

## § 28 Unternehmen

---

**Schrifttumsverzeichnis:** *Aigner*, Unternehmenskauf – Besonderheiten der Erwerbberhaltung des § 1409 ABGB beim Share Deal, *ecolex* 2007, 93; *Aigner*, Unternehmenskauf – Inwiefern gilt § 1409 ABGB für den Share Deal?, *ecolex* 2007, 16; *Artmann*, Offene Fragen zum Unternehmensübergang nach §§ 38 f UGB, *wbl* 2007, 253; *Bank Austria* (Hrsg), Konkret: Unternehmensnachfolge, Unternehmens- und Anteilsübertragung aus zivil-, gesellschafts- und steuerrechtlicher Sicht, Finanzierung von Unternehmensübertragungen (1999); *Beig*, Vertragsübernahme bei Unternehmensübergang, *ecolex* 2004, 9; *Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe* (Hrsg), Unternehmensnachfolge durch Erben und Vererben (1996); *Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe* (Hrsg), Kauf und Verkauf von Unternehmungen (1993); *Binder*, Unternehmensnachfolge in Familienunternehmen, *SWK* 2007, W 61; *Duursma/Kepplinger*, Fusionskontrolle: Modifikationsmöglichkeiten des Zusammenschluss-Sachverhalts, *wