud ist nichts Gegenteiliges zu gewinnen: Eine Entscheidung des OGH<sup>1101</sup> betraf keine Übernahme im Konkurs, sondern eine vor Konkurseröffnung erfolgte Übernahme; in einer weiteren Entscheidung<sup>1102</sup> wurde ausgeführt, dass die Kündigungsschutzbestimmungen des ArbVG zu Gunsten der Belegschaftsvertreter<sup>1103</sup> unabhängig von § 3 Abs 2 AVRAG und dessen Auslegung erhalten bleiben.

Liegt somit infolge Konkurserwerbs kein Betriebsübergang mit den Folgen des § 3 Abs 1 AVRAG vor<sup>1104</sup>, fehlt es auch an der Anwendungsvoraussetzung für § 6 AVRAG.<sup>1105</sup>

Dem Gesetzgeber könne nicht unterstellt werden, mit der Bestimmung des § 3 Abs 2 AVRAG die missbräuchliche Inanspruchnahme eines Insolvenzverfahrens sanktionieren und

---

<sup>1094</sup> *Rechberger in Tomandl*, Betriebs-(Teil-)übergang, 58.

<sup>1095</sup> *Weber*, Arbeitsverhältnisse im Insolvenzverfahren, 189.

<sup>1096</sup> ErläutRV 1077 BlgNR 23. GP.

<sup>1097</sup> Insb § 114a KO; siehe hiezu *Riel*, AnwBl 1997, 891.

<sup>1098</sup> *Gahleitner*, DRdA 2003, 583 f; *Weinhäupl*, Betriebs-, Betriebsteil- bzw Unternehmensübergang und Insolvenz 78; *Rechberger in Tomandl*, Betriebs-(Teil-) übergang; *Konecny*, ecolex 1993, 838 auch 836; *Riel in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 114a KO Rz 2 f.

<sup>1099</sup> So OGH 9 Ob A 106/06p, ZIK 2008,22 = EvBl 2008,444 (*Reis*) = ARD 5870/10/2008 = *Reissner/Reckenzaun*, ZIK 2008,80 = DRdA 2008,271 = wbl 2008,186/83 - wbl 2008/83 = *Knell/Bach*, ecolex 2008,450 = ZAS 2008,278 (*Graf*) = Arb 12.727

<sup>1100</sup> *Grillberger*, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis, 305 f; *Konecny*, ecolex 1993; *Rechberger in Tomandl*, Betriebs-(Teil-)übergang, 59; *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung 194; *Nadler*, Unternehmensverkauf 178 f ua.

<sup>1101</sup> 8 ObA 63/04d.

<sup>1102</sup> 8 ObA 7/05w.

<sup>1103</sup> Siehe §§ 120 f ArbVG.

<sup>1104</sup> Siehe 8 ObS 22/01w.

<sup>1105</sup> *Konecny*, ecolex 1993, 838 ua.

damit Arbeitnehmeransprüche, die sonst bei einem Betriebsübergang bestanden hätten, abschneiden zu wollen. Nicht zuletzt die Tatbestände des § 156 StGB<sup>1106</sup> und des § 159 StGB<sup>1107</sup> lassen erkennen, dass der Staat vorsätzliches und grob fahrlässiges Herbeiführen einer Insolvenz als verpönt ansieht.

## B. Mietverträge

### 1. Vollanwendungsbereich des MRG

#### 1.1. § 12a MRG

**§ 12a.** (1) Veräußert der Hauptmieter einer Geschäftsräumlichkeit das von ihm im Mietgegenstand betriebene Unternehmen zur Fortführung in diesen Räumen, so tritt der Erwerber des Unternehmens anstelle des bisherigen Hauptmieters in das Hauptmietverhältnis ein. Sowohl der Veräußerer als auch der Erwerber sind verpflichtet, die Unternehmensveräußerung dem Vermieter unverzüglich anzuzeigen. Der Vermieter kann die Rechtsfolgen des durch die Unternehmensveräußerung herbeigeführten Eintritts des Erwerbers in das Hauptmietverhältnis ab dem der Unternehmensveräußerung folgenden Zinstermin geltend machen.

<sup>1106</sup> Betrügerische Krida; § 156 StGB: „(1) Wer einen Bestandteil seines Vermögens verheimlicht, beiseite schafft, veräußert oder beschädigt, eine nicht bestehende Verbindlichkeit vorschützt oder anerkennt oder sonst sein Vermögen wirklich oder zum Schein verringert und dadurch die Befriedigung seiner Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen vereitelt oder schmälert, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen. (2) Wer durch die Tat einen 50 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.“

<sup>1107</sup> Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen; § 159 StGB: „(1) Wer grob fahrlässig seine Zahlungsunfähigkeit dadurch herbeiführt, dass er kridaträchtig handelt (Abs. 5), ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen. (2) Ebenso ist zu bestrafen, wer in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit grob fahrlässig die Befriedigung wenigstens eines seiner Gläubiger dadurch vereitelt oder schmälert, dass er nach Abs. 5 kridaträchtig handelt. (3) Ebenso ist zu bestrafen, wer grob fahrlässig seine wirtschaftliche Lage durch kridaträchtiges Handeln (Abs. 5) derart beeinträchtigt, dass Zahlungsunfähigkeit eingetreten wäre, wenn nicht von einer oder mehreren Gebietskörperschaften ohne Verpflichtung hiezu unmittelbar oder mittelbar Zuwendungen erbracht, vergleichbare Maßnahmen getroffen oder Zuwendungen oder vergleichbare Maßnahmen anderer veranlasst worden wären. (4) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren ist zu bestrafen, wer 1. im Fall des Abs. 1 einen 800 000 Euro übersteigenden Befriedigungsausfall seiner Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen bewirkt, 2. im Fall des Abs. 2 einen 800 000 Euro übersteigenden zusätzlichen Befriedigungsausfall seiner Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen bewirkt oder 3. durch eine der in den Abs. 1 oder 2 mit Strafe bedrohten Handlungen die wirtschaftliche Existenz vieler Menschen schädigt oder im Fall des Abs. 3 geschädigt hätte. (5) Kridaträchtig handelt, wer entgegen Grundsätzen ordentlichen Wirtschaftens 1. einen bedeutenden Bestandteil seines Vermögens zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht, verschleudert oder verschenkt, 2. durch ein außergewöhnlich gewagtes Geschäft, das nicht zu seinem gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb gehört, durch Spiel oder Wette übermäßig hohe Beträge ausgibt, 3. übermäßigen, mit seinen Vermögensverhältnissen oder seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in auffallendem Widerspruch stehenden Aufwand treibt, 4. Geschäftsbücher oder geschäftliche Aufzeichnungen zu führen unterlässt oder so führt, dass ein zeitnaher Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird, oder sonstige geeignete und erforderliche Kontrollmaßnahmen, die ihm einen solchen Überblick verschaffen, unterlässt oder 5. Jahresabschlüsse, zu deren Erstellung er verpflichtet ist, zu erstellen unterlässt oder auf eine solche Weise oder so spät erstellt, dass ein zeitnaher Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird.“

(2) Ist der bisherige Hauptmietzins niedriger als der angemessene Hauptmietzins nach § 16 Abs. 1, so darf der Vermieter bis spätestens sechs Monate nach Anzeige der Unternehmensveräußerung die Anhebung des Hauptmietzinses bis zu dem nach § 16 Abs. 1 zulässigen Betrag, jedoch unter Berücksichtigung der Art der im Mietgegenstand ausgeübten Geschäftstätigkeit, verlangen. Ändert der neue Hauptmieter in der Folge die Art dieser Geschäftstätigkeit, so darf der Vermieter ab diesem Zeitpunkt den nach § 16 Abs. 1 zulässigen Hauptmietzins ohne Berücksichtigung der Art der Geschäftstätigkeit verlangen. Eine sich aus der Anhebung ergebende Unwirksamkeit des Hauptmietzinses ist innerhalb der in § 16 Abs. 8 genannten Fristen ab dem Anhebungsbegehren gerichtlich (bei der Gemeinde, § 39) geltend zu machen.

(3) Ist eine juristische Person oder eine unternehmerisch tätige eingetragene Personengesellschaft Hauptmieter einer Geschäftsräumlichkeit und ändern sich in ihr die rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten entscheidend, wie etwa durch Veräußerung der Mehrheit der Anteile an einer Gesellschaft, so ist Abs. 2 anzuwenden, auch wenn die entscheidende Änderung nicht auf einmal geschieht. Die vertretungsbefugten Organe der juristischen Person oder unternehmerisch tätigen eingetragenen Personengesellschaft sind verpflichtet, solche Änderungen der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten dem Vermieter unverzüglich anzuzeigen. Besteht bei Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund, daran zu zweifeln, dass ein Rechtsgeschäft zur Umgehung des dem Vermieter zustehenden Rechtes auf Anhebung des Hauptmietzinses geschlossen wurde, so obliegt es dem Hauptmieter, das Fehlen der Umgehungsabsicht zu beweisen.

(4) Die Anhebung ist entsprechend der Anhebungsregel des § 46a Abs. 2 vorzunehmen, wenn der neue Hauptmieter im Zeitpunkt des Eintritts gesetzlicher Erbe des bisherigen Hauptmieters wäre oder ist.

(5) Der Hauptmieter einer Geschäftsräumlichkeit darf das von ihm im Mietgegenstand betriebene Unternehmen ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vereinbarungen verpachten. Sowohl der Hauptmieter als auch der Pächter sind verpflichtet, die Verpachtung unter Angabe der dafür vorgesehenen Dauer dem Vermieter unverzüglich anzuzeigen. Der Vermieter kann die Rechtsfolgen der Verpachtung ab dem der Verpachtung folgenden Zinstermin geltend machen. Ist der bisherige Hauptmietzins niedriger als der angemessene Hauptmietzins nach § 16 Abs. 1, so darf der Vermieter für die Dauer der Verpachtung die Anhebung des Hauptmietzinses bis zu dem nach § 16 Abs. 1 zulässigen Betrag, jedoch unter Berücksichtigung der Art der im Mietgegenstand ausgeübten Geschäftstätigkeit, verlangen. Ändert der Pächter in der Folge die Art dieser Geschäftstätigkeit, so darf der Vermieter ab diesem Zeitpunkt den nach § 16 Abs. 1 zulässigen Hauptmietzins ohne Berücksichtigung der Art der Geschäftstätigkeit verlangen.

(6) Wird das im Mietgegenstand betriebene Unternehmen vom Hauptmieter aus wichtigen, in seiner Person gelegenen Gründen, wie insbesondere Krankheit, für einen Zeitraum von insgesamt höchstens fünf Jahren verpachtet, so findet eine Anhebung des Hauptmietzinses nach Abs. 5 für diesen Zeitraum nicht statt.

(7) Bei Ermittlung des nach § 16 Abs. 1 zulässigen Hauptmietzinses sind im Fall des Abs. 2 die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Unternehmensveräußerung, im Fall des Abs. 3 jene zum Zeitpunkt der entscheidenden Änderung und im Fall des Abs. 5 jene bei Beginn des Pachtverhältnisses zugrunde zu legen. Zuvor vom Hauptmieter getätigte Aufwendungen zur Verbesserung des Mietgegenstandes sind aber angemessen zu berücksichtigen, soweit sie über den maßgeblichen Zeitpunkt hinaus von objektivem Nutzen sind.

*(8) Auf Antrag des Hauptmieters einer Geschäftsräumlichkeit, der beabsichtigt, das im Mietgegenstand betriebene Unternehmen zu veräußern oder zu verpachten, hat das Gericht (die Gemeinde, § 39) die Höhe des nach § 16 Abs. 1 und § 12a Abs. 2 und 5 zulässigen Hauptmietzinses zu bestimmen. Diese Entscheidung ist auch für den Erwerber oder den Pächter des Unternehmens bindend; sie ist gegenüber dem Vermieter aber nur dann rechtswirksam, wenn das Unternehmen innerhalb eines Jahres ab dem Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft der Entscheidung veräußert oder verpachtet wird.*

#### a. Entstehungsgeschichte

Wird ein Unternehmen veräußert, sind für den Erhalt des Unternehmenswertes zumeist die Nutzung günstiger Bestandrechte und die Beibehaltung des Standortes von zentraler Bedeutung. Bevor ein gesetzlicher Eintritt in den Mietvertrag des Veräußerers vorgesehen war, konnte der Erwerber diesen nur übernehmen, wenn der Vermieter dem Mieterwechsel zustimmte.<sup>1108</sup> Wenn eine Einigung mit dem Vermieter scheiterte, hätten Erwerber und Veräußerer häufig vereinbart, dass der Unternehmensveräußerer Mieter blieb, aber die Mietrechte zur Ausübung an den Erwerber überließ.<sup>1109</sup> Diese Form der Weitergabe des Bestandobjekts sei von der Rechtsprechung geschützt worden, indem diese dadurch nicht den Kündigungsgrund der gänzlichen Weitergabe des Mietobjekts als verwirklicht ansah, weil der wirtschaftliche Kern der Transaktion die Veräußerung des Unternehmens und nicht die Weitergabe des Bestandrechts sei.<sup>1110</sup> Das gespaltene Mietverhältnis sei jedoch keine befriedigende Lösung gewesen, weil der Veräußerer aus dem Mietvertrag nicht endgültig ausschied und somit weiterhin für die Mietzinse in Anspruch genommen werden konnte. Der Erwerber blieb auf den Veräußerer angewiesen, weil er nicht in der Lage war, als Mieter seine Rechte gegen den Vermieter auszuüben. Der Vermieter wiederum war aufgrund des Bestandschutzes an den Mietvertrag gebunden und konnte auf gestiegene Mietzinse nicht reagieren, indem er einen höheren Ertrag durch Neuvermietung erzielt. An Stelle des Vermieters nutzte jedoch der Mieter den Preisanstieg zu seinem Vorteil, indem er das günstige Bestandverhältnis einer anderen Person überließ, obwohl dies durch den Kündigungsgrund der gänzlichen Weitergabe gerade verhindert werden sollte.<sup>1111</sup>

Durch diese unbefriedigende Rechtslage habe sich der Gesetzgeber veranlasst gesehen, die Thematik einer klaren Lösung zuzuführen und normierte in § 12 Abs 3 MG<sup>1112</sup> einen

<sup>1108</sup> Nach den unter III.I.D dargestellten Regeln des allgemeinen Zivilrechts.

<sup>1109</sup> Sogenanntes gespaltene Mietverhältnis; siehe Ausführungen dazu in *Beig*, *ecolex* 2004, 9f.

<sup>1110</sup> Vgl zu § 30 Abs 2 Z 4 Fall 1 MRG etwa OGH 1 Ob 270/02s, wobl 2003/137 (krit *Prader*); OGH 1 Ob 519/91 = *ecolex* 1991, 455 = *RdW* 1991, 262.

<sup>1111</sup> Vgl eingehender etwa *Schauer*, *GesRZ* 1994, 12 ff; *Pittl*, wobl 1997, 123 ff.

<sup>1112</sup> Heute: § 12a MRG.

gesetzlichen Vertragsübergang bei Veräußerung des im Bestandsobjekt betriebenen Unternehmens. Der Vermieter erhielt als Ausgleich dafür, dass ihm ein anderer Mieter aufgedrängt wird, das Recht, den Zins auf den angemessenen Mietzins anzuheben, der für ihn gem § 16 Abs 1 Z 1 MRG bei Neuvermietung erzielbar wäre. Im Rahmen des 3. WÄG<sup>1113</sup> wurde die Bestimmung erweitert, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise eine Veräußerung des Unternehmens auch vorliegen könne, wenn eine Gesellschaft Mieter sei und diese sich verändere. Dem Vermieter wurde daher bei einer entscheidenden Änderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten in der Mietergesellschaft das Recht eingeräumt, den Mietzins anzuheben.<sup>1114</sup>

#### b. Anwendungsbereich

Wie bereits ausgeführt, bleiben gem § 38 Abs 6 UGB andere Bestimmungen, die eine Vertragsübernahme des Unternehmenserwerbers vorsehen, von den §§ 38 f UGB unberührt. Wenngleich diese Formulierung das nicht mit vollkommener Klarheit zum Ausdruck bringt, ist damit gemeint, dass die Rechtslage im Anwendungsbereich der Sonderbestimmungen nicht modifiziert werden soll und die §§ 38 f UGB auf diese Bereiche nicht anwendbar sind.<sup>1115</sup> § 12a MRG ist daher in seinem Anwendungsbereich nach wie vor allein maßgeblich. Im Vollanwendungsbereich des MRG erfahre die Rechtslage durch das UGB somit keine Änderung.<sup>1116</sup>

#### 1.2. § 46 MRG

*§ 46. (1) Treten in einen am 1. März 1994 bestehenden Hauptmietvertrag über eine Wohnung der Ehegatte, der Lebensgefährte oder minderjährige Kinder (§ 42 ABGB) des bisherigen Hauptmieters allein oder gemeinsam mit anderen Angehörigen ein (§ 12 Abs. 1 und 2, § 14), so darf der Vermieter vom (von den) in das Hauptmietrecht Eintretenden weiterhin nur den Hauptmietzins begehren, den er ohne den Eintritt begehren dürfte. Das gleiche gilt für den Eintritt auf Grund einer gerichtlichen Anordnung nach § 87 Abs. 2 des Ehegesetzes.*

<sup>1113</sup> BGBl I 1993/800.

<sup>1114</sup> Siehe § 12a Abs 3 MRG.

<sup>1115</sup> Krejci in Dehn/Krejci, UGB<sup>2</sup>, 62.

<sup>1116</sup> Beig, ecolex 2004, 9f.

*(2) Treten in einen am 1. März 1994 bestehenden Hauptmietvertrag über eine Wohnung ausschließlich Personen ein, die in Abs. 1 nicht genannt sind, so darf der Vermieter vom (von den) in das Hauptmietrecht Eintretenden ab dem auf den Eintritt folgenden Zinstermin eine Erhöhung des bisherigen Hauptmietzinses bis zu dem für die Wohnung nach § 16 Abs. 2 bis 6 im Zeitpunkt des Eintritts zulässigen Betrag, höchstens aber 3,08 Euro je Quadratmeter der Nutzfläche und Monat, verlangen, sofern der bisherige Hauptmietzins niedriger ist. Dieser Höchstbetrag von 3,08 Euro valorisiert sich entsprechend der Regelung des § 16 Abs. 6. In den Fällen des Abs. 1 darf der Vermieter diese Erhöhung des bisherigen Hauptmietzinses ab dem Zinstermin begehren, zu dem alle in Abs. 1 genannten Eintretenden auf Dauer die Wohnung verlassen haben oder volljährig geworden sind. Gleiches gilt, wenn Personen, die in Abs. 1 in dessen bis 28. Februar 1994 in Geltung gestandener Fassung genannt waren, nach dem 31. Dezember 1981 und vor dem 1. März 1994 in den Hauptmietvertrag eingetreten sind, aber erst nach dem 28. Februar 1994 die Wohnung auf Dauer verlassen haben oder volljährig geworden sind. Die Anhebung des Hauptmietzinses ist aber solange nicht zulässig, als dem Hauptmieter*

- *unter der Annahme einer sofortigen Beendigung des Mietverhältnisses*
- *für vor dem 1. März 1994 getätigte Aufwendungen noch Ersatzansprüche nach § 10 zustünden, die der Mieter geltend macht und der Vermieter zu befriedigen nicht bereit ist. Eine sich aus der Anhebung ergebende Unwirksamkeit des Hauptmietzinses ist innerhalb der in § 16 Abs. 8 genannten Fristen ab dem Anhebungsbegehren gerichtlich (bei der Gemeinde, § 39) geltend zu machen.*

Zur Heranführung von Altmietverträgen an das herrschende Mietzinsniveau sieht das MRG unter bestimmten Voraussetzungen bei „Altmietverträgen“ Fälle einer Mietzinserhöhung vor.

Stirbt der Geschäftsraummieter eines am 1. März 1994 bestehenden Vertrages, so kann der Vermieter den Mietzins schrittweise über 15 Jahre in der Weise anheben, dass der Mietzins für jedes Kalenderjahr nach dem Todestag um jeweils ein Fünfzehntel des bis zum angemessenen Mietzins fehlenden Betrags angehoben wird<sup>1117</sup>: Der Betrag wird entsprechend dem § 16 Abs 6 MRG valorisiert. Die Anhebung des Hauptmietzinses muss spätestens einen Monat vor dem Zinstermin, an dem sie wirksam werden soll, schriftlich bekannt gegeben werden. Maßgebend ist, dass der Mieter nach dem 28. Februar 1994 gestorben ist.<sup>1118</sup>

Wurde ein Unternehmen vor dem 1. März 1994 verpachtet, so kommt es ebenfalls zur „Fünfzehntel-Anhebung“. Das Recht auf Mietzinserhöhung besteht nur während der Dauer des Pachtverhältnisses. Das Privileg des Entfalls der Mietzinserhöhung bei vorübergehender Verpachtung aus wichtigen, in der Person des Verpächters gelegenen Gründen besteht bei Altverträgen nicht.<sup>1119</sup>

<sup>1117</sup> Zur Technik der Anhebung näher Würth/Zingher, Miet- und Wohnrecht<sup>20</sup> § 46 a MRG Rz 4 f.

<sup>1118</sup> wobl 1997, 196/70; der Zeitpunkt der Einantwortung ist nicht relevant: wobl 1997, 153/48 Würth; wobl 1998, 222/139; wobl 1999, 49/26.

<sup>1119</sup> wobl 2000, 42/14.

Zur „Fünftehtel-Anhebung“ kommt es auch dann, wenn eine juristische Person oder eine Personengesellschaft des Handelsrechts bereits am 1. Jänner 1968 Mieterin war und bei Vertragsabschluss eine freie Mietzinsvereinbarung nicht möglich war. Voraussetzung ist, dass es zu einer entscheidenden Änderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten iSd § 12 a Abs 3 MRG gekommen ist und keine Mietzinsvereinbarung iSd § 16 Abs 1 Z 7 MRG erfolgt ist<sup>1120</sup> oder keine solche Vereinbarung geschlossen wurde, obwohl sie möglich gewesen wäre.<sup>1121</sup> Da eine freie Mietzinsvereinbarung vor dem Beginn des Mieterschutzes im Jahr 1917 immer zulässig war, nimmt die Rechtsprechung an, dass bei Verträgen, die vor diesem Zeitpunkt geschlossen wurden, kein Erhöhungsrecht besteht.<sup>1122</sup> Ist es in der Vergangenheit zu einer einvernehmlichen Mietzinserhöhung gekommen, so entfällt das Erhöhungsrecht selbst dann, wenn keine Anhebung auf das (damals) angemessene Maß erfolgte<sup>1123</sup>; daher zB auch, wenn ein Entgelt für die Gestattung der Untervermietung vereinbart wurde<sup>1124</sup>, oder wenn es zur nachträglichen Vereinbarung einer Wertsicherung kam.<sup>1125</sup>

§ 46 a Abs 4 MRG setzt überdies voraus, dass Mieter bei Anhebung des Mietzinses immer noch dieselbe juristische Person oder Personengesellschaft des Handelsrechts wie bei Vertragsabschluss ist.<sup>1126</sup> Eine analoge Anwendung kommt nicht in Betracht, wenn das Unternehmen inzwischen durch Einzelrechtsnachfolge<sup>1127</sup> oder Gesamtrechtsnachfolge<sup>1128</sup> auf eine andere Person übergegangen ist, oder wenn der Mietvertrag bereits vor dem 1. Jänner 1968 mit einer natürlichen Person geschlossen wurde.<sup>1129</sup>

Maßgebend für die Ermittlung des angemessenen Mietzinses sind in den Fällen des § 46 a MRG die Verhältnisse, wie sie bei Eintritt der relevanten Umstände vorlagen, unter Berücksichtigung einer damals zulässigen und üblichen Wertsicherung.<sup>1130</sup>

<sup>1120</sup> Diese Voraussetzung war durch den „Neuvermietungszuschlag“ im Jahr 1931 nicht erfüllt (wobl 1998, 103/63); verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Bestimmung bestehen nicht (wobl 1998, 52/28).

<sup>1121</sup> Zu diesem Thema allgemein *Csoklich/Seist*, wobl 1995, 197; vgl auch *H. Langer*, Mietzinsregelungen 1917 - 1994 (1995); wobl 1998, 217/137 [Preisregelungsgesetz]; kritisch gegen die Rechtsprechung *H. Böhm*, wobl 1999, 221.

<sup>1122</sup> wobl 1997, 151/47 (*Dirnbacher*).

<sup>1123</sup> wobl 1998, 106/65 (*Hausmann*).

<sup>1124</sup> wobl 1998, 104/64 (*Würth*); vgl aber für nur temporäre Mietzinserhöhung wobl 1998, 217/137; wobl 2000, 184/99.

<sup>1125</sup> wobl 1998, 222/140.

<sup>1126</sup> wobl 1999, 134/60.

<sup>1127</sup> wobl 1999, 134/60.

<sup>1128</sup> wobl 1998, 50/25 (*Degelsegger*) [Umwandlung]; wobl 1998, 51/26 (*Würth*) [Ausscheiden des zweiten Gesellschafters bei OHG]; vgl auch wobl 1998, 52/27.

<sup>1129</sup> wobl 1998, 221/138; anders bei nachträglicher Vertragsübernahme durch eine juristische Person vor dem 1. Jänner 1968, wobl 1998, 77/48; vgl auch wobl 1999, 100/51.

<sup>1130</sup> wobl 1997, 190/64 (*Würth*); wobl 1998, 214/130; wobl 1998, 215/131; wobl 1998, 217/132 [alle: Pachtbeginn]; wobl 1998, 77/48; wobl 1998, 170/114 (*Grünwald*) [alle: Einflußänderung in der Gesellschaft]; vgl auch wobl 1998, 143/96; kritisch *Würth/Zingher*, Miet- und Wohnrecht<sup>20</sup> § 46 a MRG Rz 4.

### 1.3. Teilanwendungsbereich des MRG

Um private Investitionen in Immobilien zu fördern, unterliegen gem § 1 Abs 4 MRG frei finanzierte Neubauten, Rohdachböden, ab dem Jahr 2002 neu ausgebaute Dachböden und Eigentumswohnungen, die aufgrund einer nach dem 8. 5. 1945 erteilten Baubewilligung neu errichtet wurden, nur teilweise dem MRG.<sup>1131</sup> Insbesondere kann der Mietzins bei solchen Objekten ohne die Beschränkungen des MRG frei vereinbart werden. § 1 Abs 4 MRG verweist auf die Kündigungsbestimmungen des MRG, die daher auch den Mietern im Teilanwendungsbereich zugute kommen. § 12a MRG ist jedoch nicht unmittelbar anwendbar, weil die Bestimmung sich nicht in der Aufzählung der im Teilanwendungsbereich geltenden Vorschriften in § 1 Abs 4 MRG befindet. Nach der Rsp des OGH<sup>1132</sup> ist auch eine analoge Anwendung des § 12a MRG nicht geboten, weil es sich um eine Vorschrift handle, die die Mietzinsbildung betreffe. Große Teile der Lehre<sup>1133</sup> befürworten hingegen eine analoge Anwendung und kritisieren, dass es nach der Rsp des OGH im Teilanwendungsbereich zu gespaltenen Mietverhältnissen komme, die der Gesetzgeber durch § 12a MRG gerade verhindern wolle. Trotz der Ablehnung durch die Lehre sei für die Rechtspraxis die Ansicht des OGH maßgeblich, nach der § 12a MRG Mietverhältnisse im Teilanwendungsbereich nicht erfasse. Wird ein in einem Mietobjekt betriebenes Unternehmen übertragen und ist § 12a MRG dennoch nicht einschlägig, sind durch die Einführung der §§ 38 - 40 UGB nun diese Bestimmungen anwendbar.<sup>1134</sup>

Im Unterschied zur Rechtslage nach § 12a MRG kann der Vermieter daher nun im Teilanwendungsbereich gem § 38 UGB wählen, ob er den Übergang zulassen will oder Widerspruch dagegen erhebt. Unabhängig davon, wofür er sich entscheidet, könne er das Bestandverhältnis jedoch aufgrund des Bestandsschutzes des MRG nicht beenden.<sup>1135</sup>

Der Mietvertrag verbleibt beim Veräußerer, wenn der Vermieter Widerspruch gegen den Vertragsübergang erhebt. Der Unternehmensveräußerer hat dann, wie vor dem Inkrafttreten des UGB, die Möglichkeit, das Mietverhältnis „zu spalten“ und so dem Erwerber das Mietrecht zu überlassen. Bei Verbleib des Mietverhältnisses beim Unternehmensüberträger haftet der Erwerber gem § 38 Abs 4 UGB für die daraus entstehenden Verbindlichkeiten. Die Erwerberhaftung ist jedoch insoweit dispositiv, als die Haftung durch Vereinbarung ausgeschlossen werden kann, wenn dies dem Dritten bekannt gemacht oder ins Firmenbuch

<sup>1131</sup> Sog Teilanwendungsbereich des MRG.

<sup>1132</sup> Vgl OGH 5 Ob 192/00x, wobl 2001/81= ecolex 2001/130 = RdW 2001/500.

<sup>1133</sup> Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Wohnrecht, § 12a MRG Rz 2; *ders*, immolex 2001, 106; *Kletecka*, ecolex 2001, 33; *derselbe*, immolex 2001, 124; *Schauer*, JBl 2001, 271 (272); *H. Böhm*, wobl 1997, 21 (29 ff); *Nowotny*, GesRZ 1986, 16 (20).

<sup>1134</sup> Vgl schon *Beig*, ecolex 2004, 9 (12).

<sup>1135</sup> OGH 5 Ob 192/00x, wobl 2001/81= ecolex 2001/130 = RdW 2001/500.

eingetragen wurde. Dies entspricht weitgehend der Rechtslage vor dem UGB, weil auch bisher den Erwerber eine dispositive Haftung nach § 25 HGB<sup>1136</sup> getroffen hat. Die betragsbeschränkte Haftung nach § 1409 ABGB kommt zwingend zur Anwendung, wenn der Erwerber die Schulden kannte oder kennen musste, was bei Mietverträgen in der Regel zutreffen wird.

Entgegen der bisherigen Rechtslage ist künftig auch im Teilanwendungsbereich ein gesetzlicher Vertragseintritt möglich, wenn der Vermieter von seinem Widerspruchsrecht keinen Gebrauch macht. Die Haftung ist dabei für den Vermieter wesentlich günstiger als nach § 12a MRG geregelt, weil aufgrund der Nachhaftung des Veräußerers für Mietzinsansprüche, die innerhalb von 5 Jahren nach Unternehmensübergang fällig werden, sowohl Veräußerer als auch Erwerber haften.<sup>1137</sup> Ausdrücklich angeordnet ist im UGB auch eine Haftung des Erwerbers für Rückstände (Vertragsübernahme ex tunc).<sup>1138</sup> Dem Vermieter stünde jedoch entgegen § 12a MRG kein Anhebungsrecht für den Mietzins zu.<sup>1139</sup>

#### a. ABGB – Miete

Voll zum Tragen kommt die Neuregelung des UGB bei Bestandverträgen, die ausschließlich dem ABGB unterliegen und bei denen somit sowohl die Vertragsdauer als auch die Zinshöhe vollkommen frei vereinbart werden können. Im Gegensatz zum Teilanwendungsbereich steht dem Vermieter hier stets auch die Vertragskündigung frei. Zusätzlich räumt § 38 Abs 2 UGB dem Vermieter das bereits dargestellte Widerspruchsrecht ein.

#### b. Kritik

Im Vergleich der Bestimmungen zeigt sich, dass eine Harmonisierung der §§ 38 f UGB mit § 12a MRG unterblieben ist. Während § 38 UGB die Privatautonomie der Restpartei durch die Einräumung eines Widerspruchsrechts in sehr hohem Maße schütze, schränke § 12a MRG diese wesentlich stärker ein, indem sie einen Vertragspartnerwechsel auch gegen den Willen der Restpartei zulasse. Wenn dem MRG-Vermieter, der durch den Bestandsschutz langfristig an den Mietvertrag gebunden bleibt, ein Vertragsübergang ohne Widerspruchsrecht zugemutet werde, wäre ein derartiger Eingriff umso mehr für andere Vertragspartner

<sup>1136</sup> Beachte hier jedoch die Voraussetzung der Firmenfortführung; siehe Ausführungen unter III.II.B.2

<sup>1137</sup> Siehe dazu ausführlich III.II.C.12.

<sup>1138</sup> Vgl. *Krejci* in *Dehn/Krejci*, UGB<sup>2</sup>, 59 f.

<sup>1139</sup> *Kletecka*, *ecolex* 2001, 33.

vertretbar gewesen. Hinzu komme, dass das UGB eine fünfjährige Nachhaftung des Altunternehmers vorsieht, während nach hM § 12a MRG eine solche nicht kennt.<sup>1140</sup>

Ein sachlicher Grund für diese Schlechterstellung des MRG-Vermieters ist nach *Beig*<sup>1141</sup> nicht ersichtlich. Die Rechtslage werde weiter zersplittet, indem dasselbe Ordnungsproblem unterschiedlich gelöst wird, je nachdem ob der Mietvertrag dem Voll- oder dem Teilanwendungsbereich des MRG unterliegt.

## 2. Versicherungsverträge

### 2.1. Sachversicherungen

*§ 69. (1) Wird die versicherte Sache vom Versicherungsnehmer veräußert, so tritt an Stelle des Veräußerers der Erwerber in die während der Dauer seines Eigentums aus dem Versicherungsverhältnis sich ergebenden Rechte und Pflichten des Versicherungsnehmers ein.*

*(2) Für die Prämie, welche auf die zur Zeit des Eintrittes laufende Versicherungsperiode entfällt, haften der Veräußerer und der Erwerber zur ungeteilten Hand.*

*(3) Der Versicherer hat die Veräußerung in Ansehung der durch das Versicherungsverhältnis gegen ihn begründeten Forderungen erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von ihr Kenntnis erlangt; die Vorschriften der §§ 1394 bis 1396 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches sind entsprechend anzuwenden.*

Bei Übertragung einer versicherten Sache im Wege der Einzelrechtsnachfolge gelten die §§ 69 ff VersVG. Wird eine versicherte Sache vom Versicherungsnehmer veräußert, so tritt an Stelle des Veräußerers der Erwerber in die aus dem Versicherungsverhältnis sich ergebenden Rechte und Pflichten des Versicherungsnehmers ein. Es handelt sich somit um einen gesetzlich normierten Vertragsübergang. Gemäß § 70 Abs 1 VersVG ist der Versicherer jedoch berechtigt, dem Erwerber der versicherten Sache das Versicherungsverhältnis unter Einhaltung einer Frist von einem Monat zu kündigen. Umgekehrt hat der Erwerber gemäß Abs 2 leg cit das Recht, das Versicherungsverhältnis zu kündigen. Die Veräußerung ist dem Versicherer unverzüglich anzuzeigen.

§ 70 VersVG ist eine spezielle, auf die Einzelrechtsnachfolge zugeschnittene Rechtsnorm für den Fall des in § 69 VersVG gesetzlich normierten Vertragsübergangs bei Veräußerung

<sup>1140</sup> Vgl *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Wohnrecht, § 12a MRG Rz 35 ff, § 12 MRG Rz 30 ff, mwN; aA *Schauer*, JBl 1985, 257 (261 ff); *Riel*, wobl 1993, 109.

<sup>1141</sup> *Beig*, wobl 2006, 37.

der versicherten Sache im Weg der Einzelrechtsnachfolge an einen Dritten, dem das Versicherungsverhältnis dadurch „aufgedrängt“ werde.<sup>1142</sup>

## 2.2. Haftpflichtversicherungen

Nur der Erwerber im Wege der rechtsgeschäftlichen Einzelrechtsnachfolge tritt gemäß § 151 Abs 2 VersVG<sup>1143</sup> in die Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsverhältnis ein und kann das Kündigungsrecht gemäß § 70 VersVG ausüben.<sup>1144</sup>

## 2.3. Rechtsschutzversicherungen

Für den Übergang der Rechtsschutzversicherung gilt gemäß § 158 o VersVG Entsprechendes.<sup>1145</sup>

# 3. Lizenzverträge

## 3.1. Patenzlizenz

*§ 38. Lizenzen gemäß den §§ 35 und 36 Abs. 2 bis 5 sowie am jüngeren Patent gemäß § 36 Abs. 1 können ohne Zustimmung des Patentinhabers unter Lebenden nur gemeinsam mit dem lizenzberechtigten Teil des Unternehmens oder des Geschäftsbetriebs übertragen werden und gehen von Todes wegen nur dann auf die Rechtsnachfolger über, wenn von diesen der lizenzberechtigte Teil des Unternehmens oder des Geschäftsbetriebs fortgeführt wird. Eine gemäß § 36 Abs. 1 am älteren Patent eingeräumte Lizenz ist nicht übertragbar, es sei denn zusammen mit der Übertragung des jüngeren Patentes.*

Einleitend stellt das PatG in seinem § 33 Abs 2 fest, dass die Rechte aus der Anmeldung eines Patentes und das Patentrecht zur Gänze oder nach ideellen Teilen durch Rechtsgeschäft auf andere übertragen werden kann. Wird dabei das Recht aus der Anmeldung eines Patentes übertragen, so wird im Falle der Erteilung das Patent dem Rechtsnachfolger des Anmelders erteilt.

<sup>1142</sup> Siehe Wallentin/Bruckmüller in Helbich/Wiesner/Bruckner, Handbuch Umgründungen<sup>4</sup>, Rz 139.

<sup>1143</sup> § 151 VersVG: „(2) Wird im Falle des Abs. 1 das Unternehmen an einen Dritten veräußert oder auf Grund eines Fruchtnießungsrechtes, eines Pachtvertrages oder eines ähnlichen Verhältnisses von einem Dritten übernommen, so tritt an Stelle des Versicherungsnehmers der Dritte in die während der Dauer seiner Berechtigung sich aus dem Versicherungsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Die Vorschriften des § 69 Abs. 2 und 3 und der §§ 70 und 71 sind entsprechend anzuwenden.“

<sup>1144</sup> EvBl 1998/156.

<sup>1145</sup> EvBl 1998/156; § 158o VersVG: „Ist die Versicherung für die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen aus einem geschäftlichen Betrieb des Versicherungsnehmers genommen und wird das Unternehmen an einen Dritten veräußert oder auf Grund eines Fruchtnießungsrechtes, eines Pachtvertrags oder eines ähnlichen Verhältnisses von einem Dritten übernommen, so tritt an Stelle des Versicherungsnehmers der Dritte in die während der Dauer seiner Berechtigung sich aus dem Versicherungsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. § 69 Abs. 2 und 3 und die §§ 70 und 71 sind entsprechend anzuwenden.“

§ 38 PatG sieht hinsichtlich der Übertragung von Lizenzen<sup>1146</sup> vor, dass diese ohne Zustimmung des Patentinhabers unter Lebenden nur gemeinsam mit dem lizenzberechtigten Teil des Unternehmens oder des Geschäftsbetriebs übertragen werden können. Von Todes wegen gehen sie nur dann auf den Rechtsnachfolger über, wenn von diesem der lizenzberechtigte Teil des Unternehmens oder des Geschäftsbetriebs fortgeführt wird.

Eine am älteren Patent eingeräumte Lizenz<sup>1147</sup> ist nicht übertragbar, es sei denn zusammen mit der Übertragung des jüngeren Patent.

### 3.2. Halbleiterschutzrecht

*§ 12. (1) Das Halbleiterschutzrecht kann zur Gänze oder nach ideellen Anteilen übertragen werden. Es geht auf die Erben über; ein Heimfallsrecht findet nicht statt.*

*(2) Die Übertragung ist in das Halbleiterschutzregister einzutragen und wird mit der Eintragung wirksam.*

*(3) Am Halbleiterschutzrecht können Lizenzrechte erworben werden. Die Lizenzrechte sind auf Antrag in das Halbleiterschutzregister einzutragen; mit der Eintragung werden sie auch Dritten gegenüber wirksam.*

*(4) Im Übrigen gelten die Bestimmungen der §§ 27 und 38 des Patentgesetzes 1970 sinngemäß.*

Auch das Halbleiterschutzrecht kann zur Gänze oder nach ideellen Anteilen übertragen werden. Die Übertragung ist dabei in das Halbleiterschutzregister einzutragen und wird mit der Eintragung wirksam.

Wie auch am Patentrecht können am Halbleiterschutzrecht Lizenzrechte erworben werden. Die Lizenzrechte sind auf Antrag in das Halbleiterschutzregister einzutragen; mit der Eintragung werden sie auch Dritten gegenüber wirksam.

Im Übrigen ordnet das HlSchG ua die sinngemäße Geltung der Bestimmung des § 38 PatG an.<sup>1148</sup>

<sup>1146</sup> Gemäß den §§ 35 und 36 Abs 2 bis 5 PatG sowie am jüngeren Patent gemäß § 36 Abs 1 PatG.

<sup>1147</sup> Gemäß § 36 Abs 1 PatG.

<sup>1148</sup> Siehe dazu die Ausführungen davor unter III.IV.B.3.1.

### 3.3. Marke

*§ 11. (1) Die Marke kann, unabhängig von einem Eigentumswechsel am Unternehmen, für alle oder einen Teil der Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, übertragen werden. Gehört das Markenrecht zu einem Unternehmen, so geht das Markenrecht samt allfälligen Lizenzrechten daran im Falle eines Eigentumswechsels am gesamten Unternehmen auf den neuen Eigentümer über, soweit nichts anderes vereinbart worden ist.*

*(2) Ergibt sich aus dem Antrag auf Umschreibung oder den dazu vorgelegten Unterlagen in offensichtlicher Weise, dass die Marke auf Grund des Rechtsüberganges geeignet ist, das Publikum insbesondere über die Art, die Beschaffenheit oder die geographische Herkunft der Waren oder Dienstleistungen zu täuschen, so ist der Antrag auf Umschreibung abzuweisen, es sei denn, der Erwerber stimmt einer Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses zur Beseitigung der Täuschungsgefahr zu.*

*(3) Solange die Marke nicht umgeschrieben ist, kann das Markenrecht vor dem Patentamt nicht geltend gemacht werden und können alle Verständigungen, welche die Marke betreffen, mit Wirkung gegen den Erwerber dem als Markeninhaber Eingetragenen zugestellt werden.*

Das Markenschutzgesetz bestimmt, dass eine Marke, unabhängig von einem Eigentumswechsel am Unternehmen, für alle oder einen Teil der Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, übertragen werden kann. Gehört das Markenrecht zu einem Unternehmen, so geht das Markenrecht samt allfälligen Lizenzrechten daran im Falle eines Eigentumswechsels am gesamten Unternehmen auf den neuen Eigentümer über, soweit nichts anderes vereinbart worden ist.

Sollte von der Marke durch ihren Übergang auf den Erwerber die Gefahr der Täuschung ausgehen, ist ein Eigentumswechsel grundsätzlich nicht möglich.<sup>1149</sup> Der Erwerber kann dem allerdings durch eine Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses entgehen.

<sup>1149</sup> Vgl dazu die demonstrative Aufzählung des § 11 Abs 2 MarkSchG.

### 3.4. Werknutzungsverträge

**§ 28.** (1) Ist nichts anderes vereinbart, so kann ein Werknutzungsrecht mit dem Unternehmen, zu dem es gehört, oder mit einem solchen Zweige des Unternehmens auf einen anderen übertragen werden, ohne dass es der Einwilligung des Urhebers bedarf.

(2) Ferner können, wenn der Werknutzungsberechtigte zur Ausübung seines Rechtes nicht verpflichtet ist und mit dem Urheber nichts anderes vereinbart hat, ohne dessen Einwilligung übertragen werden:

1. Werknutzungsrechte an Sprachwerken und Werken der im § 2, Z 3, bezeichneten Art, die entweder auf Bestellung des Werknutzungsberechtigten nach seinem den Inhalt und die Art der Behandlung bezeichnenden Plane oder bloß als Hilfs- oder Nebenarbeit für ein fremdes Werk geschaffen werden;
2. Werknutzungsrechte an Werken der Lichtbildkunst (Lichtbildwerken) und des Kunstgewerbes, die auf Bestellung oder im Dienst eines gewerblichen Unternehmens für dieses geschaffen werden.

Werden Werknutzungsrechte im Zuge einer Unternehmensveräußerung übertragen erübrigt sich die Einwilligung des Urhebers zwecks Erzielung der unmittelbaren Rechtswirksamkeit des Übertragungsvorgangs.<sup>1150</sup> Dies gilt jedoch nur im Zweifel, nämlich wenn mit dem Urheber nichts anderes vereinbart wurde.<sup>1151</sup>

Die Zweifelsregel des § 28 Abs 1 UrhG mache zwar die Zustimmung des Urhebers zur Übertragung von Werknutzungsrechten im Zuge einer Unternehmensveräußerung entbehrlich, treffe jedoch keine Aussage über den Umfang der übertragbaren bzw der zu übertragenden Werknutzungsrechte.<sup>1152</sup> Insoweit habe es trotz § 38 Abs 6 UGB, sofern nichts anderes vereinbart ist, bei der Anwendung von § 38 Abs 1 Satz 1 UGB zu bleiben. Daraus resultiere wiederum die Übernahme aller unternehmensbezogenen, nicht höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse des Veräußerers durch den Erwerber von Gesetzes wegen, wobei unter dem Tatbestandselement „Rechtsverhältnisse“, wie bereits zuvor ermittelt, sowohl Vertragspositionen, als auch gesetzliche Schuldverhältnisse, aber auch absolut geschützte Werknutzungsrechte zu verstehen sind.<sup>1153</sup>

Will der Urheber die Beziehung zu seinem Werk dadurch absichern, dass er Übertragungen bzw Weiterübertragungen seiner einmal eingeräumten Werknutzungsrechte an Dritte jedenfalls an seine Einwilligung bindet, erscheine es aus Sicht der Praxis durchaus üblich, in Lizenzverträgen sog „Change-of-Control-Klauseln“ aufzunehmen.<sup>1154</sup> Etwaige allzu

<sup>1150</sup> Vgl § 38 PatG.

<sup>1151</sup> OGH 4 Ob 159/99g – ÖBl 2000, 130 (Kucsko) = MR 1999, 282 = GRURInt 2000, 449 (Keim).

<sup>1152</sup> Büchele in Kucsko, urheber.recht §§ 27, 28 Punkt 2.2.

<sup>1153</sup> Krejci in Krejci, RK UGB, Vor §§ 38–40 Rz 30; Krejci, ZHR 170, 126.

<sup>1154</sup> Vgl dazu Ausführungen Büchele in Kucsko, urheber.recht §§ 27, 28 Punkt 2.2.

behindernde Auswüchse könnten dann über das Institut der Änderung bzw des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, jedoch lediglich mit ex nunc-Wirkung<sup>1155</sup>, korrigiert werden,<sup>1156</sup> wenn der im Vertragsinhalt zum Ausdruck gelangte, von beiden Teilen anerkannte wesentliche Vertragszweck<sup>1157</sup> nicht nur zeitweilig unerreichbar geworden ist.<sup>1158</sup>

Neben der Veräußerung der Unternehmensgesamtheit erübrige auch seine teilweise Übertragung in Form von Unternehmenszweigen die Einwilligung des Urhebers zwecks „Mitnahme“ eines zugehörigen Werknutzungsrechts.<sup>1159</sup> Unternehmenszweige könnten dabei die rechtlich oder bloß fachlich abgrenzbaren Teile eines Unternehmens darstellen, wobei sich der Unternehmenszweig aus dem Gegenstand, dem Inhalt, der Tendenz oder der Richtung der zu verwertenden Werke<sup>1160</sup>, aus ihrer Verwertungsform<sup>1161</sup> oder aus sonstigen Gesichtspunkten ergeben kann.<sup>1162</sup> Auf die Überbindung des „wesentlichen Unternehmenskerns“ wäre dabei nicht abzustellen.<sup>1163</sup> Veräußert zB ein Medienkonzern seine Musiksparte, kann er sämtliche dieser Sparte zugehörigen Werknutzungsrechte ohne Einwilligung der Urheber auf den Erwerber übertragen.<sup>1164</sup> An der Grenzlinie zwischen zustimmungsfreier Veräußerung eines Unternehmenszweigs und Genehmigungspflicht sei wohl die Übertragung von umfangreichen Werknutzungsrechten an einem einzelnen Werk angesiedelt. Doch selbst wenn diese Rechte den wesentlichen Unternehmenswert ausmachen sollten, dürften sie der Meinung *Bücheles* folgend<sup>1165</sup> einem Unternehmenszweig als rechtlich oder bloß fachlich abgrenzbaren Teil eines Unternehmens nicht gleichgehalten werden, womit die Übertragung der Zustimmung des Urhebers bedürfe.<sup>1166</sup>

§ 27 Abs 3 UrhG sichere die enge Verbundenheit des Werknutzungsrechts mit dem zwischen Urheber und ursprünglichem Werknutzungsberechtigtem geschlossenen Schuldverhältnis und vermeidet, dass das Werknutzungsrecht und die Verpflichtung zu seiner Ausübung sowie zu anderen Gegenleistungen an den Urheber auseinander fallen.<sup>1167</sup> Kraft

<sup>1155</sup> OGH 4 Ob 148/97m, MietSlg 49.070.

<sup>1156</sup> Eine Änderung der von den Parteien gemeinsam dem Vertragsabschluss zugrunde gelegten Verhältnisse führt idR zur Anpassung, nicht aber zum Wegfall der Vereinbarung, vgl OGH 3 Ob 513/94, JBl 1995, 173 = ecolex 1995, 485.

<sup>1157</sup> Endzweck iSv § 901 ABGB; heute Motiv genannt; vgl *Rummel in Rummel*<sup>3</sup>, § 901 Rz 1.

<sup>1158</sup> Vgl OGH 1 Ob 569/88, JBl 1988, 723 = RdW 1988, 419.

<sup>1159</sup> *Büchele in Kucsko*, urheber.recht §§ 27, 28 Punkt 2.2.

<sup>1160</sup> Sachbuchabteilung eines Verlags, Klassikabteilung eines Musikverlags etc.

<sup>1161</sup> ZB Taschenbuchabteilung eines Buchverlags.

<sup>1162</sup> *Wandtke/Grunert in Wandtke/Bullinger*, UrhR<sup>2</sup> § 34 Rz 19.

<sup>1163</sup> *AA Schuhmacher in Straube*<sup>3</sup>, § 25 Rz 7; *Bydlinski in Krejci*, RK UGB, § 38 Rz 6.

<sup>1164</sup> Vgl *Guggenbichler in Ciresa/Büchele/Guggenbichler*, UrhG § 28 Rz 2.

<sup>1165</sup> *Büchele in Kucsko*, urheber.recht §§ 27, 28 Punkt 2.2.

<sup>1166</sup> So auch BGH I ZR 111/02 GRUR 2005, 860.

<sup>1167</sup> ErläutRV 1936 in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 93.

ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung<sup>1168</sup> verdrängt § 27 Abs 3 UrhG insoweit sogar die Anwendbarkeit der §§ 38f UGB. Dementsprechend hat allein der Erwerber des Werknutzungsrechts an Stelle des Veräußerers des Werknutzungsrechts die Verbindlichkeiten zu erfüllen, die diesem (dem Veräußerer) nach dem mit dem Urheber geschlossenen Vertrag obliegen.<sup>1169</sup> Der Veräußerer wird somit zwar von seiner Erfüllungspflicht befreit, haftet aber wie ein Bürge und Zahler (Solidarhaftung) für das dem Urheber vertragsmäßig gebührende Entgelt und für den Schaden, der dem Urheber vom Erwerber des Werknutzungsrechts, wenn dieser seine Verpflichtungen nicht erfüllt, zu ersetzen ist.<sup>1170</sup>

Die Vorschriften des § 28 Abs 3 und 4 UrhG würden auch für den Fall gelten, dass ein Werknutzungsrecht zusammen mit dem Unternehmen, zu dem es gehört bzw in dem die Ausübung stattfindet, auf einen anderen übertragen wird.<sup>1171</sup> Insoweit werde die Anwendung von § 1409 ABGB im Verhältnis zum Urheber ausgeschlossen bzw zumindest eingeschränkt:<sup>1172</sup> Der Erwerber des Werknutzungsrechts habe die dem Veräußerer nach dem Werknutzungsvertrag obliegenden Gegenleistungen ohne die in § 1409 ABGB bezeichneten Beschränkungen nach den im § 1407 ABGB enthaltenen Vorschriften zu erfüllen. Eine Besonderheit gelte nur für Schadenersatzansprüche des Urhebers, die schon vor der Übertragung des Werknutzungsrechts gegen dessen Veräußerer entstanden sind. Zu deren Erfüllung bleibe weiterhin der Veräußerer des Werknutzungsrechts als Hauptschuldner verpflichtet; ob und in welchem Umfang den Erwerber des Unternehmens eine Haftung für solche Schadenersatzansprüche trifft, bewerte sich nach den allgemeinen Vorschriften des § 1409 ABGB.<sup>1173</sup> Demzufolge ist die Erwerberhaftung doppelt begrenzt: Zum einen auf jene Schulden, die der Erwerber bei der Übergabe kannte oder kennen musste und zum anderen umfänglich, nämlich betragsmäßig bis zur Höhe des Verkehrswerts der übernommenen Aktiva.<sup>1174</sup>

---

<sup>1168</sup> vgl § 38 Abs 6 UGB.

<sup>1169</sup> vgl § 27 Abs 3 Satz 1 UrhG.

<sup>1170</sup> Siehe § 27 Abs 3 Satz 2 UrhG.

<sup>1171</sup> *Büchele* in *Kucsko*, urheber.recht §§ 27, 28 Punkt 3.2.

<sup>1172</sup> Grundsätzlich zu § 1409 ABGB siehe bereits Ausführungen unter III.III.A.

<sup>1173</sup> ErläutRV 1936 in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 93.

<sup>1174</sup> *Ertl* in *Rummel*<sup>3</sup>, § 1409 Rz 6; *Neumayr* in *KBB*<sup>2</sup>, §§ 1409–1409a Rz 6; *Guggenbichler* in *Ciresa/Büchele/Guggenbichler*, UrhG § 27 Rz 14.

## C. Einzelfragen

### 1. Höchstpersönliche Rechtsverhältnisse

Zu den höchstpersönlichen Rechten zählen das Wiederkaufsrecht gem § 1070 ABGB, das Rückverkaufsrecht gem § 1071 ABGB, das Vorkaufsrecht gem § 1074 ABGB<sup>1175</sup> oder die nach der EO unpfändbaren Forderungen.<sup>1176</sup> Weiters erlöschen Auftrag und Vollmacht grundsätzlich mit dem Tod einer natürlichen gem § 1022 ABGB oder dem Untergang einer „moralischen“ Person gem § 1023 ABGB.<sup>1177</sup> Gemäß § 529 ABGB erlöschen persönliche Dienstbarkeiten, wenn eine „moralische Person“ zu bestehen aufhört. Als höchstpersönlich gilt schließlich das Veräußerungs- und Belastungsverbot gem § 364 c ABGB.<sup>1178</sup>

Auf Seite des Veräußerers höchstpersönliche Rechtsverhältnisse gehen auf den Erwerber grundsätzlich nicht über<sup>1179</sup>, aber auch höchstpersönliche Forderungsrechte können unabhängig von einem Unternehmensübergang nicht wirksam auf einen Dritten übertragen werden. Besteht hingegen die Höchstpersönlichkeit nur auf Schuldnerseite und wurde die geschuldete Leistung bereits erbracht, spreche nichts gegen eine Übertragung des (nicht höchstpersönlichen) Anspruchs auf das Entgelt bzw die sonstige Gegenleistung.<sup>1180</sup> Geldschulden aus nicht oder nur mangelhaft erfüllten höchstpersönlichen Rechtsverhältnissen des Schuldners<sup>1181</sup> seien vom Übergang auf den Erwerber wohl nicht auszuschließen. Komme jedoch eine Erfüllung der höchstpersönlichen Verpflichtung des Veräußerers nicht mehr in Betracht, spreche nichts für eine Sonderbehandlung gegenüber sonstigen unternehmensbezogenen Rechtsverhältnissen, weil insoweit der höchstpersönliche Charakter verloren gegangen sei.<sup>1182</sup>

### 2. Übertragung von Liegenschaften

Dem sachenrechtlichen Spezialitätsprinzip, wonach sich dingliche Rechte nur auf ganz bestimmte Einzelsachen beziehen, kommt im Bereich der Liegenschaften besondere Bedeutung zu. Der Fall einer Einzelrechtsnachfolge macht eine Eintragung gem § 8 GBG

<sup>1175</sup> Aicher in Rummel<sup>3</sup>, § 1070 Rz 1 ff, § 1071 Rz 2, § 1074 Rz 1; Binder in Schwimann<sup>3</sup>, § 1070 Rz 1, § 1073 Rz 1; Grünwald, RdW 1996, 518 ff.

<sup>1176</sup> Vgl Koziol/Welser, II<sup>13</sup>, 114.

<sup>1177</sup> Dieser Begriff decke sich nicht mit jenem der „juristischen Person“, sondern geht darüber hinaus; vgl Aicher in Rummel<sup>3</sup>, § 26 Rz 1 mwN; Posch in Schwimann<sup>3</sup>, § 26 Rz 1 ff.

<sup>1178</sup> SZ 17/156; SZ 53/6; Grünwald, Umwandlung - Verschmelzung - Spaltung 291.

<sup>1179</sup> Bydlinski in Krejci, RK UGB § 38 Rz 16.

<sup>1180</sup> Vgl Bydlinski in Krejci, RK UGB § 38 Rz 22.

<sup>1181</sup> So zB Schadenersatz, Preisminderung, Rückabwicklung nach Wandlung.

<sup>1182</sup> Bydlinski in Krejci, RK UGB § 38 Rz 22.

erforderlich.<sup>1183</sup> Die Übertragung von Liegenschaften im Wege der Einzelrechtsnachfolge erfordert eine genaue Bezeichnung der Liegenschaft nach Gerichtsbezirk, Katastralgemeinde und Einlagezahl und eine genaue Anführung der Grundstücke.<sup>1184</sup> Das Titelgeschäft habe überdies eine genaue Bezeichnung der an der Liegenschaftsübertragung beteiligten Rechtsträger zu enthalten, sodass sie nicht verwechselt werden könnten. Zur Eintragung des Eigentumsrechtes für den Nachfolgerechtsträger im Grundbuch ist es erforderlich, dass die Unterschriften der vertretungsbefugten Organe der beteiligten Rechtsträger gerichtlich oder notariell beglaubigt sind und der Beglaubigungsvermerk bei natürlichen Personen auch das Geburtsdatum enthält.<sup>1185</sup> Der Übergang des Eigentumsrechtes erfolgt erst mit der Eintragung des Eigentumsrechtes im Grundbuch.

### 3. Fortbestand von bestellten Sicherheiten

Nach § 38 Abs 1 Satz 2 UGB bleiben für unternehmensbezogene Verbindlichkeiten des Veräußerers bestellte Sicherheiten für diese Verbindlichkeiten aufrecht. In Bezug auf Altverbindlichkeiten, also solche, die vor dem Unternehmensübergang bereits entstanden sind, werde damit in die Rechtsposition des Sicherheitenbestellers nicht unsachlich eingegriffen.<sup>1186</sup> Decke die Sicherheit aber auch künftig entstehende Verbindlichkeiten aus einem Rechtsverhältnis ab, das auf den Erwerber übergehen sollte, könne ein solcher Übergang gemäß § 38 Abs 2 Satz 2 UGB durch Ausübung des Widerspruchsrechts verhindert werden.

#### 3.1. Hypotheken

Eine gleichzeitige privative Übernahme der hypothekarisch gesicherten Verbindlichkeit durch den Rechtsnachfolger bedürfe bei Einzelrechtsnachfolge der Zustimmung des Gläubigers.<sup>1187</sup> § 1408 ABGB erleichtere eine privative Schuldübernahme dadurch, dass der Schuldner nach vollzogener Übertragung des Eigentums den Gläubiger zur Annahme des Nachfolgerechtsträgers als neuen Schuldner auffordern kann und die Einwilligung des

<sup>1183</sup> *Jud in Kralik/Rechberger*, Grundbuchsrecht 101; *Rassi in Kodek*, Grundbuchsrecht § 10 GBG Rz 6.

<sup>1184</sup> Obwohl nach SZ 60/273 beim Eigentumserwerb die Angabe des Grundbuchskörpers durch Nennung der Einlagezahl genügt, solange kein Zweifel über den Umfang des Grundbuchskörpers besteht, ist die genaue Anführung des Grundstücksbestandes in der Praxis zu empfehlen (*Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht 142 f).

<sup>1185</sup> Siehe § 31 Abs 1 GBG; siehe dazu *Weigand in Kodek*, Grundbuchsrecht, § 31 GBG Rz 1ff.

<sup>1186</sup> *Bydlinski in Krejci*, RK UGB § 38 Rz 38 f.

<sup>1187</sup> Vgl die Ausführungen unter III.I.C.1.

Gläubigers als erteilt gilt, wenn sie nicht binnen sechs Monaten verweigert wird.<sup>1188</sup> Auf diese Wirkung muss in der Aufforderung ausdrücklich hingewiesen werden.<sup>1189</sup>

Wird eine hypothekarisch gesicherte Forderung übertragen, steht dem Rechtsnachfolger die zur Besicherung der Forderung eingeräumte Hypothek weiterhin zur Verfügung. Soweit die hypothekarisch gesicherte Forderung durch Einzelrechtsnachfolge übertragen wird, bedarf es bei der Hypothek der bürgerlichen Eintragung des Forderungsüberganges.<sup>1190</sup>

### 3.2. Pfandrechte an beweglichen Sachen

Nach herrschender Ansicht muss bei Einzelrechtsnachfolge das Pfandrecht vom Rechtsvorgänger auf den Nachfolgerechtsträger gesondert übertragen werden.<sup>1191</sup> Für Pfandrechte an beweglichen Sachen sind die Übergangsformen der §§ 426 bis 428 ABGB<sup>1192</sup> heranzuziehen.

### 3.3. Bürgschaften

Gemäß § 1407 Abs 2 ABGB haften Bürgen und von (dritten) Personen bestellte Pfänder bei einer privativen Schuldübernahme im Wege der Einzelrechtsnachfolge nur fort, wenn sie dem Schuldnerwechsel zugestimmt haben.<sup>1193</sup>

## 4. Höchstpersönliche Rechte

Bestimmte höchstpersönliche Rechte<sup>1194</sup> wie zB persönliche Dienstbarkeiten<sup>1195</sup> oder Vorkaufs-<sup>1196</sup> und Wiederkaufsrechte (allerdings kann die Unternehmensveräußerung unter Umständen Vorkaufsrechte oder auch Aufgriffsrechte Dritter hinsichtlich einzelner Sachen, wie zB Liegenschaften oder Geschäftsanteilen, auslösen) gehen – wie bereits oben unter 1 dargelegt – ohne Zustimmung des Sicherungsgebers grundsätzlich nicht über. In der Regel können auch Angebote, Optionen und sonstige Gestaltungsrechte nicht mitübertragen werden.

<sup>1188</sup> vgl Ertl in *Rummel*<sup>3</sup>, § 1408 Rz 1; ÖBA 1988, 844.

<sup>1189</sup> *Kozio/Welser*, I<sup>13</sup>, 95 sprechen von einer „normierten“ Willenserklärung; Ertl in *Rummel*<sup>3</sup>, § 1408 Rz 1 geht von einer „fingierten“ Willenserklärung aus, die eine befreiende Schuldübernahme erleichtern soll.

<sup>1190</sup> §§ 445, 451 ABGB; *Kurzbauer*, Höchstbetragshypothek 155 ff mwN auf den uneinheitlichen Meinungsstand; aA *Apathy*, ÖBA 2000, 1047 f, der auch in den Fällen der Vertragsübernahme den Übergang der Höchstbetragshypothek ohne Einverleibung eintreten lässt.

<sup>1191</sup> *Kozio/Welser*, I<sup>13</sup>, 348.

<sup>1192</sup> Somit kommen die körperliche Übergabe und die Subsidiarübergabe durch Zeichen oder durch Erklärung in Frage.

<sup>1193</sup> § 1358 ABGB; *Kozio/Welser*, II<sup>13</sup>, 124; Ertl in *Rummel*<sup>3</sup>, § 1407 Rz 3.

<sup>1194</sup> *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1990, 142.

<sup>1195</sup> Zweifelnd allerdings *Hügel*, FS *Koppensteiner*, 98.

<sup>1196</sup> RdW 1996, 164.

Vertragliche Zessionsverbote schließen im Hinblick auf ihre absolute Wirkung<sup>1197</sup> wirksame Abtretung aus; in diesen Fällen würden oft Treuhandkonstruktionen vereinbart werden.<sup>1198</sup>

## 5. Übertragung von Beteiligungen

Wird ein Unternehmen von einer Gesellschaft betrieben und wechselt deren „wirtschaftlicher Eigentümer“ durch Übertragung der Geschäftsanteile oder eines maßgeblichen Anteils daran, liegt kein Fall des § 38 UGB vor. Es ändert sich ja nicht der „Unternehmensträger“, also das Zurechnungssubjekt des Unternehmens, sondern nur die Zusammensetzung seiner Gesellschafter. Es handelt sich um den Fall der Universalsukzession.<sup>1199</sup> Bestimmte, an sich mit einer Unternehmensübertragung verbundene, Rechtsfolgen können allerdings nach sondergesetzlichen Vorschriften<sup>1200</sup> auch in derartigen Fällen eintreten, sofern sie nicht auf den Fall des Unternehmenserwerbs im Rahmen einer Singularsukzession beschränkt sind.

Dabei ist die freie Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen ein Merkmal der Kapitalgesellschaften, während im Personengesellschaftsrecht der Grundsatz der Unveräußerlichkeit herrscht<sup>1201</sup>, wofür als Korrektiv ein Austrittsrecht des einzelnen Personengesellschafters besteht. Eine Annäherung an die Personengesellschaft ist der GmbH durch eine übertragungsfeindliche Satzungsgestaltung gem § 76 Abs 2 GmbHG<sup>1202</sup> möglich.<sup>1203</sup>

Der Sache nach liege jedenfalls ein Rechtsvorgang vor, der viel eher einer Vertragsübernahme als einem bloßen Gläubigerwechsel entspreche, weil der Übernehmer in die volle gesellschaftsrechtliche Stellung, die mit dem Geschäftsanteil verbunden sei, also auch in die entsprechenden Pflichten, eintrete.<sup>1204</sup>

---

<sup>1197</sup> SZ 57/8.

<sup>1198</sup> Szep in Jabornegg/Strasser, AktG II<sup>5</sup> § 237 Rz 14.

<sup>1199</sup> Vgl dazu die Ausführungen unter I.III.D.3.

<sup>1200</sup> zB § 12a MRG.

<sup>1201</sup> Rauter in Straube, GmbHG § 76 Rz 12; vgl auch Hannak in FS Hämmerle, 127 (132); Weismann, Übertragungsbeschränkungen 1.

<sup>1202</sup> § 76 Abs 2 GmbHG: „Zur Übertragung von Geschäftsanteilen mittels Rechtsgeschäftes unter Lebenden bedarf es eines Notariatsaktes. Der gleichen Form bedürfen Vereinbarungen über die Verpflichtung eines Gesellschafters zur künftigen Abtretung eines Geschäftsanteiles. Im Gesellschaftsvertrag kann die Übertragung von weiteren Voraussetzungen, insbesondere von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht werden.“

<sup>1203</sup> zur AG siehe § 62 Abs 2 AktG: „Die Satzung kann die Übertragung von Namensaktien an die Zustimmung der Gesellschaft binden. Die Zustimmung gibt der Vorstand, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt. Die Zustimmung darf nur aus wichtigem Grund verweigert werden.“

<sup>1204</sup> OGH 6 Ob 525/89.

## 5.1. Kapitalgesellschaften

### a. Aktiengesellschaft

Bei einer AG ist eine Anteilsübertragung ohne bestehende besondere formpflichtige Kriterien, also ohne Notariatsakt, und auch nach sachenrechtlichen Kriterien als Wertpapier möglich.

Die Übertragung von Anteilen einer AG kann durch den Gesellschaftsvertrag an die Zustimmung der Gesellschaft, in der Regel durch ihren Vorstand, gebunden werden. Der Vorstand darf die Zustimmung lediglich bei Vorliegen von wichtigen Gründen verweigern.<sup>1205</sup>

### b. GmbH

§ 76 Abs 1 GmbHG normiert, dass Geschäftsanteile übertragbar und vererblich sind.<sup>1206</sup> Der Grundsatz der freien Übertragbarkeit ist in seiner Reichweite jedoch insofern zu relativieren, als zum einen die Übertragung unter Lebenden an die Form des Notariatsaktes gebunden ist, zum anderen Abs 2 gesellschaftsvertragliche Einschränkungen der freien Übertragbarkeit ausdrücklich zulässt.<sup>1207</sup>

Derartige Beschränkungen der Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen können gem § 76 Abs 2 Satz 3 GmbHG im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, so etwa die Bindung der Übertragbarkeit an die Zustimmung der Gesellschaft. Diese ist in bestimmten Fällen sogar erforderlich, etwa wenn an einen Geschäftsanteil Entsendungsrechte zum Aufsichtsrat geknüpft<sup>1208</sup> oder einem Gesellschafter Nebenleistungspflichten auferlegt werden sollen.<sup>1209</sup>

---

<sup>1205</sup> § 62 Abs 2 AktG: „Ist nach der Satzung die Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung der Aktien notwendig, so ist, falls die Zustimmung versagt wird, dem Aktionär bei Nachweis der Einzahlung des auf die Einlage eingeforderten Betrags vom Gericht die Übertragung der Aktie zu gestatten, wenn kein wichtiger Grund für die Verweigerung der Zustimmung vorliegt und die Übertragung ohne Schädigung der Gesellschaft, der übrigen Aktionäre und der Gläubiger erfolgen kann. Das Gericht hat vor der Entscheidung den Vorstand zu hören. Ungeachtet der erteilten Zustimmung des Gerichts zur Übertragung kann diese dennoch nicht wirksam stattfinden, wenn die Gesellschaft innerhalb eines Monats nach Rechtskraft der Entscheidung dem Aktionär durch eingeschriebenen Brief mitteilt, daß sie die Übertragung der Aktie zu den gleichen Bedingungen an einen anderen von ihr bezeichneten Erwerber gestatte.“

<sup>1206</sup> Sog Grundsatz der freien Übertragbarkeit/Grundsatz der Vererblichkeit.

<sup>1207</sup> Siehe dazu bereits Ausführungen unter III.IV.C.5.1

<sup>1208</sup> Siehe § 30c Abs 2 GmbHG: „Das Entsendungsrecht kann nur den Inhabern solcher Geschäftsanteile eingeräumt werden, deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist.“

<sup>1209</sup> § 8 GmbHG: „Wenn ein oder mehrere Gesellschafter sich neben den Stammeinlagen zu wiederkehrenden, nicht in Geld bestehenden, aber einen Vermögenswert darstellenden Leistungen verpflichten, so sind Umfang und Voraussetzung dieser Leistung sowie für den Fall des Verzuges allenfalls festgesetzte Konventionalstrafen, dann die Grundlagen für die Bemessung einer von der Gesellschaft für die Leistungen zu gewährenden Vergütung im Gesellschaftsvertrage genau zu bestimmen. (2) Dasselbe ist auch festzusetzen, dass die Übertragung von Geschäftsanteilen der Zustimmung der Gesellschaft bedarf.“

## 5.2. Personengesellschaften

Die Übertragung der Gesellschafterstellung an einer Personenhandelsgesellschaft<sup>1210</sup> bedarf bei Einzelrechtsnachfolge der Zustimmung aller Gesellschafter, sofern im Gesellschaftsvertrag nicht eine Vorwegzustimmung zur Übertragung der Mitgliedschaft eingeräumt ist oder die Zustimmung ad hoc erfolgt.<sup>1211</sup>

## 5.3. Genossenschaften

Geschäftsanteile an einer Genossenschaft mit beschränkter Haftung können gemäß § 83 Abs 1 GenG mit Bewilligung des Vorstandes durch Einzelrechtsnachfolge übertragen werden, wenn nicht der Genossenschaftsvertrag ausdrücklich anderes bestimmt.<sup>1212</sup> Für Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung gilt das Prinzip der Unübertragbarkeit.<sup>1213</sup>

## 5.4. Stille Gesellschaft

Überträgt der Geschäftsinhaber einer stillen Gesellschaft sein Unternehmen im Wege der Einzelrechtsnachfolge, bedarf dies der Zustimmung des stillen Gesellschafters; die Zustimmung sei dabei Wirksamkeitsvoraussetzung.<sup>1214</sup> Sie könne im Gesellschaftsvertrag im Voraus erteilt werden. Ist dies nicht der Fall, müssen der bisherige und der neue Geschäftsinhaber die Zustimmung des stillen Gesellschafters einholen.<sup>1215</sup>

Die Verpachtung oder Veräußerung des Unternehmens oder dessen Rechtsformänderung führt nach heute wohl hA nicht zur ipso jure Auflösung, sondern gewährt uU dem Stillen ein außerordentliches Kündigungsrecht;<sup>1216</sup> die Vertragsübernahme werde durch § 38 UGB bewirkt, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrag die Höchstpersönlichkeit (wie zB ausdrückliche Festlegung des Todes des Geschäftsinhabers) abzuleiten ist.<sup>1217</sup>

<sup>1210</sup> Gesellschaftsanteil an einer OG, Komplementär- oder Kommanditbeteiligung an einer KG.

<sup>1211</sup> *Koppensteiner in Straube*<sup>3</sup>, Art 7 Nr 9-11 § 124 Rz 16 mwN.

<sup>1212</sup> ZB kann das Statut einer Genossenschaft die Übertragbarkeit zur Gänze ausschließen. Bei der Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung besteht das Prinzip der Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft (§ 54 GenG).

<sup>1213</sup> vgl *Keinert*, Genossenschaftsrecht Rz 676; der übernehmende Rechtsträger habe allerdings die persönliche Voraussetzung für die Aufnahme in die Genossenschaft zu erfüllen.

<sup>1214</sup> Zur Einbringung in eine GmbH als Sacheinlage OGH 6 Ob 264/97k, ecolex 1998, 485 (*Konwitschka*).

<sup>1215</sup> *Bezzenberger in MünchHdb StG* § 24 Rz 5.

<sup>1216</sup> Siehe dazu *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/981.

<sup>1217</sup> *Straube / U. Torggler in Straube*, HGB<sup>3</sup> §§ 184, 185 Rz 10; *Rebhahn in Jabornegg*, HGB § 185 Rz 4.

## D. Öffentlich-rechtliche Vorschriften

Soweit Einzelrechtsnachfolgetatbestände vorliegen, komme eine rechtsnachfolgeähnliche Wirkung nur bei gegenstandsbezogenen („dinglichen“) Verwaltungsrechtsverhältnissen in Betracht.<sup>1218</sup> Bei diesen könne der Nachfolgerechtsträger ohne weitere Voraussetzungen die Rechte des Rechtsvorgängers ausüben, habe aber auch dessen Pflichten<sup>1219</sup> zu erfüllen.

Überwiegend wird der Rechtsübergang subjektbezogener öffentlicher Rechtsverhältnisse aufgrund einer Einzelrechtsnachfolge abgelehnt; die zivilrechtliche Einzelrechtsnachfolge wird nicht als geeigneter Übergangsgrund für Verwaltungsrechtsbeziehungen angesehen.<sup>1220</sup> Dies gilt sowohl für die Nachfolge in Rechten als auch für die Pflichtennachfolge. Öffentlich-rechtliche Pflichten können aber nicht Gegenstand privatrechtlicher Dispositionen sein.<sup>1221</sup>

Es gilt also der Grundsatz, dass subjektbezogene Verwaltungsrechtsverhältnisse in der Regel nicht übertragbar sind, es sei denn, dass der Gesetzgeber ausdrücklich den Übergang angeordnet hat.<sup>1222</sup>

### 1. Verwaltungsrecht

Im Verwaltungsverfahren gelte die grundsätzliche Regelung, dass sich ein Bescheid nur auf die Parteien des Verfahrens bezieht.<sup>1223</sup> Auf Personen, die im Zeitpunkt des Verfahrens noch nicht Parteien waren, beziehen sich daher grundsätzlich die Wirkungen des Bescheides nicht. Wird daher ein Unternehmen veräußert, so hätten nach dieser allgemeinen Regel Bescheide, die gegen den Verkäufer erlassen wurden, gegen den Erwerber keine Wirkung. Als höchstpersönliches Recht des Verkäufers ginge etwa seine Gewerbeberechtigung nicht auf den Erwerber über. Der Erwerber habe daher selbst die erforderlichen Gewerbeberechtigungen zu erwerben.<sup>1224</sup>

Die allgemeine Regel wird aber vor allem in solchen Verwaltungsangelegenheiten durchbrochen, die bestimmte sachliche Objekte betreffen, hinsichtlich derer das Verfahren und die Bescheide eine sogenannte „dingliche Wirkung“ haben.<sup>1225</sup> Im Folgenden seien die bedeutendsten Beispiele dinglicher Wirkung dargestellt:

<sup>1218</sup> Siehe *Helbich/Wiesner/Bruckner*, Handbuch Umgründungen<sup>4</sup>, Rz 565f.

<sup>1219</sup> Baurechtliche Abbruchs- und Bauaufträge, Auflagen gewerbebehördlicher Betriebsanlagen-genehmigungsbescheide, wasserrechtliche Auflagen etc.

<sup>1220</sup> *Melichar* in FS *Schmitz* - I 178 ff; *Raschauer*, Verwaltungsrecht 584 ff.

<sup>1221</sup> *Stadie*, Rechtsnachfolge im Verwaltungsrecht, DVBl 1990, 506.

<sup>1222</sup> *Pauger*, ZfV 1984, 101; aA *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht<sup>7</sup> Rz 488, wonach eine Erstreckung der Bescheidwirkung auf den Einzelrechtsnachfolger anzunehmen ist, wenn das Recht, über das entschieden wurde, übertragbar ist.

<sup>1223</sup> *Raschauer*, Verwaltungsrecht 584 ff.

<sup>1224</sup> Siehe aber III.IV.D.1.8.a.

<sup>1225</sup> Siehe schon zuvor unter III.IV.D.1.

### 1.1. Ausländerbeschäftigungsgesetz

Nach § 3 Abs 3 Ausländerbeschäftigungsgesetz<sup>1226</sup> gilt bei Eintritt eines anderen Arbeitgebers in das Rechtsverhältnis durch Übergang des Betriebes oder Änderung der Rechtsform bei sonst unverändertem Fortbestand der Voraussetzungen die Beschäftigungsbewilligung als dem neuen Arbeitgeber erteilt.

### 1.2. Betriebsanlagengenehmigung

Durch einen Wechsel in der Person des Inhabers einer Betriebsanlage wird die Wirksamkeit einer Genehmigung nicht berührt. Jeder Inhaber einer Anlage kann von einer Betriebsanlagengenehmigung Gebrauch machen, es bedarf anlässlich des Wechsels der Inhaberschaft keiner neuen Genehmigung.<sup>1227</sup> § 80 Abs 5 GewO<sup>1228</sup> bezieht sich aber nicht nur auf das Recht, eine Betriebsanlage zu nutzen, denn den jeweiligen Inhaber der Anlage treffen auch sämtliche Verpflichtungen, die sich aus einem Betriebsanlagengenehmigungsbescheid ergeben, insbesondere daher die Verpflichtung zur Erfüllung von Auflagen des Betriebsanlagengenehmigungsbescheides. Der jeweilige Inhaber der Betriebsanlage ist auch an Auflagen iSd § 80 Abs 1 und 3 GewO<sup>1229</sup> gebunden.

Wer Inhaber der Betriebsanlage ist, richtet sich nach bürgerlichem Recht.<sup>1230</sup> Inhaber ist demnach jene Person, die die Betriebsanlage gem § 309 ABGB in ihrer Macht und Gewahrsame hat.

### 1.3. Baurecht

Dingliche Wirkungen von Bescheiden normieren die verschiedenen Bauordnungen der Bundesländer.<sup>1231</sup> Wie bei Betriebsanlagen ist zu beachten, dass auch im Bereich des Bauverwaltungsrechtes dem jeweiligen Eigentümer oder Miteigentümer nicht nur Rechte an einer Liegenschaft zustehen, sondern ihn auch Verpflichtungen treffen, die zwar gegenüber

---

<sup>1226</sup> § 3 Abs 3 AuslBG: „Bei Eintritt eines anderen Arbeitgebers in das Rechtsverhältnis nach § 2 Abs. 2 durch Übergang des Betriebes oder Änderung der Rechtsform gilt bei sonst unverändertem Fortbestand der Voraussetzungen die Beschäftigungsbewilligung als dem neuen Arbeitgeber erteilt.“

<sup>1227</sup> Stolzlechner/Wendl/Zitta, Die gewerbliche Betriebsanlage<sup>2</sup> Rz 126; Helbich/Wiesner/Bruckner, Handbuch Umgründungen<sup>4</sup>, Rz 576.

<sup>1228</sup> § 80 Abs 5 GewO: „Durch einen Wechsel in der Person des Inhabers der Anlage wird die Wirksamkeit der Genehmigung nicht berührt.“

<sup>1229</sup> Aufträge der Behörde aus Anlass einer Betriebsunterbrechung oder Auflassung.

<sup>1230</sup> Hanusch, Gewerbeordnung I § 80 Rz 12.

<sup>1231</sup> Vgl zB § 129 b BO für Wien, der die Wirksamkeit sämtlicher aufgrund der Bestimmungen dieses Gesetzes erlassenen Bescheide durch einen Wechsel in der Person des Eigentümers (Miteigentümers) unberührt lässt; § 110 BgldBO, § 51 KtnBO, § 119 NöBO, § 53 OöBO, § 55 TBO, § 52 VbgBO.

dem Rechtsvorgänger bescheidmäßig festgesetzt sind<sup>1232</sup>, mangels bisheriger Erfüllung nun aber vom Nachfolgerechtsträger zu erfüllen seien.<sup>1233</sup>

#### 1.4. Wasserrecht

Nach § 22 Abs 1 WRG<sup>1234</sup> ist bei ortsfesten Wassernutzungsrechten Wasserberechtigter der jeweilige Eigentümer der Betriebsanlage oder Liegenschaft, mit der diese Rechte verbunden sind. Die Judikatur knüpft dabei an den zivilrechtlichen Eigentumsbegriff an.<sup>1235</sup> Nach § 31 Abs 4 WRG<sup>1236</sup> treffen auch einen Rechtsnachfolger des Liegenschaftseigentümers Sorgepflichten für die Reinhaltung von Gewässern, wenn er von den Anlagen oder Maßnahmen, von denen die Gefahr ausgeht, Kenntnis hatte oder bei gehöriger Aufmerksamkeit Kenntnis haben musste.

Dies gelte auch für Verpflichtungen gem § 138 WRG über die Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes bei verbotenen Ablagerungen, die ebenfalls vom Rechtsnachfolger des Liegenschaftseigentümers zu erfüllen sind, wenn dieser von der Ablagerung Kenntnis hatte oder bei gehöriger Aufmerksamkeit Kenntnis haben musste.

#### 1.5. Umweltrecht

Gem § 46 Abs 1 AWG hat die zuständige Behörde im Zusammenhang mit einer Behandlungsanlage iSd AWG<sup>1237</sup> die Liegenschaftseigentümer und die an der Liegenschaft dinglich Berechtigten erforderlichenfalls mit Bescheid zu verpflichten, Untersuchungen, die zur Beurteilung der Auswirkungen der Behandlungsanlage auf den Boden, das Wasser, die Luft oder die Pflanzen unbedingt erforderlich sind, zu dulden. Ein Wechsel des Liegenschaftseigentümers oder des an der Liegenschaft dinglich Berechtigten berührt die Wirksamkeit des Bescheides nicht.

<sup>1232</sup> zB offene Bauaufträge, Verpflichtung zur Beseitigung eines vorschriftswidrigen Baus.

<sup>1233</sup> Helbich/Wiesner/Bruckner, Handbuch Umgründungen<sup>4</sup>, Rz 567f.

<sup>1234</sup> § 22 Abs 1 WRG: „Bei nicht ortsfesten Wasserbenutzungsanlagen ist die Bewilligung auf die Person des Wasserberechtigten beschränkt; bei allen anderen Wasserbenutzungsrechten ist Wasserberechtigter der jeweilige Eigentümer der Betriebsanlage oder Liegenschaft, mit der diese Rechte verbunden sind. Wasserbenutzungsrechte sind kein Gegenstand grundbücherlicher Eintragung.“

<sup>1235</sup> VwGH 97/07/0012, VwGH 95/07/0203; siehe hiezu auch Krömer, ecolx 1990, 385 ff.

<sup>1236</sup> § 31 Abs 4 WRG: „Kann der nach Abs. 1 Verpflichtete nicht gemäß Abs. 3 beauftragt oder zum Kostenersatz herangezogen werden, dann kann an seiner Stelle dem Liegenschaftseigentümer der Auftrag erteilt oder der Kostenersatz auferlegt werden, wenn er den Anlagen oder Maßnahmen, von denen die Gefahr ausgeht, zugestimmt oder sie freiwillig geduldet und ihm zumutbare Abwehrmaßnahmen unterlassen hat. Dies gilt auch für Rechtsnachfolger des Liegenschaftseigentümers, wenn sie von den Anlagen oder Maßnahmen, von denen die Gefahr ausgeht, Kenntnis hatten oder bei gehöriger Aufmerksamkeit Kenntnis haben mussten.“

<sup>1237</sup> Siehe die Definition der Behandlungsanlagen in § 2 Abs 7 Z 1 AWG: „ortsfeste oder mobile Einrichtungen, in denen Abfälle behandelt werden, einschließlich der damit unmittelbar verbundenen, in einem technischen Zusammenhang stehenden Anlagenteile;“

Den Eigentümer einer Liegenschaft trifft nach gesetzlicher Vorschrift eine subsidiäre Haftung für Behandlungsaufträge. Ist der dem Gesetz nach eigentlich Verpflichtete<sup>1238</sup> nicht feststellbar, ist er zur Erfüllung des Auftrags rechtlich nicht imstande oder kann er aus sonstigen Gründen nicht beauftragt werden, so ist der Auftrag nach Maßgabe der folgenden Absätze dem Eigentümer der Liegenschaft, auf der sich die Abfälle befinden, zu erteilen. § 74 AWG knüpft somit an das jeweilige Eigentumsrecht an der Liegenschaft an.<sup>1239</sup>

#### 1.6. Naturschutz

Bewilligungen, aber auch Verpflichtungen nach naturschutzrechtlichen Vorschriften kommt regelmäßig dingliche Wirkung zu. Die Bescheidwirkungen erstrecken sich auch auf den Rechtsnachfolger bei Wechsel in der Person des Inhabers einer Anlage oder Eigentümers einer Liegenschaft.<sup>1240</sup>

#### 1.7. Forstrecht

Ähnliche Rechtsbeziehungen wie für das Baurecht bestehen kraft ausdrücklicher Anordnung für das Forstrecht. So gehen Fällungsbewilligungen gemäß § 88 ForstG<sup>1241</sup> auf den Eigentümer der Liegenschaft über.

#### 1.8. Gewerberecht

Das Gewerberecht ist hinsichtlich möglicher Auswirkungen auf eine singularsukzessive Unternehmensnachfolge in zwei Tatbestände zu unterteilen: Zum einen handelt es sich um die Thematik der Gewerbeberechtigung, die sich auf das Recht einer natürlichen oder juristischen Person zur Ausübung des Gewerberechtes bezieht und zum anderen um die Thematik der Genehmigung einer Betriebsanlage als örtlich gebundene Einrichtung zur Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit, wie sie bereits zuvor kurz angeschnitten wurde.<sup>1242</sup> Die mit einer Rechtsnachfolge verbundenen gewerberechtlichen Auswirkungen für die

---

<sup>1238</sup> Siehe § 73 AWG.

<sup>1239</sup> Siehe zum vormaligen § 18 AWG: *Kerschner in Funk*, Abfallwirtschaftsrecht 1993, 222 ff; siehe hiezu auch die landesrechtlichen Verordnungen wie zB § 14 K-AWO, der die dingliche Wirkung von Bescheiden für den jeweiligen Eigentümer einer Liegenschaft anordnet, ebenso wie § 32 OÖ AWG 1997 sowie § 40 Bgld AWG 1993.

<sup>1240</sup> § 48 Sbg NSG 1993, § 45 OÖ NLG 1995, § 52 K-NSG, § 45 VlbG NLEG, § 41 Tir NSG 1997, § 28 Bgld NLPfG, § 37 Wr NSG.

<sup>1241</sup> So § 90 Abs 1 ForstG: „Wird einem Berechtigten gemäß § 87 Abs. 1 oder 2 die Fällungsbewilligung erteilt, so tritt dieser, unbeschadet allfälliger zivilrechtlicher Vereinbarungen, hinsichtlich der Rechte und der Verpflichtungen aus der Fällungsbewilligung an die Stelle des Waldeigentümers. Kommt der gemäß § 87 Abs. 1 Berechtigte den Verpflichtungen nicht nach, so hat für deren Erfüllung der Waldeigentümer Sorge zu tragen.“

<sup>1242</sup> Siehe III.IV.D.1.2.

Gewerbeberechtigung sind in § 11 Abs 4 - 6 GewO geregelt, jene für die Betriebsanlagengenehmigung in § 80 Abs 5 GewO.<sup>1243</sup>

*a. Gewerbeberechtigung*

Unabhängig davon, ob sich die Rechtsnachfolge im Wege der Einzel- oder im Wege der Gesamtrechtsnachfolge vollzieht, geht nach dem Inhalt des § 11 Abs 4 GewO<sup>1244</sup> bei Umgründungen die ursprüngliche Berechtigung zur Gewerbeausübung auf den Nachfolgeunternehmer (Nachfolgerechtsträger) über, sofern die Voraussetzungen des § 11 Abs 5<sup>1245</sup> und 6<sup>1246</sup> GewO eingehalten werden. Damit werden im Gewerberecht beide Arten der Rechtsnachfolge gleich behandelt.

Anknüpfungspunkt für die Übergangsregelung nach der Gewerbeordnung ist der Begriff „Umgründungen“. Der Gesetzgeber hat dabei selbst definiert, was er unter dem Begriff Umgründungen versteht.<sup>1247</sup>

Nach dem Sinn und Zweck des § 11 Abs 4 GewO kommen für eine Anwendung dieser Bestimmungen nur jene Umgründungstatbestände in Betracht, die zu einem Wechsel in der Rechtsträgerschaft des Unternehmens führen. Umgründungstatbestände, die zB nach außen hin in einem bloßen Gesellschafterwechsel in Erscheinung treten, würden nicht unter § 11 Abs 4 GewO fallen. Dies folgt daraus, dass die Gesellschaft unverändert Inhaberin einer Gewerbeberechtigung bliebe und daher keine Notwendigkeit einer Rechtsübertragung auf einen Nachfolgeunternehmer bestünde.

<sup>1243</sup> Helbich/Wiesner/Bruckner, Handbuch Umgründungen<sup>4</sup>, Rz 574 f.

<sup>1244</sup> Siehe § 11 Abs 4 GewO: „Bei Umgründungen (Verschmelzungen, Umwandlungen, Einbringungen, Zusammenschlüssen, Realteilungen und Spaltungen) geht die ursprüngliche Berechtigung zur Gewerbeausübung auf den Nachfolgeunternehmer (Rechtsnachfolger) nach Maßgabe der in den Abs. 5 und 6 festgelegten Bestimmungen über.“

<sup>1245</sup> § 11 Abs 5 GewO: „Die Berechtigung zur weiteren Gewerbeausübung im Sinne des Abs. 4 entsteht mit dem Zeitpunkt der Eintragung der Umgründung im Firmenbuch, wenn der Nachfolgeunternehmer (Rechtsnachfolger) die Voraussetzungen für die Ausübung des betreffenden Gewerbes erfüllt. Der Nachfolgeunternehmer (Rechtsnachfolger) hat der Behörde (§ 345 Abs. 1) den Übergang unter Anschluß der entsprechenden Belege längstens innerhalb von sechs Monaten nach Eintragung im Firmenbuch anzuzeigen. Ist der Nachfolgeunternehmer (Rechtsnachfolger) eine Personengesellschaft oder eine juristische Person, so ist § 9 Abs. 2 erster Satz sinngemäß anzuwenden.“

<sup>1246</sup> § 11 Abs 6 GewO: „Die Berechtigung des Nachfolgeunternehmers (Rechtsnachfolgers) endet nach Ablauf von sechs Monaten ab Eintragung der Umgründung im Firmenbuch, wenn er innerhalb dieser Frist den Rechtsübergang nicht angezeigt hat oder im Fall des Abs. 5 letzter Satz kein Geschäftsführer oder Pächter innerhalb dieser Frist bestellt wurde. Handelt es sich um ein bewilligungspflichtiges gebundenes Gewerbe, so endet die Gewerbeberechtigung dann nicht nach Ablauf von sechs Monaten, wenn die Genehmigung der Bestellung des Geschäftsführers innerhalb der Frist von sechs Monaten beantragt wurde, jedoch erst nach Ablauf dieser Frist erteilt wird.“

<sup>1247</sup> Siehe § 11 Abs 4 GewO: „(Verschmelzungen, Umwandlungen, Einbringungen, Zusammenschlüsse, Realteilungen und Spaltungen)“; mit dieser Formulierung lehnte sich die GewO an § 202 Abs 2 HGB (nunmehr § 202 Abs 2 UGB), in dem die gleiche Wortfolge verwendet wird, an; die im § 11 Abs 4 GewO angeführte Reihenfolge der Umgründungstatbestände entspricht jener des UmgrStG.

Vom Rechtsübergang erfasst seien alle – auch ruhende bzw nicht ausgeübte – Gewerbeberechtigungen des ursprünglichen Gewerbeinhabers, nicht nur jene, die tatsächlich im Zeitpunkt der Umgründung ausgeübt werden<sup>1248</sup>, und nicht nur für den Hauptstandort, sondern auch für alle weiteren Betriebsstätten und integrierte Betriebe.<sup>1249</sup>

Grenzen des Rechtsüberganges gemäß § 11 Abs 4 GewO würden sich dort ergeben, wo zwingende andere gewerberechtliche Vorschriften einem Rechtsübergang entgegenstehen. Führt ein Umgründungsvorgang dazu, dass der Nachfolgeunternehmer eine GesbR ist, könne dies einen Gewerberechtsübergang nicht bewirken, weil eine GesbR nicht gewerberechtsfähig ist.<sup>1250</sup> Ein Rechtsübergang sei auch dann ausgeschlossen, wenn für den Nachfolgeunternehmer eine bestimmte Rechtsform vorgeschrieben ist.<sup>1251</sup>

Voraussetzung für die Rechtsnachfolge gem § 11 Abs 4 GewO ist die Einhaltung der in § 11 Abs 5 und 6 leg cit geforderten Voraussetzungen beim Nachfolgerechtsträger.

Nach § 11 Abs 5 GewO kommt es (nur) zum Übergang der Gewerbeberechtigung, wenn der Rechtsnachfolger die Voraussetzungen für die Ausübung des betreffenden Gewerbes erfüllt und der Rechtsnachfolger der Gewerbebehörde den Übergang unter Anschluss der entsprechenden Belege innerhalb von sechs Monaten nach Eintragung im Firmenbuch angezeigt hat.<sup>1252</sup> Sofern der Rechtsnachfolger eine Personengesellschaft oder eine juristische Person ist, ist ein gewerberechtlicher Geschäftsführer oder Pächter zu bestellen.

Nach dem Wortlaut des § 11 Abs 5 Satz 1 GewO entsteht die Berechtigung zur weiteren Gewerbeausübung beim Rechtsnachfolger mit dem Zeitpunkt der Eintragung im Firmenbuch. Da nach dem Sinn und Zweck der Gewerberechtsnovelle die gewerberechtliche Durchführung von Umgründungen erleichtert werden soll, ist davon auszugehen, dass in jenen Fällen, in denen der Gewerbebetrieb bereits vor Eintragung in das Firmenbuch übergeht<sup>1253</sup>, die Berechtigung zur Gewerbeausübung beim Rechtsnachfolger bereits mit dem Übergang des Gewerbebetriebes, allenfalls unter der auflösenden Bedingung der Nichteintragung im Firmenbuch, entsteht.<sup>1254</sup> Nach § 345 Abs 8 Z 1 GewO hat die Gewerbebehörde die Anzeige

<sup>1248</sup> Gerscha/Steuer, GewO § 11 Rz 6.1.

<sup>1249</sup> Schneider, ZfV 1996, 543.

<sup>1250</sup> Schneider, ZfV 1996, 530 ff; siehe grundsätzlich zur GesBr bereits **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden..**

<sup>1251</sup> Siehe zum Beispiel § 121 GewO für das Rauchfangkehrergewerbe.

<sup>1252</sup> Es kommen dabei aber nur solche Umgründungen in Betracht, die in das Firmenbuch einzutragen sind; das Vorliegen einer firmenbuchmäßig zu erfassenden Umgründung ist daher als Vorfrage zu beurteilen. Vgl BMwA 1.2.2001, UmS 42/12/01, SWK 2001, 382.

<sup>1253</sup> Sowohl bei der Übernahme eines Unternehmens gem § 142 HGB (nunmehr § 142 UGB) als auch bei der Eintragung eines Betriebsüberganges im Firmenbuch gem § 3 Z 17 FBG ohne Sondervorschrift (zB § 92 Abs 4 BWG) wirkt die Firmenbucheintragung nur deklarativ.

<sup>1254</sup> Würde man die Bestimmung wörtlich interpretieren, könnte dem klaren Grundgedanken der Gewerberechtsnovelle 1992, den Erwerb der Gewerbeberechtigung durch den Rechtsnachfolger bei

mit (Feststellungs-)Bescheid zur Kenntnis zu nehmen. Der Rechtsübergang selbst tritt nach § 11 Abs 5 Satz 1 GewO bereits im Zeitpunkt der Eintragung der Umgründung in das Firmenbuch ein, sodass der Feststellungsbescheid nur deklarative Wirkung hat.

## 2. Verwaltungsverfahrensrecht

Bei den dinglichen Verwaltungsrechtsverhältnissen entfaltet die dingliche Wirkung ihre Rechtsfolgen auch für das jeweils anhängige Verwaltungsverfahren.<sup>1255</sup> Es geht dabei folglich um solche Verwaltungsverfahren, die durch dinglichen Bescheid abzuschließen sind.<sup>1256</sup> Tritt während eines derartigen Verfahrens ein Rechtsnachfolger ein, so ist das Verfahren mit dem Nachfolger fortzusetzen.

Außerhalb der dinglichen Verwaltungsrechtsverhältnisse sind die für die Rechtsnachfolge von durch Gesetz oder Verwaltungsakt verliehenen Bewilligungen bzw auferlegten Pflichten bestimmenden Grundsätze auch für anhängige Verwaltungsverfahren heranzuziehen.

Bei Einzelrechtsnachfolgetatbeständen erstreckt sich die Wirkung einer Bewilligung bzw einer verwaltungsrechtlich angeordneten Verpflichtung (außerhalb von dinglichen Verwaltungsrechtsverhältnissen) nicht auf den Rechtsnachfolger. Dieser Grundsatz gilt auch für anhängige Verwaltungsverfahren, sodass der Einzelrechtsnachfolger außerhalb der dinglichen Verwaltungsrechtsverhältnisse auch nicht in anhängige Verwaltungsverfahren des Rechtsvorgängers eintritt.<sup>1257</sup>

## 3. Abgabenrechtliche Überlegungen beim Unternehmenserwerb

Die Veräußerung von Betriebsvermögen so wie die Veräußerung des gesamten Betriebes<sup>1258</sup> ist im Rahmen der betrieblichen Einkunftsarten der ESt unterworfen.<sup>1259</sup>

Eine Betriebsveräußerung liegt dann vor, wenn es sich um die Veräußerung des ganzen Betriebes, eines Teilbetriebes oder der Veräußerung eines Mitunternehmeranteils handelt.

Eine Veräußerung eines ganzen Betriebes liegt dann vor, wenn der Betrieb als Ganzes in einem einheitlichen Vorgang veräußert wird. Eine Veräußerung eines Teilbetriebes liegt vor, wenn ein organisch in sich geschlossener, mit einer gewissen Selbstständigkeit ausgestatteter, Teil eines Betriebes veräußert wird.

---

Umgründungen umfassend zu erleichtern, nicht ausreichend Rechnung getragen werden; aA *Schneider*, ZfV 1996, 535, der auf den Zeitpunkt der Eintragung in das Firmenbuch abstellt.

<sup>1255</sup> Siehe *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 489.

<sup>1256</sup> Zu den einzelnen Fällen siehe III.IV.D.1.

<sup>1257</sup> *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 489.

<sup>1258</sup> Zum Begriff des Betriebs siehe bereits I.III.C.1.7.

<sup>1259</sup> Siehe § 24 EStG.

Die Betriebsveräußerung ist mit der schlagartigen Aufdeckung der stillen Reserven verbunden, die sich in den Jahren der betrieblichen Tätigkeit gebildet haben. Daher ist die Betriebsveräußerung unter bestimmten Voraussetzungen begünstigt.

Die Höhe des Veräußerungsgewinnes ergibt sich aus dem Unterschiedsbetrag des Betriebsvermögens zu Buchwerten gegenüber dem Veräußerungserlös zuzüglich der vom Käufer übernommenen Schulden.

Dabei gibt es für die Betriebsveräußerung folgende Steuerbegünstigungen:

### 3.1. Verteilungsbegünstigung<sup>1260</sup>

Der Veräußerungsgewinn kann auf Antrag auf drei Jahre verteilt werden, wenn der Betrieb seit der Eröffnung oder dem letzten entgeltlichen Erwerb mindestens sieben Jahre bestanden hat.

### 3.2. Hälftesteuersatz<sup>1261</sup>

Der Steuersatz für den Veräußerungsgewinn ermäßigt sich auf Antrag auf die Hälfte des Durchschnittssteuersatzes, bemessen vom gesamten Einkommen, wenn der Betrieb mindestens sieben Jahre bestanden hat und deshalb veräußert wird, weil der Steuerpflichtige gestorben oder erwerbsunfähig ist (den Betrieb nicht mehr fortführen kann) oder das 60. Lebensjahr vollendet hat und seine Erwerbstätigkeit einstellt.<sup>1262</sup>

---

<sup>1260</sup> § 37 Abs 2 Z 1 EStG: „Veräußerungsgewinne im Sinne des § 24, wenn seit der Eröffnung oder dem letzten entgeltlichen Erwerbsvorgang sieben Jahre verstrichen sind.“

<sup>1261</sup> § 37 Abs 5 EStG: „Außerordentliche Einkünfte sind Veräußerungs- und Übergangsgewinne, wenn die Betriebsveräußerung oder -aufgabe aus folgenden Gründen erfolgt: 1. Der Steuerpflichtige ist gestorben und es wird dadurch eine Betriebsveräußerung oder Betriebsaufgabe veranlasst. 2. Der Steuerpflichtige ist wegen körperlicher oder geistiger Behinderung in einem Ausmaß erwerbsunfähig, dass er nicht in der Lage ist, seinen Betrieb fortzuführen oder die mit seiner Stellung als Mitunternehmer verbundenen Aufgaben oder Verpflichtungen zu erfüllen. Das Vorliegen dieser Voraussetzung ist auf Grundlage eines vom Steuerpflichtigen beigebrachten medizinischen Gutachtens eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen zu beurteilen, es sei denn, es liegt eine medizinische Beurteilung durch den für den Steuerpflichtigen zuständigen Sozialversicherungsträger vor. 3. Der Steuerpflichtige hat das 60. Lebensjahr vollendet und stellt seine Erwerbstätigkeit ein. Eine Erwerbstätigkeit liegt nicht vor, wenn der Gesamtumsatz aus den ausgeübten Tätigkeiten 22.000 Euro und die gesamten Einkünfte aus den ausgeübten Tätigkeiten 730 Euro im Kalenderjahr nicht übersteigen. Für Veräußerungs- und Übergangsgewinne steht der ermäßigte Steuersatz nur über Antrag und nur dann zu, wenn seit der Eröffnung oder dem letzten entgeltlichen Erwerbsvorgang sieben Jahre verstrichen sind.“

<sup>1262</sup> Beachte § 37 Abs 5 EStG: Einkunftsgrenze € 730; Umsatzgrenze € 22.000.

### 3.3. Steuerfreibetrag

Der Freibetrag iHv 7.300€ gem § 24 Abs 4 EStG<sup>1263</sup> steht dann zu, wenn weder der Hälftesteuersatz noch die Verteilungsbegünstigung beantragt wird. Der Veräußerungsgewinn ist dann nur insoweit steuerpflichtig, als er den Freibetrag übersteigt.

## V. Zeitpunkt der Rechtsnachfolge und rechtliche Konsequenzen bei Mängel

### A. **Übergang von Rechten und Pflichten beim Unternehmenserwerb**

Der Zeitpunkt des Übergangs der Rechtsverhältnisse ist jener des Unternehmensübergangs.<sup>1264</sup> Der gesonderten Übertragung aller Unternehmensaktiva bedürfte es idR nicht.<sup>1265</sup> Soweit eine pauschale symbolische Übergabe nicht ausreicht, ist zur Übertragung von dinglichen Rechten der vorgeschriebene Modus einzuhalten, wobei die Rechtsnachfolge bei Einzelrechtsnachfolgetatbeständen nicht konzentriert in einem einzigen Zeitpunkt eintritt, sondern sich nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften vollzieht und in den verschiedenen Zeitpunkten der Durchführung des für jede Rechtsposition maßgebenden Verfügungsgeschäftes stattfindet.<sup>1266</sup> Das Unternehmen gelte dabei als übergegangen, sobald der Erwerber über die Unternehmensorganisation so verfügen kann, dass die Beziehungen zu den Vertragspartnern des Veräußerers zweckentsprechend zum Einsatz kommen können.<sup>1267</sup> Entscheidend sei, dass der Erwerber die Verfügungsmacht über die für das Betreiben des Unternehmens erforderlichen Gegenstände bereits erhalten hat, womit nicht notwendigerweise auch schon der Eigentumserwerb gemeint sein müsse. Der Unternehmensübergang erfolge regelmäßig durch Vornahme des entsprechenden Verfügungsgeschäfts, für das in der Praxis häufig ein bestimmter Stichtag vereinbart wird.<sup>1268</sup>

Der Zeitpunkt des Übergangs eines Rechtsverhältnisses sagt aber noch nichts darüber aus, ob der Erwerber in dieses ex nunc oder ex tunc eintritt. Zur Klarstellung werde vorgesehen, dass auch jene Rechte und Verbindlichkeiten aus einem Rechtsverhältnis, die bis zu dessen

---

<sup>1263</sup> § 24 Abs 4 EStG: „Der Veräußerungsgewinn ist nur insoweit steuerpflichtig, als er bei der Veräußerung (Aufgabe) des ganzen Betriebes den Betrag von 7 300 Euro und bei der Veräußerung (Aufgabe) eines Teilbetriebes oder eines Anteiles am Betriebsvermögen den entsprechenden Teil von 7 300 Euro übersteigt. Der Freibetrag steht nicht zu,

- wenn von der Progressionsermäßigung nach § 37 Abs. 2 oder Abs. 3 Gebrauch gemacht wird,
- wenn die Veräußerung unter § 37 Abs. 5 fällt oder
- wenn die Progressionsermäßigung nach § 37 Abs. 7 ausgeschlossen ist.“

<sup>1264</sup> Vgl ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP.

<sup>1265</sup> Krejci in Dehn/Krejci, UGB<sup>2</sup> 53.

<sup>1266</sup> Der Eigentumsübergang unbeweglicher Sachen findet im Zeitpunkt der grundbücherlichen Eintragung statt, der Erwerb beweglicher Sachen im Übergabezeitpunkt etc.

<sup>1267</sup> So ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP.

<sup>1268</sup> Siehe Bydlinski in Krejci, RK UGB, § 38 Rz 8.

Übergang in der Vergangenheit begründet wurden, im Zweifel auf den Erwerber übergehen.<sup>1269</sup> Beispielsweise könne der Dritte noch vor dem Unternehmensübergang fällig gewordene Forderungen nunmehr beim Erwerber als seinem neuen Vertragspartner geltend machen; er könne Schadenersatzansprüche, die im Verhalten des Veräußerers begründet sind, beim Erwerber ansprechen; er könne Gestaltungsrechte, die ihm aus seinem Vertragsverhältnis mit dem Veräußerer erwachsen sind, nach dem Unternehmensübergang gegenüber dem Erwerber ausüben. Umgekehrt treffe dies auch auf den Erwerber zu. Die Frage der bloßen Forthaftung des Veräußerers bleibe davon unberührt.

## **B. Haftungsfragen vor dem Abschluss des Unternehmenskaufvertrages**

In der österreichischen Lehre wird angenommen, dass zukünftige Vertragsparteien schon mit der Aufnahme ihres Kontakts zu geschäftlichen Zwecken in ein beiderseitiges – nämlich vorvertragliches – Schuldverhältnis treten, das sie zu gegenseitiger Rücksicht bei der Vorbereitung wie auch beim Abschluss eines Vertrages verpflichtet.<sup>1270</sup> Dieses vorvertragliche Schuldverhältnis sei aber vom Zustandekommen des Vertrages selbst völlig unabhängig. Über vorvertragliche Pflichten enthält zwar das Gesetz keine allgemeinen Bestimmungen, jedoch wurden die zur Anwendung kommenden Grundsätze durch Rechtslehre und Judikatur herausgebildet. Die These, es handle sich bei der culpa in contrahendo um ein vorvertragliches Schuldverhältnis, ließe sich aus bereits bestehenden Normen herleiten.<sup>1271</sup>

Die vorvertraglichen Pflichten würden, der hM folgend und wie zuvor erwähnt, bereits mit der Kontaktaufnahme zu geschäftlichen Zwecken beginnen.<sup>1272</sup> Dazu sei prinzipiell nicht notwendig, dass es überhaupt zu Vertragsverhandlungen gekommen ist.<sup>1273</sup> Eine (konkrete) Kaufabsicht bereits zu diesem Zeitpunkt ist nicht Voraussetzung für das Eingreifen der culpa in contrahendo.<sup>1274</sup>

In Unternehmenskaufsituationen ist dies zB dann denkbar, wenn erst einmal eine Due Diligence und Vertragsverhandlungen erst nach diesem Schritt stattfinden sollen.

Die dabei entstehenden vorvertraglichen Pflichten richten sich nicht auf die Erbringung der vertraglichen Leistung selbst oder auf die Leistung einer anderen Sache, das

---

<sup>1269</sup> Siehe *Bydlinski in Krejci*, RK UGB, § 38 Rz 17.

<sup>1270</sup> *Koziol/Welser*, II<sup>13</sup>, 16 ff mwN; aA *Reischauer in Rummel*<sup>3</sup>, §§ 918–933 Rz 14, der im vorvertraglichen Zustand kein Schuldverhältnis, sondern besondere deliktische Pflichten sieht.

<sup>1271</sup> Diesem Gedanken sollen die §§ 866, 869, 874, 878 S 3, zum Teil auch § 932 Abs 1 IS (zB SZ 48/102; vgl auch SZ 46/22) zugrunde liegen; dazu kritisch *Reischauer in Rummel*<sup>3</sup>, vor §§ 918–933 Rz 14.

<sup>1272</sup> zB JBl 1995, 222; RIS-Justiz RS0016281

<sup>1273</sup> *Reischauer in Rummel*<sup>3</sup>, vor §§ 918–933 Rz 14a.

<sup>1274</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0120078.

Schuldverhältnis sei vielmehr ein solches „ohne Hauptleistungspflicht“.<sup>1275</sup> Es ist daher nicht etwa der Abschluss des Unternehmenskaufvertrages, zu dem eine Verpflichtung besteht, und der ohne darauf gerichtete eindeutige vertragliche Verpflichtung durchgesetzt werden kann. Es bestehen jedoch ab der Kontaktnahme der Parteien eines Unternehmenskaufvertrages gewisse Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten. Diese Pflichten lassen sich nur beispielhaft und allgemein umschreiben, weil es dazu keinen taxativen Katalog gibt, und es würde im Falle eines Rechtsstreits wohl von Fall zu Fall beurteilt werden, ob diese verletzt wurden.<sup>1276</sup> Werden jedoch diese Pflichten schuldhaft verletzt, so ist der pflichtwidrig handelnde Teil ersatzpflichtig.

## 1. Relevante Grundsätze vorvertraglicher Haftung

### 1.1. Haftung aus einer Verletzung von Aufklärungspflichten

Es wird angenommen, dass die Vertragsparteien bereits vor dem Abschluss eines Vertrages bestimmte aktive Aufklärungspflichten treffen.<sup>1277</sup> Dies ist gerade für Unternehmenskaufsituationen besonders relevant, weil sich hier beispielsweise regelmäßig die Frage stellt, inwieweit der Verkäufer dem Käufer, der ohnedies eine Due Diligence durchführt, aktiv auf bestimmte Umstände oder Eigenschaften des Unternehmens hinweisen muss.

Generelle Aussagen, wann eine Aufklärungspflicht besteht, seien kaum möglich.<sup>1278</sup> Die Judikatur hat aber dazu die folgenden Grundsätze entwickelt: Das Risiko einer Beteiligung hat grundsätzlich der zu tragen, der Kapital investieren will.<sup>1279</sup> Eine aktive Aufklärungspflicht durch den Verkäufer besteht in der Regel nur dann, wenn der Käufer durch Nachfrage zum Ausdruck bringt, dass er auf einen Punkt besonderen Wert legt und

---

<sup>1275</sup> OGH 9 ObA 243/02d.

<sup>1276</sup> Dementsprechend schwierig ist eine systematische Kategorisierung dieser Pflichten; *Welser* in FS *Wagner*, 361 (365) hatte zB aufgrund der Judikatur des OGH bis dahin folgende Falltypen vorvertraglicher Pflichten in der österreichischen Judikatur unterschieden: 1) Haftung wegen Unterlassung der Aufklärung über die Ungültigkeit eines rechtsgeschäftlichen Aktes und wegen Unterlassung der Beseitigung der einem Vertragsabschluss entgegenstehenden Hindernisse, 2) Mangelnde Aufklärung über die Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes und die mit der Vertragserfüllung verbundenen Gefahren, 3) Haftung wegen Irreführung über die Ernstlichkeit des eigenen Abschlusswillens und wegen grundlosen Abbruchs der Vertragsverhandlungen nach Schaffung einer Vertrauenslage, 4) Vertragshaftung bei Verletzung schon deliktisch geschützter Güter anlässlich des rechtsgeschäftlichen Kontaktes, und 5) Haftung des Scheinvertreters wegen Vertretung ohne Vertretungsmacht und persönliche Haftung des Stellvertreters für „sonstige“ culpa in contrahendo.

<sup>1277</sup> Siehe die Beispiele in *Reischauer in Rummel*<sup>3</sup>, vor §§ 918-933 Rz 15.

<sup>1278</sup> RZ 1993/95, SZ 68/105 = RdW 1995, 422.

<sup>1279</sup> ÖBA 1996, 228/536; RdW 1996, 523.

daher informiert werden will – insofern besteht keine allgemeine Aufklärungspflicht über alle Umstände, die den Vertragsgegner vom Vertragsabschluss abhalten könnten.<sup>1280</sup>

Insbesondere sind aber die Eigenschaften aufzuzeigen, deren Bedeutung der Käufer mangels Fachkenntnis nicht erkennt, die aber für ihn erkennbarerweise von maßgeblichem Einfluss auf die rechtsgeschäftliche Willensbildung sind.<sup>1281</sup>

Eine „besondere Nachfrage“ wird bei Abhaltung einer Due Diligence über den Verkaufsgegenstand und mit der Übermittlung von Due-Diligence-Prüflisten, aber auch bei Abhaltung sogenannter „Management-Interviews“, im Zuge einer Due Diligence zu bejahen sein. Unterlassene oder gar falsche Auskünfte, die im Zuge einer Due Diligence erteilt werden, berechtigen somit zur Erhebung von Ansprüchen unter dem Titel der *cic*.

Eine Partei hat die andere vor Geschäftsabschluss über die Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes oder über eine mögliche Gefährdung der Erfüllung aufzuklären und solche rechtliche Hindernisse mitzuteilen, die einem gültigen Vertragsschluss entgegenstehen.<sup>1282</sup> Geschützt werden soll hier zB vor wahrheitswidriger listiger Behauptung der Vertragsfähigkeit, vor Scheinhandlungen, um den anderen zu übervorteilen, vor der Herbeiführung eines (nichtigen) Vertragsschlusses durch List, Furcht oder fahrlässig veranlasstem Irrtum, oder vor den Folgen der Verschweigung der Unmöglichkeit der Erfüllung eines Vertrages bzw ähnlich schwerwiegenden Verhaltensweisen.<sup>1283</sup> Die Aufklärungspflicht erstreckt sich jedoch nicht generell auf alle entscheidungsrelevanten Umstände.<sup>1284</sup> Eine Pflicht ist nur dann anzunehmen, wenn der andere Teil nach den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs Aufklärung erwarten durfte.<sup>1285</sup>

Für den Unternehmenskauf bedeutsame Aufklärungspflichten werden insbesondere bei Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung oder bei unmittelbar bevorstehendem wirtschaftlichen Zusammenbruch bejaht.<sup>1286</sup>

Bei Gesellschaftsverträgen wird – anders als bei bloßen Umsatzgeschäften, weil sie ein besonderes Vertrauensverhältnis voraussetzen – eine erhöhte Aufklärungspflicht angenommen.<sup>1287</sup>

---

<sup>1280</sup> OGH 1 Ob 778/81, SZ 55/51.

<sup>1281</sup> OGH 1 Ob 778/81, SZ 55/51; RdW 1998/539; JBl 2003/376.

<sup>1282</sup> *Reischauer in Rummel*<sup>3</sup>, vor §§ 918-933 Rz 15; SZ 52/90 = JBl 1980, 33; Miet 32.226; RdW 1987, 3; JBl 1990, 599; JBl 1992, 118 = RdW 1991, 352 = *ecolex* 1991, 607.

<sup>1283</sup> vgl OGH 5 Ob 626/76, SZ 49/94; vgl auch JBl 1976, 205; SZ 46/22.

<sup>1284</sup> OGH 1 Ob 778/81, SZ 55/51; SZ 52/22, JBl 1987, 657.

<sup>1285</sup> SZ 52/22, SZ 55/51; JBl 1992, 711; ÖBA 1996, 382/547.

<sup>1286</sup> *Reischauer in Rummel*<sup>3</sup>, vor §§ 918-933 Rz 15a mwN.

<sup>1287</sup> OGH 3 Ob 563/95, JBl 1996, 174 = *ecolex* 1996, 606 [dem Sachverhalt lag eine GesBR zugrunde].

## 1.2. Haftung aus dem Abbruch von Vertragsverhandlungen

Grundsätzlich besteht nach österreichischem Recht das Prinzip Abschlussfreiheit in Hinblick auf Verträge.<sup>1288</sup> Der Kontrahierungszwang besteht als Ausnahme vom Prinzip der Abschlussfreiheit nur in den vom Gesetz geregelten Fällen sowie überall dort, wo die faktische Übermacht eines Beteiligten bei bloß formaler Parität die Möglichkeit der "Fremdbestimmung" über andere gibt.<sup>1289</sup> Ein solcher Zwang liegt jedoch im Fall von Unternehmenskaufverträgen nicht vor. Jeder Vertragspartner kann somit prinzipiell auch grundlos Vertragsverhandlungen abbrechen und den Vertragsabschluss scheitern lassen.<sup>1290</sup> Die Aufwendungen, die jeder Vertragspartner im Hinblick auf den in Aussicht genommenen Vertrag tätigt, trägt daher jeder grundsätzlich auf eigenes Risiko.<sup>1291</sup>

Allerdings kann der Abbruch von Vertragsverhandlungen zB dann zu einer Haftung führen, wenn er sittenwidrig und in Schädigungsabsicht erfolgt ist.<sup>1292</sup> Es genüge zB als Haftungsvoraussetzung, wenn ein Teil durch den anderen in die Annahme versetzt wurde, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen und der Abschluss sei nur noch Formsache. Eine derartig erzeugte Annahme könne zB darin begründet sein, dass der schädigende Teil selbst schon vor dem Vertragsabschluss Erfüllungshandlungen setzt, oder von seinem Gegenüber Leistungen aus dem künftigen Vertrag verlangt, oder ihn zu Dispositionen veranlasst, die der späteren Erfüllung dienen.<sup>1293</sup> Allerdings müssten diesfalls bereits alle wesentlichen Bestandteile des Vertrages als weitere Haftungsvoraussetzung feststehen, und es dürften auch sonst keine den Vertragsinhalt bestehenden Meinungsverschiedenheiten bestehen, da vorher nicht auf Abschluss vertraut werden dürfe.<sup>1294</sup> Wenn der wesentliche Vertragsinhalt noch nicht feststehe, so komme allenfalls eine Haftung wegen Verletzung von Warn- oder Aufklärungspflichten in Frage.<sup>1295</sup>

Keine Haftung wird dagegen dann angenommen, wenn ein triftiger Grund für den Nichtabschluss vorliegt. Dies wird bejaht, wenn ein Grund zum Rücktritt oder zur Anfechtung

---

<sup>1288</sup> vgl Miet 32.094.

<sup>1289</sup> ÖBl 1989, 19; ÖBl 1994, 66; RIS-Justiz RS0016744.

<sup>1290</sup> vgl dazu auch *Ostheim*, JBl 1980, 570 (573).

<sup>1291</sup> RdW 1992, 350.

<sup>1292</sup> *Reischauer in Rummel*<sup>3</sup>, vor §§ 918-933 Rz 17 mwN.

<sup>1293</sup> *Ostheim*, JBl 1980, 570 (573) unterscheidet hier konkret folgende Vertrauenstatbestände: a) Der Schutzpflichtige verhält sich selbst so, als ob der Vertrag bereits abgeschlossen wäre; b) der Schutzpflichtige fordert den Partner auf, seine im Vertrag vorgesehenen Leistungen zu erbringen oder mit dem Erbringen dieser Leistungen zumindest zu beginnen; c) der Schutzpflichtige fordert ein (sonstiges) Verhalten, das nur im Hinblick auf den Vertragsabschluss sinnvoll und gerechtfertigt ist, und d) der Schutzpflichtige stimmt Dispositionen des Partners im Hinblick auf den Vertragsabschluss zu. Eine Haftung soll zufolge *Ostheim* nicht als verschuldensunabhängige Vertrauenshaftung eintreten, sondern dann wenn nach Schaffung eines Vertrauenstatbestandes unbegründet ein Vertragsschluss abgelehnt wird.

<sup>1294</sup> *Reischauer in Rummel*<sup>3</sup>, vor §§ 918-933 Rz 17 mwN.

<sup>1295</sup> *Reischauer in Rummel*<sup>3</sup>, vor §§ 918-933 Rz 17.

bei zustande gekommenem Vertrag vorgelegen hätte. Der OGH bejaht einen triftigen Grund auch bei Unzumutbarkeit des Abschlusses.<sup>1296</sup> Allerdings seien dabei Umstände aus der Sphäre des Schutzpflichtigen, dh solche, die durch diesen selbst geschaffen wurden, nicht beachtlich.<sup>1297</sup>

Eine Haftung aus cic könne auch entstehen, wenn eine Partei bei entsprechender Sorgfalt hätte vorhersehen können, dass dem späteren Vertragsabschluss ein Hindernis entgegensteht.<sup>1298</sup> Selbst wenn ein triftiger Grund für den Nichtabschluss vorliege, so könne die Pflicht bestehen, über den Nichtabschluss unverzüglich aufzuklären. Ein triftiger Grund ist insb gegeben, wenn bei einem zustande gekommenen Vertrag Rücktritt oder Anfechtung ohne Haftungsfolgen gegeben wäre.<sup>1299</sup> Ersatzpflicht trete hier nur für den durch die verspätete Aufklärung eintretenden Schaden ein.<sup>1300</sup>

Semler überschreibt diesen Pflichtenkreis bei der Verhandlungsführung mit der Pflicht zur „redlichen Verhandlungsführung“.<sup>1301</sup> Unredlich sei es demzufolge, Vertragsverhandlungen aufzunehmen oder fortzusetzen, wenn eine ernstliche Abschlussabsicht nicht besteht.

### 1.3. Haftung für Stellvertreter und Erfüllungsgehilfen

Die Handlungen von Stellvertretern oder Vertragsgehilfen, also bei Unternehmenskaufverträgen etwa die Berater einer Seite, sind dem Geschäftsherrn nach § 1313a ABGB zuzurechnen.<sup>1302</sup> Allerdings kann auch eine direkte Haftung des Abschlussgehilfen eintreten, wenn er ein erhebliches und unmittelbares bzw ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrages hat.<sup>1303</sup>

Im Zusammenhang von Unternehmenskaufverträgen könnte eine derartige Interessenlage uU bei involvierten M&A-Beratern (insbesondere Rechtsanwälten) oder auch bei Investmentbanken bejaht werden, sofern diese entsprechend dem wirtschaftlichen Transaktionserfolg entlohnt werden sollen.

---

<sup>1296</sup> JBl 1992, 118.

<sup>1297</sup> Reischauer in Rummel<sup>3</sup>, vor §§ 918-933 Rz 17 mwN; Ostheim, JBl 1980, 570, 579.

<sup>1298</sup> So JBl 1992, 118; RdW 1996, 306.

<sup>1299</sup> vgl JBl 1992, 118; RdW 1996, 306.

<sup>1300</sup> Reischauer in Rummel<sup>3</sup>, vor §§ 918-933 Rz 17 mwN.

<sup>1301</sup> in Hölter, Handbuch<sup>6</sup>, Teil VII, Rz 485.

<sup>1302</sup> Siehe Reischauer in Rummel<sup>3</sup>, § 1313a Rz 8a.

<sup>1303</sup> Reischauer in Rummel<sup>3</sup>, vor §§ 918-933 Rz 15e mwN.

## 2. Umfang der Ersatzpflicht; Rechtsfolgen der culpa in contrahendo

Aufgrund der culpa in contrahendo können einer (Vorvertrags-)Partei Schadenersatzansprüche zustehen. Ansprüche auf Erfüllung, dh im Falle eines Unternehmenskaufvertrages ein Anspruch auf tatsächliches Zustandekommen der Transaktion, besteht jedoch nicht. Zu ersetzen ist bei Eintritt der Ersatzpflicht grundsätzlich nicht das Erfüllungsinteresse (oder „positive Vertragsinteresse“), sondern der Vertrauensschaden (das so genannte „negative Vertragsinteresse“), also der Nachteil, den ein Teil dadurch erleidet, dass er in seinem Vertrauen verletzt wurde.<sup>1304</sup> Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn die Pflichtverletzung nicht begangen worden wäre.

Nach dem Grad des Verschuldens ist dabei entweder eigentliche Schadloshaltung oder auch der entgangene Gewinn zu ersetzen.<sup>1305</sup> Zu ersetzen sind beispielsweise nutzlose Aufwendungen wie insbesondere solche für die Vorbereitung oder Abwicklung eines dann nicht oder nicht gültig zustande gekommenen Vertrages<sup>1306</sup>, aber zB auch die Versäumung entsprechender anderer Geschäftsabschlüsse.<sup>1307</sup>

Obwohl prinzipiell lediglich der Vertrauensschaden zusteht, kann dieser dem Inhalt und der Höhe nach jedoch durchaus dem Erfüllungsinteresse entsprechen. Hätte zB ein versäumtes Geschäft dieselben Vorteile gebracht wie ein ungültiges Geschäft, so würde der Vertrauensschaden (aus dem versäumten Geschäft) dem (hypothetischen) Erfüllungsinteresse aus dem ungültigen Geschäft entsprechen. Wäre das versäumte Geschäft sogar vorteilhafter gewesen, so kann der Vertrauensschaden das (hypothetische) Erfüllungsinteresse sogar übersteigen.<sup>1308</sup>

In Unternehmenskaufsituationen sind derartige Ansprüche aufgrund von cic deswegen relevant, da idR beide Seiten vor dem Vertragsabschluss hohe Aufwendungen tätigen, dies auf Seiten des Verkäufers zB aufgrund der Einrichtung eines Datenraums, auf Seiten des Käufers wesentlich aufgrund von Due Diligence-Prüfungen, und beiderseits aufgrund des Berateraufwands in den Vertragsverhandlungen.

Der Ersatz des Erfüllungsinteresses komme aber – ausnahmsweise – dann in Betracht, wenn bei pflichtgemäßem Verhalten der Vertrag zustande gekommen wäre.<sup>1309</sup> Es kann aber angenommen werden, dass dies in Unternehmenskaufsituationen idR nur selten der Fall sein

---

<sup>1304</sup> Reischauer in Rummel<sup>3</sup>, vor §§ 918-933 Rz 16 mwN; Schwimann, Praxiskommentar ABGB<sup>3</sup>, § 878 Rz 11.

<sup>1305</sup> RIS-Justiz RS0016374.

<sup>1306</sup> zB Vertragserrichtungskosten, Kosten der Vertragsverhandlung, Reisekosten, usw.

<sup>1307</sup> Das Erfüllungsinteresse ist ausgeschlossen, da vor Vertragsabschluss keine Erfüllungspflicht besteht, und diese daher auch nicht verletzt sein kann; vgl Welser in FS Wagner, 361 (380).

<sup>1308</sup> Welser in FS Wagner, 361 (380).

<sup>1309</sup> OGH 4 Ob 188/98w, wbl 1999,179 = ecolx 1999/30 [Klägerin war Bestbieterin] vgl auch Reischauer in Rummel<sup>3</sup>, vor §§ 918-933 Rzz 16 und 17a mwN.

wird. Praktisch würde hier zB der Fall des Unternehmensverkaufs im Rahmen eines Bieterverfahrens (etwa bei einer Privatisierung) in Betracht kommen, bei dem nicht der Bestbieter zum Zug kommt.<sup>1310</sup>

Sowohl beim Ersatz des Vertrauensschadens, wie auch beim Anspruch auf Erfüllungsinteresse kommt es bei grobem Verschulden zum Ersatz des entgangenen Gewinns.<sup>1311</sup> Allerdings erstreckt sich wie bisher die schadenersatzrechtliche Haftung im unternehmerischen Geschäftsverkehr stets auch auf den entgangenen Gewinn.<sup>1312</sup> Die Unterscheidung wirkt sich praktisch nur bei leichter Fahrlässigkeit aus, weil bei grobem Verschulden bereits nach allgemeinen Regeln das gesamte Interesse zu ersetzen ist.<sup>1313</sup>

§ 349 UGB beschränkt jedoch den subjektiven Anwendungsbereich auf Rechtsverhältnisse unter Unternehmern.<sup>1314</sup> Mit dieser Formulierung sind beiderseitig unternehmensbezogene Geschäfte gemeint.<sup>1315</sup> An der bisher zu Art 8 Nr 2 der 4. EVHGB vertretenen Ansicht, dass auch Ansprüche aus culpa in contrahendo erfasst seien<sup>1316</sup>, sei – natürlich wiederum beschränkt auf vorvertragliche Schuldverhältnisse zwischen Unternehmern – festzuhalten.<sup>1317</sup>

Typischerweise wird wohl ein Unternehmenskauf unter diese Bestimmung fallen, weswegen auch bei nur leichtem Verschulden ein Anspruch auf entgangenen Gewinn besteht. Die Regelung finde aber auch auf den Erwerb von Unternehmen zB durch am Markt in keiner Weise tätige Holdinggesellschaften in Form von Kapitalgesellschaften Anwendung, da diese zufolge § 2 UGB Unternehmer kraft Rechtsform sind.<sup>1318</sup>

Zu beachten ist, dass ein dennoch erfolgreicher Vertragsabschluss eine im Vorfeld allenfalls begangene culpa in contrahendo nicht „konsumiere“, und somit Ansprüche aufgrund cic auch nach dem erfolgten Vertragsabschluss und unabhängig von diesem erhoben werden können.<sup>1319</sup>

<sup>1310</sup> In einem derartigen Falle wäre idR überdies die Verletzung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbots anzunehmen.

<sup>1311</sup> Wie zuvor bereits RIS-Justiz RS0016374.

<sup>1312</sup> Siehe § 349 UGB: „Unter Unternehmern umfasst der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn.“

<sup>1313</sup> So § 1324 ABGB; näher siehe Schauer in Krejci, RK UGB § 349 Rz 3.

<sup>1314</sup> Schauer in Krejci, RK UGB § 349 Rz 3 mwN.

<sup>1315</sup> arg § 343 Abs 2 UGB; zur Anwendung auf Handelsgeschäfte bereits bisher Krejci, Handelsrecht<sup>3</sup>, 270 f.

<sup>1316</sup> Kerschner in Jabornegg, Art 8 Nr 2 Rz 5; Kramer in Straube<sup>3</sup>, Art 8 Nr 2 Rz 2; Kalss/Schauer, Handelsrecht, Rz 9/38

<sup>1317</sup> Schauer in Krejci, RK UGB § 349 Rz 3.

<sup>1318</sup> Vgl Dehn in Krejci, RK UGB § 2 Rz 1, wonach es für die im Gesetz genannten Unternehmer kraft Rechtsform ohne Belang ist, ob sie gewerblich, freiberuflich, land- oder forstwirtschaftlich, vermögensverwaltend, ideell oder sonst nicht-unternehmerisch tätig sind.

<sup>1319</sup> Judikurnachweise dazu bei Reischauer in Rummel<sup>3</sup>, vor §§ 918-933 Rz 14.

## C. Haftungsfragen nach Abschluss des Unternehmenskaufvertrages

### 1. Gewährleistung

Die Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts auf Unternehmenskäufe wird in der österreichischen Literatur und Judikatur zu Recht nicht in Zweifel gezogen.<sup>1320</sup> Das Unternehmen wird als Gesamtsache angesehen.<sup>1321</sup> Da dem Gewährleistungsrecht der weite Sachbegriff des § 285 ABGB zugrunde liegt, der nicht nur körperliche und unkörperliche Sachen, sondern auch Gesamtsachen im Sinne des § 302 ABGB umfasst, sind die gewährleistungsrechtlichen Vorschriften der §§ 922ff ABGB auf den Verkauf von Unternehmen direkt anwendbar.<sup>1322</sup>

Der Verkäufer habe dafür einzustehen, dass die Leistung im Zeitpunkt der Erfüllung die vertraglich geschuldeten Eigenschaften aufweist.<sup>1323</sup> Geschuldet sind demnach diejenigen Eigenschaften, welche die Parteien durch übereinstimmende Willenserklärungen zu solchen des Leistungsgegenstandes erhoben haben, oder deren Vorhandensein bereits nach der Verkehrsauffassung gewöhnlich vorausgesetzt ist.<sup>1324</sup> Inhaltlich können nicht nur physische und rechtliche, sondern auch wirtschaftliche und tatsächliche Verhältnisse Gegenstand von Eigenschaftsvereinbarungen sein.<sup>1325</sup>

Zu den Mängeln, die das gesamte Unternehmen betreffen, zähle auch das Fehlen einer zahlenmäßig bestimmten, vertraglich vereinbarten Ertragsfähigkeit.<sup>1326</sup> Denn der Ertrag ist ein, wenn nicht überhaupt der den wirtschaftlichen Wert des Unternehmens charakterisierende, Faktor, an dem sich Käufer und Verkäufer mit ihren Vorstellungen über die Kaufwürdigkeit des Unternehmens und die Angemessenheit des Kaufpreises zu orientieren pflegen. Angaben des Verkäufers über die Ertragsfähigkeit und die Grundlagen ihrer Berechnung sind dann als zum Vertragsinhalt zählende bindende Qualitätszusagen und nicht bloß als rechtsfolgenlose allgemeine Anpreisungen des Unternehmens zu beurteilen, wenn der Verkäufer ihren maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidung des Käufers erkennen musste und letzterer unter den besonderen Umständen des Falles nach der Verkehrsauffassung und den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs die Angaben in

<sup>1320</sup> Siehe dazu mwN Puck, Unternehmenskauf, 13ff.

<sup>1321</sup> Vgl bereits Ausführungen unter I.III.C.1.

<sup>1322</sup> Reischauer in Rummel<sup>3</sup>, §§ 922, 923 Rz 2; Gschnitzer in Klang<sup>2</sup> IV/1, 501; Stainer, Die Gewährleistung beim Unternehmenskauf 15f.

<sup>1323</sup> Flume, Eigenschaftsirrthum und Kauf 11f; F.Bydlinski in Klang<sup>2</sup> IV/2, 152f; Koziol/Welser, I<sup>13</sup>. 253f; Reischauer in Rummel<sup>3</sup> §§ 922, 923, Rz 3.

<sup>1324</sup> JBl 1960, 492; SZ 61/24 = JBl 1988, 448; idS SZ 68/105 = RdW 1995, 422; JBl 1998, 652 = ecolex 1998, 687

<sup>1325</sup> Gschnitzer in Klang<sup>2</sup> IV/1, 503f.

<sup>1326</sup> So zB jüngst 8Ob132/02y; 1Ob113/02b; 9Ob54/04p.

diesem Sinne verstehen durfte.<sup>1327</sup> Der Verkäufer habe in diesem Fall dafür zu haften, dass die zugesicherten Erträge mit dem im Unternehmen vorhandenen Ertragspotenzial bei durchschnittlichem unternehmerischen Einsatz und gleichbleibenden wirtschaftlichen Verhältnissen objektiv erzielbar sind.<sup>1328</sup> Gegenstand einer Eigenschaftsvereinbarung könne dabei auch die Richtigkeit der vom Verkäufer in der Vergangenheit erzielter Ertragszahlen sein. Der Verkäufer habe dann dafür zu haften, dass die zugesicherten Zahlen iSd GoB oder sonst vereinbarter Bilanzierungs- oder Bewertungsgrundsätze richtig sind. Für den Umstand, dass der Käufer mit dem Unternehmen in der Zukunft tatsächlich bestimmte Erträge erzielt, hafte der Verkäufer nur dann, wenn er eine echte Garantie übernommen hat. Unabhängig von der Parteienvereinbarung könne der Verkäufer dann einstandspflichtig werden, wenn das Unternehmen bei durchschnittlichem unternehmerischen Einsatz und gleichbleibenden wirtschaftlichen Verhältnissen objektiv nicht überlebensfähig ist.<sup>1329</sup> Durch die Fälschung der Inventur und Bilanz bei Veräußerung eines Unternehmens wird dem Unternehmen eine Eigenschaft beigelegt, die es nicht hat. Es liegt also nicht ein Quantitätsmangel, sondern ein Qualitätsmangel vor, und zwar ein unbehebbarer, der dem Erwerber einen Minderungsanspruch eröffnet.<sup>1330</sup>

Das Fehlen zum Unternehmen gehörender einzelner Sachen und Rechte stelle hingegen nur dann einen Mangel dar, wenn dadurch der Wert oder die Gebrauchstauglichkeit des Unternehmens beeinträchtigt werde.<sup>1331</sup> Ohne vertragliche Vereinbarung sei die gewöhnliche Gebrauchstauglichkeit des Unternehmens entscheidend. Diese werde durch einen Vergleich der verkauften Unternehmens mit anderen aus derselben Branche, gleicher Größe, vergleichbarem Marktanteil, ähnlicher Kapitalstruktur usw. ermittelt.

Verbindlichkeiten würden dann einen Mangel begründen, wenn der Erwerber im Außenverhältnis kraft gesetzlicher Anordnung<sup>1332</sup> für diese einzustehen hätte oder das Unternehmen durch sie entwertet werde. Ob tatsächlich ein Mangel vorliege, hänge von der vertraglichen Vereinbarung bzw. davon ab, ob durch das Vorhandensein der Verbindlichkeiten der Wert oder die Gebrauchstauglichkeit des Unternehmens bzw. Gesellschaftsanteils beeinträchtigt werde. Habe der Käufer im Außenverhältnis kraft gesetzlicher Anordnung für die Verbindlichkeit einzustehen, sei ein Mangel gleichzeitig als Rückstand im Sinne des

---

<sup>1327</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0016178.

<sup>1328</sup> Vgl. dazu im Detail Hofmann/Nowotny, GesRZ 2009, 126f, Gelter/Nowotny, GesRZ 2000, 63f, Klauninger/Wiedenbauer, ecolex 2003, 397f = IndRME 2003, Karollus-Bruner, ecolex 2007, 824f.

<sup>1329</sup> So Puck, Unternehmenskauf, 45f, 165; kritisch: Oberlechner, ecolex 2006, 628.

<sup>1330</sup> RIS-Justiz RS0018723.

<sup>1331</sup> Puck, Unternehmenskauf, 54f.

<sup>1332</sup> zB nach den hier behandelten §§ 1409 ABGB, § 38 UGB.

§ 928 ABGB einzuordnen; diesen hat der Verkäufer bei Fehlen einer Parteienvereinbarung im Zweifel immer zu vertreten.

Die bei Unternehmenskauf auftretenden Mängel sind aufgrund der Komplexität des Unternehmens häufig wirtschaftlich nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand behebbar, daher scheide die Verbesserung als Rechtsbehelf in der Regel aus.<sup>1333</sup> Bei der in Frage kommenden Preisminderung sei die relative Berechnungsmethode wegen Fehlens objektiver Verkehrswerte von Unternehmen nur selten anwendbar. Die Ermittlung des Wertes des mangelhaften Unternehmens erfolge daher anhand der von den Parteien dem Vertrag zugrunde gelegten Bewertungsmethode, bei Fehlen einer vertraglichen Regelung sei diejenige Methode heranzuziehen, die für die Bewertung nach Art des verkauften Unternehmens, bzw der Beteiligung unter Berücksichtigung des Vertragszwecks, nach objektiven Kriterien am besten geeignet sei.<sup>1334</sup>

## 2. Schadenersatz

§933a Abs 1 ABGB<sup>1335</sup> schreibt als *lex specialis*, die den schadenersatzrechtlichen Regelungen des §§ 1295ff ABGB vorgeht, den in jüngerer Rechtsprechung vertretenen Grundsatz der vollen Konkurrenz zwischen Gewährleistung und Schadenersatz explizit im Gesetz fest.<sup>1336</sup> Damit wird klargestellt, dass der Übernehmer wegen der vom Übergeber schuldhaft nicht vor Übergabe beseitigten Mängel auch Anspruch auf Schadenersatz hat.<sup>1337</sup>

Demgemäß sind Geldersatzansprüche – auch neben dem Recht auf Wandlung eines Kaufvertrages – keineswegs ausgeschlossen.<sup>1338</sup>

---

<sup>1333</sup> Siehe dazu Puck, Unternehmenskauf, 78f.

<sup>1334</sup> Puck, Unternehmenskauf, 13ff.

<sup>1335</sup> § 933a ABGB: „(1) Hat der Übergeber den Mangel verschuldet, so kann der Übernehmer auch Schadenersatz fordern. (2) Wegen des Mangels selbst kann der Übernehmer auch als Schadenersatz zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch verlangen. Er kann jedoch Geldersatz verlangen, wenn sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich ist oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Dasselbe gilt, wenn der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind. (3) Nach Ablauf von zehn Jahren ab der Übergabe der Sache obliegt für einen Ersatzanspruch wegen der Mangelhaftigkeit selbst und wegen eines durch diese verursachten weiteren Schadens dem Übernehmer der Beweis des Verschuldens des Übergebers.“

<sup>1336</sup> arg: „auch“.

<sup>1337</sup> Siehe SZ 2007/109.

<sup>1338</sup> Näheres dazu siehe Puck, Unternehmenskauf, 112ff.

### 3. Irrtum

Für den Fall, dass die die Mangelhaftigkeit des Unternehmens oftmals bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhanden sein wird, kann der Käufer – bei Vorliegen der übrigen Anspruchsvoraussetzungen – in Konkurrenz zum Gewährleistungsrecht auch irrumsrechtliche Behelfe geltend machen.<sup>1339</sup> Das Irrtumsrecht bietet den Vorteil, dass neben einem Irrtum über die Eigenschaften des Vertragsgegenstandes, somit des Unternehmens, auch andere Fehlvorstellungen geltend gemacht werden können, wie insbesondere der Irrtum über die Natur des Geschäfts, über Eigenschaften der Person des Vertragspartners oder über den Inhalt der Erklärung.<sup>1340</sup> Derartige Sachverhalte sind vom Gewährleistungsrecht nicht umfasst.

Liegen alle Anspruchsvoraussetzungen vor, kann der Irrende bei einem wesentlichen Irrtum den Vertrag anfechten, bei einem unwesentlichen den Vertrag entsprechend anpassen.<sup>1341</sup> Eine erfolgreiche Anfechtung beseitigt das Rechtsgeschäft mit Wirkung ex tunc, das heißt, dass sämtliche Leistungspflichten erlöschen und bereits erbrachte Leistungen gem § 877 ABGB zurückzuerstatten sind.<sup>1342</sup>

## VI. Zivilprozessrechtliche Überlegungen

### A. Zivilprozessordnung

Bei der Unternehmensveräußerung können Prozesse, die das zu übertragende Unternehmen betreffen, streitanhängig sein. Der Veräußerer des Unternehmens kann darin Kläger oder Beklagter sein. Solche Zivilprozesse sind in der Regel höchstpersönlich und der Eintritt des Erwerbers in ein Zivilverfahren ist daher grundsätzlich nicht möglich. § 234 ZPO<sup>1343</sup> bestimmt, dass die Veräußerung einer in Streit verfangenen Sache oder Forderung auf den Prozess keinen Einfluss hat und der Erwerber nicht berechtigt ist, ohne Zustimmung des Gegners als Hauptpartei in den Prozess einzutreten.

---

<sup>1339</sup> Näheres dazu siehe Puck, Unternehmenskauf, 146ff.

<sup>1340</sup> Zum Irrtumsrecht allgemein siehe Rummel in Rummel<sup>3</sup>, § 871.

<sup>1341</sup> Wesentlich ist ein Irrtum dann, wenn der Vertrag ohne Irrtum überhaupt nicht geschlossen worden wäre; unwesentlich, wenn beide Parteien den Vertrag in Kenntnis des Irrtums zu anderen Bedingungen geschlossen hätten.

<sup>1342</sup> Rummel in Rummel<sup>3</sup>, § 871 Rz 20; die Rückabwicklung eines Unternehmenskaufes stellt sich der Natur der Sache folgend nicht so einfach dar: zu den Details siehe Puck, Unternehmenskauf, 146ff.

<sup>1343</sup> § 234 ZPO: „Die Veräußerung einer in Streit verfangenen Sache oder Forderung hat auf den Prozess keinen Einfluss. Der Erwerber ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners als Hauptpartei in den Prozess einzutreten.“

Aus § 234 Satz 1 ZPO folge, dass die „Veräußerung“ des materiell der Klage zugrunde liegenden Anspruches nicht das Ausscheiden des Rechtsvorgängers aus dem Rechtsstreit nach sich ziehe.<sup>1344</sup> Der Rechtserwerber kann kraft gesetzlicher Anordnung des § 234 Satz 2 ZPO vielmehr nur mit Zustimmung des Gegners als Hauptpartei eintreten, dann komme es zu einem Parteiwechsel.<sup>1345</sup> Ob alleine diese Zustimmung des Gegners ausreicht, ist allerdings strittig.<sup>1346</sup> Nach Ansicht von *Klicka*<sup>1347</sup> sei die Zustimmung des Gegners ausreichend, weil kein sachlicher Grund zu sehen sei, warum die Zustimmung dessen erforderlich sein soll, der die Sache bzw das Recht übertragen hat, und daher ohnehin nicht mehr Träger des materiellen Anspruchs ist und nur mehr als Prozessstandschafter tätig bleiben könne. Da der Eintritt des Rechtsnachfolgers in den Prozess zur Folge hat, dass der Rechtsstreit nun zwischen den sachlegitimierten Personen ausgetragen werde, solle dies nicht dadurch verhindert werden können, dass der nicht mehr sachlegitimierte Veräußerer seine Zustimmung verweigert. Die erforderliche Zustimmung des Gegners muss als Prozesshandlung in der für Parteienerklärungen vorgesehenen Form<sup>1348</sup> erfolgen.<sup>1349</sup> Verweigert der Prozessgegner die Zustimmung zur Prozessübernahme durch den Rechtsnachfolger, dann könne dieser sich am Prozess nur dadurch beteiligen, dass er als Nebenintervenient beitrete.<sup>1350</sup>

## B. Exekutionsordnung

Grundsätzlich geschehe die Verteilung der Parteirollen für das Exekutionsverfahren bereits im Exekutionstitel.<sup>1351</sup> Es kann aber geschehen, dass sich in der Zeit zwischen Entstehung des Exekutionstitels und Einleitung der Exekution die materielle Rechtszuständigkeit entweder auf Gläubiger- oder auf Schuldnerseite ändert. Um zu vermeiden, dass in einem solchen Fall der bereits erlangte Exekutionstitel hinfällig wird und ein neuer Exekutionstitel geschaffen werden muss, räume § 9 EO die Möglichkeit ein, mit dem ursprünglichen Exekutionstitel zugunsten des neuen Gläubigers bzw gegen den neuen Verpflichteten Exekution zu führen, wenn der nach Entstehung des Exekutionstitels

<sup>1344</sup> *Klicka* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 234 ZPO Rz 37.

<sup>1345</sup> auch nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz: JUS-Extra 26, 13.

<sup>1346</sup> nach *Fasching*, Lehrbuch<sup>2</sup> Rz 1206 muss auch der Rechtsvorgänger – Veräußerer – mit dem Eintritte einverstanden sein, nach *Oberhammer*, OHG 201 ff und *Rechberger/ Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>6</sup> Rz 234 bedarf es nur der Zustimmung des Gegners.

<sup>1347</sup> *Klicka* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 234 ZPO Rz 37.

<sup>1348</sup> mündlich in der Verhandlung zu Protokoll, außerhalb der mündlichen Verhandlung bei Anwaltpflicht durch anwaltlich gefertigten Schriftsatz; außerhalb der Anwaltpflicht auch zu gerichtlichem Protokoll

<sup>1349</sup> die hRsp verlangt eine ausdrückliche Erklärung: LGZ Wien MietSlg 30.730 [1978], 27.665 [1975]; KG Krens MietSlg 26.664 [1974]; nach JUS-Extra 26, 13 könne die Zustimmung hingegen konkludent in einer Berufsbeantwortung durch Bezeichnung des Forderungsübernehmers als Kläger erteilt werden.

<sup>1350</sup> Siehe näher *Klicka* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 234 ZPO Rz 37.

<sup>1351</sup> *Jakusch* in *Angst*<sup>2</sup>, § 3 Rz 3.

eingetretene Wechsel in der Person des Berechtigten oder Verpflichteten durch qualifizierte Urkunden nachgewiesen werde.<sup>1352</sup> Zum Nachweis des Rechtsüberganges sind nur öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zugelassen.<sup>1353</sup> Die Urkunden seien mit dem Exekutionsantrag im Original vorzulegen.

Aus § 9 EO ergebe sich daher der allgemeine Grundsatz, dass der zugunsten des oder gegen den ursprünglichen Inhaber der Sache ergangene Exekutionstitel auch für bzw gegen den Rechtsnachfolger, und zwar auch für und gegen den Einzelrechtsnachfolger, wirke.<sup>1354</sup>

---

<sup>1352</sup> *Jakusch in Angst*<sup>2</sup>, § 9 Rz 1.

<sup>1353</sup> *Heller/Berger/Stix* I 198.

<sup>1354</sup> *Heller/Berger/Stix* I 227.

#### **IV. ZUSAMMENFASSUNG**

Eine einheitliche sachenrechtliche Verfügung über das Unternehmen ist nicht möglich. Der Eigentumserwerb setzt voraus, dass auch für die einzelnen, zum Unternehmen gehörenden Sachen eine gesonderte Übertragung stattfindet (Grundsatz der Spezialität). Das bedeutet, dass zum Unternehmen gehörende Liegenschaften durch Einverleibung, bewegliche Sachen durch körperliche Übergabe, Forderungen durch Zession etc zu übereigenen sind. Dies macht den Unternehmenserwerb im Wege der Einzelrechtsnachfolge grundsätzlich aufwendiger als den Erwerb eines Unternehmens durch Anteilskauf.

In dieser Diskontinuität der Rechtsbeziehungen und der teilweise aufwendigen sachenrechtlichen Übertragung liegen die Nachteile des Unternehmenskaufes i.e.S. Da einzelne Vertragsbeziehungen in der Regel mit der Zustimmung des Erwerbers, des Veräußerers und vor allem des Dritten überbunden werden müssen, kann dies insofern ein Nachteil sein, weil eine Zustimmung bei wesentlichen Verträgen möglicherweise nicht erwirkt werden kann. Andererseits kann dies aber auch ein Vorteil sein, weil unliebsame Verträge vom Erwerber nicht übernommen werden müssen. Als Vorteil kann daher gesehen werden, dass der Käufer eines Unternehmens sein Haftungsrisiko genau kalkulieren kann, weil er eben nicht automatisch für alle Unternehmensverbindlichkeiten einzustehen hat, sondern nur für solche, die er vertraglich übernommen hat oder für die er kraft gesetzlicher Anordnung haften muss, sofern er diese Haftung nicht zulässigerweise abbedungen hat.

Der Vertragsgegenstand kann beim Unternehmenserwerb im Wesentlichen besser den Bedürfnissen des Erwerbers und Verkäufers angepasst werden. Weiters können im Rahmen der Einzelrechtsnachfolge zumindest die beweglichen Bestandteile des Unternehmens bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen auch gutgläubig erworben werden. Ein gutgläubiger Erwerb von Beteiligungen ist im Gegensatz dazu nicht möglich. Abschließend darf nicht unerwähnt bleiben, dass insbesondere steuerliche, bilanzielle und gewerberechtliche Vor- und Nachteile eine Rolle spielen können. So ist etwa eine steuerwirksame Abschreibung der mit dem erworbenen Vermögen verbundenen stillen Reserven nur beim Unternehmenserwerb im Wege der Einzelrechtsnachfolge möglich.

Mit dem UGB wurde erstmals eine umfassende Regelung für den Übergang von Rechtsverhältnissen bei der Unternehmensveräußerung geschaffen, wobei es nicht mehr auf die Fortführung der Firma ankommt. Die Interessen Dritter werden durch die Einräumung eines Widerspruchsrechts gegen den Übergang eines Vertragsverhältnisses geschützt.

Der Veräußerer haftet zeitlich begrenzt für die unternehmensbezogenen Verbindlichkeiten fort. Bei Nichtübernahme unternehmensbezogener Rechtsverhältnisse kommt es zu einer Haftung des Erwerbers für die damit verbundenen Geschäftsverbindlichkeiten, wobei ein Haftungsausschluss erfolgen kann.

Vom Ziel der Handelsrechtsreform, durch § 38 UGB Unternehmensübernahmen zu erleichtern, müssen allerdings nach der Ausdehnung des Widerspruchsrechts des Dritten erhebliche Abstriche gemacht werden.

## Literaturverzeichnis

- *Angst*, Das Unternehmen als Zubehör der Pfandliegenschaft, ÖBA 1998, 82
- *Angst*, Kommentar zur Exekutionsordnung<sup>2</sup>, 2008
- *Apathy*, Kreditnehmer- und Kreditgeberwechsel bei Höchstbetragshypotheken, ÖBA 2000, 1047
- *Arnold*, Rechtsgebühren. Kommentar zum I., III. und IV. Abschnitt des Gebührengesetzes 8, 2006
- *Arnold/Dötsch*, Persönliche Haftung für Altschulden beim Eintritt in eine GbR, DStR 2003, 1398
- *Artmann*, Offene Fragen zum Unternehmensübergang nach §§ 38 f UGB, wbl 2007, 253
- *Axer*, Abstrakte Kausalität - ein Grundsatz des Handelsrechts?, 1986
- *Bauerreiß*, Unternehmensveräußerung und Mietverhältnis, in Festschrift für *Kastner*, 1972, 17
- *Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch. HGB-Kommentar<sup>34</sup>, 2010
- *Beig*, Vertragsübernahme bei Unternehmensübergang, ecollex 2004, 9
- *Beig*, Wohnrechtliche Aspekte des neuen Unternehmensgesetzbuchs, wobl 2006, 37
- *Beig/Größ*, Sonderprivatrechtliche Anknüpfung bei Vertragsübernahmen, RdW 2004, 519
- *Beisel/Klump*, Unternehmenskauf<sup>6</sup>, 2009
- *Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe*, Kauf und Verkauf von Unternehmungen, 1993
- *Beuthien*, Zu zwei Mißdeutungen des § 25 HGB, NJW 1993, 1737
- *Binder*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, 2001
- *Binz/Rauser*, Betriebliche Altersversorgung bei Betriebsaufspaltung, BB 1980, 897
- *H. Böhm*, Miete und Zeit (gleiches Mietrecht für alle?), wobl 1997, 21
- *H. Böhm*, § 46a Abs 4 MRG: Wider die absurde Auslegung, wobl 1999, 221
- *Bork*, Betriebliche Altersversorgung bei Betriebsaufspaltung, ZIP 1989, 1369
- *Börner*, § 25 I HGB: Vertragsübertragung kraft Gesetzes, in Festschrift für *Möhring*, 1975, 37
- *Braumann*, Selbständige Bestandteile, Zubehör und Kredit(un)sicherheit, RdW 1987, 321
- *Brauneis*, § 38 UGB und Unternehmenspachtverträge, immolex 2008, 11
- *Burger*, Haftung bei Betriebsübergang, ASoK 2004, 269
- *Buschmann*, 100 Jahre Gründungstag des Reichsgerichts, NJW 1979, 1966.
- *Bydlinski*, Handels- oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht, 1990
- *Canaris*, Konsequenzen aus der geplanten Abschaffung von § 419 BGB für § 25 HGB, ZIP 1989, 1161
- *Canaris*, Unternehmenskontinuität als Haftungs- und Enthaltungsgrund im Rahmen von § 25 HGB?, in Festschrift für *Frotz*, 1993, 11
- *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200, 2000
- *Canaris*, Handelsrecht<sup>24</sup>, 2006,
- *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts<sup>2</sup>, 1983
- *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971
- *Capelle/Canaris*, Handelsrecht<sup>23</sup>, 2000
- *Ciresa/Bücheler/Guggenbichler*, Österreichisches Urheberrecht - Kommentar, 2009
- *Commandeur*, Betriebs-, Firmen- und Vermögensübernahme. Eine Gesamtdarstellung der haftungsrechtlichen Probleme bei § 613a BGB, § 419 BGB, § 25 HGB, § 75 AO<sup>2</sup>, 2002
- *Csoklich/Seist*, Wann war eine freie Mietzinsvereinbarung möglich? OGH 24.2.1998, wobl 1995, 197

- *Dehmer*, Die Betriebsaufspaltung: Steuerrecht, Umwandlung und Bilanzierung; Gesellschafts-, Pacht- und Arbeitsrecht, 1987
- *Dehn*, Der Unternehmer nach den §§ 1ff UGB, ÖJZ 2006, 44
- *Dehn*, Die Pacht: Kein Unternehmenserwerb nach § 38 UGB, Zak 2008, 107
- *Dehn/Krejci*, Das neue UGB, SWK-Sonderheft<sup>2</sup>, 2007
- *Dellinger*, Von wechselnden Kreditnehmern und widersprechenden Bürgen - §§38fUGB aus Sicht der Banken, ÖBA 2008, 176
- *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation, 2001
- *Demelius*, Vertragsübernahme, JherJB 72 (1922), 241
- *Düringer/Hachenburg/Hoeniger*, Handelsgesetzbuch<sup>3</sup>, 1932
- *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch<sup>2</sup>, 2009
- *Ehrenberg*, Handbuch des gesamten Handelsrechts, 1914
- *Ehrenzweig/Kralik*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts: Das Erbrecht<sup>3</sup>, 1983
- *Ehrenzweig/Mayrhofer*, System des allgemeinen österreichischen Privatrechts: Das Recht der Schuldverhältnisse<sup>3</sup>, 1986
- *Esser/Schmidt*, Schuldrecht<sup>8</sup>, 2000
- *Fantur / J. Zehetner*, Vinkulierte Geschäftsanteile, ecolex 2000, 428
- *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 1959-1974
- *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement - Sanierung - Insolvenz: Handbuch für Banken, Management, Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Unternehmensberater<sup>2</sup>, 2002
- *Fellner*, OGH zu Registerpublizität der Urkundensammlung des Firmenbuches, RdW 2000, 582
- *Fellner*, Gebühren und Verkehrssteuern<sup>11</sup> II, 1999
- *Fenyves*, Gleichheitswidrige Diskriminierung von nahen Angehörigen bei Vermögens- und Unternehmensübernahmen nach § 1409 ABGB?, JBl 1975, 624
- *Fenyves*, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis - Zur Auflösbarkeit von Dauerschuldverhältnissen anlässlich des Todes einer Vertragspartei, 1982
- *Filzmoser*, Haftet der Pächter für Schulden des Verpächters nach § 38 UGB?, ecolex 2006, 894
- *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf, 1948
- *Frotz*, Einbringung und gesetzlicher Schuldbeitritt, in Festschrift für *Hempel*, 1997, 24
- *Frotz*, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts - Verhandlungen des vierten österreichischen Juristentages, 1970
- *Frotz/Hügel/Popp*, Kommentar zum Gebührengesetz, 2005
- *Funk*, Abfallwirtschaftsrecht - Grundfragen in Einzelbeiträgen, 1993
- *Gahleitner*, Der praktische Fall: Betriebsübernahme in der Insolvenz, DRdA 2003, 583
- *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG, 1996
- *Gehringer*, Die Vorschriften des Unternehmensgesetzbuchs über den Unternehmensübergang, NZ 2007, 232
- *Geist*, Zur Wirkung von Veräußerungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen, ÖJZ 1996, 414
- *Gellis/Feil*, GmbH-Gesetz Kommentar<sup>7</sup>, 2009
- *Gerhardt*, Glosse zu Entscheidung des BGH vom 11.4.1988, JZ 1988, 976
- *Gerlach*, Die Haftungsordnung der §§ 25, 28, 130 HGB, 1976
- *Gelter/Nowotny*, „Bilanzklausel“ und Unternehmenserwerb, GesRZ 2000, 63
- *Gerscha/Steuer*, Kommentar zur GewO, 2006
- *J. Gierke*, Das Handelsunternehmen, ZHR 111, 1946
- *v. Gierke/Sandrock*, Handels- und Wirtschaftsrecht<sup>9</sup>, 1975
- *Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz<sup>2</sup>, 2006

- *Gotthardt*, Haftung für Masseschulden bei Übernahme eines Handelsgeschäfts aus der Konkursmasse?, BB 1987, 1896
- *Grassl-Palten*, Miteigentum und Veräußerung der versicherten Sache, JBl 1994, 375
- *Grießer*, Insolvenzsicherung und Haftung des Unternehmenserwerbers gem § 6 AVRAG, RdW 1998, 617
- *Grillberger*, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis - Neuregelungen durch das AVRAG, wbl 1993, 305
- *Grünwald*, Zum Schicksal kaufvertraglicher Nebenabreden bei Verschmelzung, RdW 1996, 518
- *Grünwald*, Umwandlung-Verschmelzung-Spaltung, Der Rechtsübergang bei unternehmensrechtlichen Strukturmaßnahmen, 1996
- *Gurmann/Sakowitsch*, Vinkulierung von Geschäftsanteilen und Rechtsfolgen der Umgehung, GeS 2008, 136
- *Habersack*, Der lästige Gesellschafter, JuS 1989, 738
- *Hachenburg/Ulmer*, GmbH-Gesetz - Kommentar, 2005
- *Hager-Rosenkranz*, Beschränkungen der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen in Exekution und Insolvenz, wbl 2006, 253
- *Hämmerle*, Zur rechtlichen Struktur des Unternehmens, JBl 1966, 445
- *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht<sup>3</sup>, 1979
- *Hannak*, GmbH - Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in Festschrift für *Hämmerle*, 1972, 127
- *Hanusch*, Kommentar zur Gewerbeordnung<sup>13</sup>, 2005
- *Harrer*, Aktuelle Anpassungsprobleme im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, wbl 1994, 361
- *Harrer/Mader*, Die HGB-Reform in Österreich, 2005
- *Hausmann*, Die Rechtsfolgen einer Fortführung von Handelsgeschäft und Firma für die im Betriebe begründeten Forderungen – § 25 I S. 2 HGB, JR 1994, 133
- *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht. MRG, 2005
- *Heckelmann*, Die Grundlage der Haftung aus Firmenfortführung nach § 25 I S. 1 HGB, in Festschrift für *Bartholomeyczik*, 1973, 129
- *Helbich/Wiesner/Bruckner*, Handbuch Umgründungen<sup>4</sup>, 1990
- *Heller/Berger/Stix*, Kommentar zur Exekutionsordnung<sup>3</sup>, 1976
- *Henckel*, Die Betriebsveräußerung im Konkurs, ZIP 1980, 2
- *Henckel*, Haftung für Verbindlichkeiten eines insolventen Unternehmens wegen Betriebsübergangs, in Festschrift für *Heinsius*, 1991, 261
- *Hertel*, Rechtsgeschäfte im Vorfeld eines Projekts, BB 1983, 1825
- *Heussen*, Anwalts-Checkbuch Letter of Intent, 2002
- *Heymann/Emmerich*, Handelsgesetzbuch<sup>2</sup>, 1995
- *Hochedlinger*, Der Letter of Intent in Theorie und Praxis, AnwBl 2003, 465
- *Hofmann*, Neuerungen für die Unternehmensnachfolge durch das Handelsrechts-Änderungsgesetz, NZ 2006, 163
- *Hofmann/Nowotny*, Die Bedeutung von Bilanzgarantien beim Unternehmenskauf, GesRZ 2009, 126
- *Höller*, Übertragungsbeschränkungen für Geschäftsanteile im Konkurs des GmbH Gesellschafters, ZIK 2004, 149
- *Hölters*, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs<sup>6</sup>, 2005
- *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis<sup>12</sup>, 2005
- *Holzer/Reissner*, AVRAG<sup>2</sup>, 2006
- *Honsell/Harrer*, Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters bei Dauerschuldverhältnissen, ZIP 1986, 341

- U. Huber, Die Schuldenhaftung beim Unternehmenserwerb und das Prinzip der Privatautonomie, in Festschrift für *Raisch*, 1995, 85
- Hueck, Schuldenhaftung bei Vererbung eines Handelsgeschäfts, ZHR 108 (1941), 1
- G. Hueck, Erwerbsvorrechte im Gesellschaftsrecht, in Festschrift für *Larenz*, 1973, 749
- Huemer/M. Harrer, Casebook Handels- und Gesellschaftsrecht, 2006
- Hugel, Glosse zu OGH 1 Ob 713/84, JBl 1985, 616
- Hugel, Umgründungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge, Dienstbarkeiten und höchstpersönliche Rechte, in Festschrift für *Koppensteiner* 2001, 91.
- Iro, Die Haftung des Unternehmensveräußerers - einheitliche Rechtsprechung in Sicht?, RdW 1988, 189
- Iro, Bürgerliches Recht IV: Sachenrecht<sup>3</sup>, 2008
- Jabornegg, Die Aktiengesellschaft als juristische Person, GesRZ 1988, 179, 1989, 13
- Jabornegg/Rebhahn, HGB Kommentar, 1997
- Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz AktG, 2. Band<sup>5</sup>, 2010
- Jaeger/Henckel, Konkursordnung - Kommentar<sup>9</sup>, 1997
- Kalss, Gesellschaftsrechtliche Implikationen des Grundverkehrsrechts, wobl 1996, 1
- Kalss, Ausgewählte Fragen zu § 15 SpaltG, wbl 2003, 50
- Kalss, Handkommentar zur Verschmelzung, Spaltung und Umwandlung, 1997
- Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht – Systematische Darstellung sämtlicher Rechtsformen, 2008
- Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen. Österreich, Italien, Slowenien., 2005
- Kalss/Schauer, Allgemeines Handelsrecht, 2002
- Karollus-Bruner, Was garantiert die Bilanzgarantie?, ecolex 2007, 824
- Karollus, Eingeschränkter Schuldnerschutz bei Übertragung eines Handelsgeschäfts?, ÖJZ 1989, 206
- Karollus, Unternehmerwechsel und Dauerschuldverhältnis, ÖJZ 1995, 242
- Karollus/Artmann, Zur Auslegung einer Vinkulierungsklausel – individuelles Zustimmungsrecht, Ersetzung der Zustimmung durch das Gericht und mittelbare Anteilsverschiebungen, GesRZ 2001, 64
- Karollus/Huemer/M. Harrer, Casebook Handels- und Unternehmensrecht, 2006
- Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts<sup>5</sup>, 1990
- Keinert, Das neue Unternehmensrecht, 2006
- Keinert, Genossenschaftsrecht, 1988
- Kerschner, Glosse zu OGH 1 Ob 39, 40/90, JBl 1991, 580
- Kirschbaum, Glosse zu EuGH 11.3.1997 Rs C-13/95 (Ayse Süzen) – Schulreinigung, DRdA 1997, 305
- Klang, § 1409 ABGB in der Rechtsübung, JBl 1948, 437
- Klang, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>2</sup>, 1950-1978
- Klauninger/Wiedenbauer, Eigenschaftszusagen & Garantien beim Unternehmenskauf, ecolex 2003, 397 = IndRME 2003
- Kletecka, Die Analogie zu § 12a MRG im Teilanwendungsbereich, ecolex 2001, 33
- Kletecka, Teilanwendungsbereich des § 1 Abs 4 MRG und Mietzinsanhebung nach § 12a MRG - Eine Besprechung zu 5 Ob 192/00x, immolex 2001, 124
- Kodek/Konecny, Insolvenzforum 2007, 2008
- Kodek, Kommentar zum Grundbuchsrecht und Ergänzungsband, 2009
- Koller/Roth/Morck, Handelsgesetzbuch<sup>6</sup>, 2007
- Konecny, Unternehmenserwerb im Insolvenzverfahren und Arbeitsverhältnisse, ecolex 1993, 836
- Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, 2004

- *Konezny*, Die Vertragsübernahme im Gebührenrecht - Zession, Abtretung oder doch gebührenfrei?, RdW 2003, 539
- *Koppensteiner*, Vinkulierungsklauseln in mittelbaren Beteiligungsverhältnissen, in Festschrift für *Druey*, 2002, 427
- *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz Kommentar<sup>3</sup>, 2007
- *Kösters*, Letter of Intent, NZG 1999, 623
- *Koziol*, Welchen Schulden tritt der Übernehmer eines Vermögens, Unternehmens oder Handelsgeschäftes bei?, JBl 1967, 550
- *Koziol*, Zivilrechtliche Gedanken zum Verlagsvertrag I, JBl 2002, 766
- *Koziol*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, 1967
- *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB - Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar<sup>2</sup>, 2007
- *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>13</sup> I, 2006
- *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>13</sup> II, 2007
- *Kralik/Rechberger*, Aktuelle Probleme des Grundbuchsrechtes, 1984
- *Krejci*, Unternehmensgesetzbuch statt HGB. Zur österreichischen Handelsrechtsreform, ZHR 2006, 133
- *Krejci*, Neue Wege in der Rechtsprechung des VwGH zur Betriebsnachfolgerhaftung gemäß § 67 Abs 4 ASVG, ZAS 1985, 211
- *Krejci*, Ist zur Vertragsübernahme bei Unternehmensveräußerung Dreiparteieneinigung erforderlich?, ÖJZ 1975, 449
- *Krejci*, Irritierte Pächter und ein irritierender Initiativantrag, RdW 2007, 518
- *Krejci*, Vinkulierte Namensaktien. Zur Bestreitung der Aktionärseigenschaft des im Aktienbuch zu Unrecht eingetragenen Inhabers vinkulierter Namensaktien, ecolex 1992, 560
- *Krejci*, § 38 UGB: Zurück ins Trockendock?, ÖJZ 2007, 841
- *Krejci*, Zur Neuregelung des Unternehmensübergangs im österreichischen Unternehmensgesetzbuch, in Festschrift für *Canaris*, 2007, 735
- *Krejci*, Betriebsübergang und Arbeitsvertrag - Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Vertragsübernahme, 1972
- *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz, 1981.
- *Krejci*, EEG Erwerbsgesellschaftengesetz, 1991
- *Krejci*, Handelsrecht<sup>3</sup>, 2005
- *Krejci*, Reform-Kommentar UGB-ABGB, 2006
- *Krejci*, Das Sozialversicherungsverhältnis, 1977
- *Krejci*, Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft, 1979
- *Krejci*, Methodisches, Dogmatisches und Politisches zur Grundtatbestandsbildung im „Handelsrecht“, Festschrift für *Bydlinski*, 2001
- *Krejci/K. Schmidt*, Vom HGB zum Unternehmergegesetz, 2002
- *Krömer*, Unternehmenserwerb und Wasserrecht, ecolex 1990, 385 ff
- *Kucsko*, urheber.recht, 2007
- *Kurzbauer*, Die Höchstbetragshypothek - Rechtsfragen zu Anwendungsbereich, Umfang und Übertragung, 1999
- *Lake/Draetta*, Letters of Intent and Other Precontractual Documents<sup>2</sup>, 1994
- *H. Langer*, Mietzinsregelungen 1917 - 1994, 1995
- *Leb*, Zur Bekanntmachung des Haftungsausschlusses im Firmenbuch (§ 38 UGB), GeS 2008, 312
- *Leipold*, Insolvenzrecht im Umbruch, KTS-Schriften zum Insolvenzrecht, 1991
- *Lieb*, Glosse zu BGH Urteil vom 20.1.1992 - II ZR 115/91, JZ 1992, 1029

- *Lieb*, Vertragsaufhebung oder Geldersatz? - Überlegungen über die Rechtsfolgen von culpa in contrahendo, in Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, 251
- *Lieb*, Zu den Grundgedanken §§ 25 ff HGB, in Festschrift für *Börner*, 1992, 747
- *Lieb*, Zufallsgeschenke, Haftungsfallen, Unternehmensvernichtungen und Sanierungshindernisse - Einige Gedanken zur Reichweite der Haftung gemäß § 25 HGB, in Festschrift für *Vieregge*, 1995, 557
- *Lieb*, Die Haftung für Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen bei Unternehmensübergang, 1991
- *Lindenmaier/Möhring*, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
- *Loritz*, Die Reichweite von Vinkulierungsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen, NZG 2007, 361
- *Lutter*, Der Letter of Intent<sup>3</sup>, 1998
- *Mazal/Schrank*, Zur Diskussion – Zeitliche unbegrenzte Haftung des Betriebsvorgängers für künftige Schulden: Ist § 6 Abs. 2 AVRAG verfassungswidrig?, ecolex 1997, 587
- *Meinhart*, Die Übertragung des Eigentums, 1988
- *Melichar*, Beamtendienstrecht und die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, in Festschrift für *Schmitz*, 1967, 178
- *Merkt*, Internationaler Unternehmenskauf<sup>2</sup>, 2003
- *Müller*, Die Einbeziehung freier Berufe in das Handelsrecht, Diss. Kiel 1968
- *Nadler*, Unternehmensverkauf durch den Masseverwalter - Der asset deal im Konkursverfahren, 2001
- *Nickel*, Rechtsschein der Fortführung von Handelsgeschäft und/oder Firma, NJW 1981, 102
- *Nitsche*, Die Haftung des Geschäftsübernehmers nach § 25 HGB, ÖZW 1976, 40
- *Nitsche*, Insolvenzvorsorge in Gesellschaftsverträgen, in Festschrift für *Jelinek*, 2002, 187
- *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, Handbuch des Schuldrechts<sup>2</sup>, 1999
- *Nowotny*, Einfluss von Änderungen im Gesellschaftsverhältnis auf die Geschäftsraummiete, GesRZ 1986, 16
- *Oberlechner*, Wann ist ein Unternehmen mangelhaft?, ecolex 2006, 628
- *Oberhammer*, Unternehmen, Gesamtsache, Unternehmenszubehör - und Pfändung, in Festschrift für *Krejci*, 2001, 257
- *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I, 1889
- *Oppikofer*, Das Unternehmensrecht in geschichtlicher vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, 1927
- *Ostheim*, Zur Haftung für cic bei grundloser Ablehnung des Vertragsabschlusses, JBl 1980, 570
- *Ostheim*, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht. Ein Beitrag zu Auslegung des § 26 ABGB, 1967
- *Pahl*, Haftungsrechtliche Folgen versäumter Handelsregistereintragung und Bekanntmachung, 1987
- *Pauger*, Der dingliche Bescheid, ZfV 1984, 101
- *Picot*, Handbuch Mergers & Acquisitions<sup>4</sup>, 2008
- *Picot*, Unternehmenskauf und Restrukturierung<sup>3</sup>, 2004
- *Pisko*, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, 1907
- *Pisko*, Lehrbuch des Österreichischen Handelsrechtes, 1923
- *Pittl*, Das „gespaltene Mietverhältnis“ und § 46a Abs 5 MRG, wobl 1997, 123
- *Prölss/Martin*, Versicherungsvertragsgesetz: VVG-Kommentar<sup>28</sup>, 2010
- *Puck*, Der Unternehmenskauf. Gewährleistung, Schadenersatz und Irrtum, 1996

- *Raisch*, Geschichtliche Voraussetzungen dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, 1965
- *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 2009
- *Rebhahn*, Arbeitsrecht beim Betriebsübergang: Eintrittspflicht bei Insolvenz und Haftungsfragen, JBl 1999, 621
- *Rebmann/Säcker/Rixecker*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>5</sup>
- *Rechberger*, Gravierende Änderungen beim Unternehmensübergang, RdW 2007, 71
- *Rechberger/Bittner*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup>, 2007
- *W. Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>7</sup>, 2009
- *Reichold*, § 26 HGB - Verjährungs- oder Enthftungsnorm?, ZIP 1988, 551
- *Reichold*, Anmerkung zu BAG (3 AZR 171/88) AP Nr.56 zu § 7 BetrAVG, AP Nr.56 zu § 7 BetrAVG, 973
- *Reich-Rohrwig*, Übertragung vinkulierter Anteile, ecolex 1994, 757
- *Reich-Rohrwig*, Unternehmenskauf und Beteiligungserwerb, ecolex 1990, 140 ff, 219 ff.
- *Reich-Rohrwig*, Zivilrechtliche Fragen bei Einbringung von Unternehmen und Betrieben nach dem Strukturverbesserungsgesetz, in Festschrift für *Helmich*, 1990, 149
- *Reich-Rohrwig/Hanslik*, Checkliste Unternehmenskauf, ecolex 2006, 632
- *Reißer*, Glosse zu OGH 8 ObA 244/99m, Durda 2000, 508
- *Richardi/Lotze*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht<sup>2</sup>, 2000
- *Riedle*, Der Vermögens- und Unternehmensbegriff des § 1409 ABGB, JBl 1992, 563
- *Riedle*, Der Vermögens- und Unternehmensbegriff des § 1409 ABGB (Teil II), JBl 1992, 625
- *Riel*, Die Weiterhaftung des nach § 12 Abs 3 MRG veräußernden Mieters für den Mietzins, wobl 1993, 109
- *Riel*, Die Neuregelung der Unternehmensfortführung im Konkurs durch das IRÄG 1997, AnwBl 1997, 891
- *Röhrich/Graf von Westphalen*, Handelsgesetzbuch: HGB<sup>3</sup>, 2008
- *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht<sup>2</sup>, 2006
- *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup>, 2007
- *Ruppe*, Rechtsprobleme der Unternehmenssanierung, 1983
- *Säcker*, Die handelsrechtliche Haftung für Altschulden bei Übertragung und Vererbung von Handelsgeschäften, ZGR 1973, 261
- *Schauer*, Grundzüge der geplanten Handelsrechtsreform, ecolex 2004, 4
- *Schauer*, Geschäftsraummiere und Unternehmensübertragung, GesRZ 1994, 12
- *Schauer*, Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers aus Anlass einer Verschmelzung?, VR 1993, 211
- *Schauer*, Die Unternehmensübertragung nach § 12 Abs 3 MRG, JBl 1985, 257
- *Schauer*, Rezension von Palten, Wohnungseigentum - Besonderheiten im Mietrecht (1999), JBl 2001, 271
- *Schauer*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht<sup>3</sup>, 1995
- *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, Handelsgesetzbuch<sup>5</sup>, 1973
- *K. Schmidt*, Der Entwurf eines Unternehmensgesetzbuchs – Eine rechtspolitische Analyse, JBl 2004, 31
- *K. Schmidt*, Vom Handelsrecht zum Unternehmens-Privatrecht?, JuS 1985, 249
- *K. Schmidt*, Unternehmenskontinuität und Erwerberhaftung nach §25 Abs I HGB, ZGR 1992, 621
- *K. Schmidt*, Spekulation oder skeptischer Empirismus im Umgang mit kodifiziertem Recht, JuS 1985, 939
- *K. Schmidt*, Was wird aus der Haftung nach §419 BGB?, ZIP 1989, 1025
- *K. Schmidt*, Haftungsverhältnisse bei der Unternehmenspacht, NJW 1984, 1187

- *K. Schmidt*, Die Gesellschafterhaftung bei gescheiterter GmbH-Sachgründung Kritik am Urteil des XI. Zivilsenats vom 18.1.2000, NJW 2000, 1521
- *K. Schmidt*, Anschein der Firmenkontinuität, NJW 1987, 1633
- *K. Schmidt*, Haftung des Pächters bei Firmenfortführung, NJW 1982, 1648
- *K. Schmidt*, Unternehmensbezogenes Mietverhältnis, Unternehmensumstrukturierung, und Unternehmensveräußerung – Zur Anwendung der §§ 25 ff HGB auf Mietverhältnisse, in Gedächtnisschrift *Sonnenschein*, 2002, 497
- *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup>, 2002
- *K. Schmidt*, Handelsrecht<sup>5</sup>, 1999
- *K. Schmidt*, Das HGB und die Gegenwartsaufgaben des Handelsrechts, 1983
- *Schneider*, Umgründungen im österreichischen Gewerberecht, ZfV 1996, 530
- *Scholz*, GmbHG - Kommentar zum GmbH-Gesetz<sup>10</sup>, 2006
- *Schricker*, Probleme der Schuldenhaftung bei Übernahme eines Handelsgeschäfts, ZGR 1972, 121
- *Schubert/Schmiedel/Krampe*<sup>2</sup>, Quellen zum Handelsgesetzbuch 1897, 1986-1988
- *Schuhmacher/Gruber*, Rechtsfragen der Zweigniederlassung, 1993
- *Schummer/Kriwanek*, Das neue Unternehmensgesetzbuch, 2006
- *Schütze/Weipert*, Münchener Vertragshandbuch II<sup>4</sup>, 1997
- *Schwarz*, Erwerberhaftung und Grenzwert des Erwerbes, JBl 1967, 113
- *Schwimmann*, ABGB Praxiskommentar<sup>3</sup>, 2004
- *Seiter*, Betriebsinhaberwechsel, 1980
- *Servatius*, Zur Anwendbarkeit von § 28 HGB bei der Gründung von Kapitalgesellschaften, NJW 2001, 1696
- *Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen<sup>13</sup>, 1999
- *Stainer*, Die Gewährleistung beim Unternehmenskauf, 1993
- *Staub*, Großkommentar zum Handelsgesetzbuch<sup>5</sup>, 2009
- *Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2000
- *Steiner*, Zessionen, Abtretung, Gesellschafterwechsel und Vertragsübernahme im GebG, RdW 1991, 62
- *Stolzechner/Wendl/Zitta*, Die gewerbliche Betriebsanlage<sup>2</sup>, 1991
- *Straube*, GmbHG – Wiener Kommentar.
- *Straube*, HGB, Kommentar zum Handelsgesetzbuch<sup>3</sup>, 2003
- *Straube*, Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft als Rechtsform zwischenbetrieblicher Kooperation, 1977
- *Tanzer/Unger*, BAO 2007<sup>2</sup>, 2007
- *Theißen*, Die Schuldenhaftung nach § 25 HGB beim Erwerb von unselbständigen Unternehmensteilen, 2000
- *Thiery*, Glosse zu OGH 8 Ob 631/90, ecolex 1992, 481
- *Thöni*, Vertrags- und Gesetzesumgehung durch Treuhand an Gesellschaftsanteilen, ecolex 1992, 236
- *Tichy*, Einführung und Aufhebung von Vinkulierungsklauseln und statutarischen Aufgriffsrechten mittels Mehrheitsbeschlusses?, RdW 1998, 55
- *Tichy*, Syndikatsverträge bei Kapitalgesellschaften, 2000
- *Tomandl*, Der Betriebs(teil)übergang im Arbeitsrecht, 1995
- *H. Torggler*, Vertragliche Gestaltungen zur Wahrung des Gesellschaftereinflusses, GesRZ 1990, 186
- *U. Torggler*, §§ 38 f UGB: Unternehmenserwerb de lege lata et ferenda, JBL 2008, 137
- *U. Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern - Zum Minderheitenschutz in der abhängigen GmbH, 2007

- *Umfahrer*, Aufgriffsrechte, Abfindungsregelungen und Vinkulierungsbestimmungen als Gestaltungsinstrumente im GmbH Gesellschaftsvertrag, GesRZ-Spezial 2006, 28
- *Unschuld*, Die Vererbung von Geschäftsanteilen in der GmbH, 2008
- *Vetter*, Altschuldenhaftung auf fehlerhafter Vertragsgrundlage, Diss Köln 1995
- *M. Vollkommer*, Das neue Maklerrecht – ein Vorbild für die Überarbeitung des Schuldrechts?, in Festschrift für *Larenz*, 1983, 663
- *Vonkilch*, Zur Lückenhaftigkeit von § 1 Abs 4 MRG im Hinblick auf die Anwendbarkeit von § 12a MRG im „Teilanwendungsbereich“, *immolex* 2001, 106
- *Vossius*, Noch einmal: Vom Handelsrecht zum Unternehmensprivatrecht, *JuS* 1985, 936
- *Wagnest*, Die Haftung bei Übergang eines Unternehmens oder Betriebes. Inhalt und Abgrenzung von § 6 AVRAG und § 1409 ABGB, 1997
- *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts<sup>8</sup>, 2003
- *Walz*, Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht - Deutsch-Englisch, 2007
- *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht<sup>3</sup>, 2008
- *Weber*, Betriebsübergang im Insolvenzverfahren - Auffanggesellschaften durch automatischen Arbeitsvertragsübergang gefährdet?, *wbl* 1998, 518
- *Weber*, Arbeitnehmerschutz contra Sanierung? Zu den jüngsten Entwicklungen im Betriebsübergangsrecht, *EuZW* 1998, 583
- *Weber*, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren, 1998
- *Weinhäupl*, Betriebs-, Betriebsteil- bzw Unternehmensübergang und Insolvenz, 2004
- *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen, 2008
- *Wellacher*, § 1409 ABGB in der oberstgerichtlichen Judikatur 1951 bis 1956, *ÖJZ* 1957, 449
- *Wellacher*, Schuldenhaftung des Übernehmers bei Übergang von Vermögen und Unternehmungen, 1951
- *Welser*, Die vorvertraglichen Pflichten in der Rechtsprechung des OGH, in Festschrift für *Wagner*, 1987, 361
- *Welser*, Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, *JBl* 1980, 1
- *Wenger*, Umgründungen und Gewerberecht, *ecolex* 1993, 638
- *Wessel*, §25 HGB - eine gefährliche Vorschrift, *BB* 1989, 1625
- *Wilburg*, Abschied von § 419 BGB, in Festschrift für *Larenz* (1973) 661 ff.
- *Wilhelm*, Die Haftung bei Fortführung eines Handelsgeschäfts ohne Übernahmevertrag, *NJW* 1986, 1797
- *Wolf*, A Guide to International Joint Ventures With Sample Clauses, 1995
- *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht<sup>21</sup>, 2004
- *J. Zehetner / U. Zehetner*, Schutz vor unliebsamen Mitgesellschaftern: Vinkulierung der Geschäftsanteile, *GBU* 2004/12/13
- *Zib*, Haftungsausschlüsse nach § 25 Abs 2 HGB, *wbl* 1992, 287
- *Zib/Verweijen*, Das neue Unternehmensgesetzbuch samt Erläuterungen und Anmerkungen, 2006
- *Zöllner*, Wovon handelt das Handelsrecht?, *ZGR* 1983, 82

## CURRICULUM VITAE

### PERSÖNLICHE DATEN

---

|                    |                |
|--------------------|----------------|
| Name               | Alexander Endl |
| Geburtsdatum       | 23.11.1983     |
| Staatsbürgerschaft | Österreich     |

### AUSBILDUNG

---

|                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|-------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| seit 03/2008      | <b>Universität Wien, Rechtswissenschaftliche Fakultät</b><br>Doktoratsstudium<br>- Dissertation aus Unternehmensrecht:<br><i>„Zivil- und unternehmensrechtliche Fragen im Rahmen eines singularsukzessiven Unternehmenserwerbs“</i>                                                                     |
| 08/2011 – 05/2012 | <b>University of California Los Angeles, School of Law</b><br>Master of Laws – Studium<br>Spezialisierung: Business Law                                                                                                                                                                                 |
| 10/2003 – 01/2008 | <b>Universität Wien, Rechtswissenschaftliche Fakultät</b><br>Diplomstudium<br>- Seminararbeit aus Rechtsgeschichte<br><i>„Der Weltbühnenprozess“</i><br>- Seminararbeit aus Unternehmensrecht<br><i>„Das Gesellschafter-Ausschlussgesetz“</i><br><br>- Wahlfachkorb: Wirtschafts- und Unternehmensrecht |

### BERUFSERFAHRUNGEN

---

|                   |                                                                                           |
|-------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
| seit 10/2009      | <b>CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH</b><br>Rechtsanwaltsanwärter                |
| 03/2009 – 09/2009 | <b>CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH</b><br>Juristischer Mitarbeiter             |
| 04/2008 – 02/2009 | <b>OLG Wien</b><br>Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien                                |
| 10/2005 – 03/2007 | <b>Bundeskanzleramt</b><br>Geringfügige Tätigkeit im Bürgerservice des Bundeskanzleramtes |

### ZUSÄTZLICHE QUALIFIKATIONEN

---

|         |                                               |
|---------|-----------------------------------------------|
| 05/2008 | EBC*L – European Business Competence* Licence |
|---------|-----------------------------------------------|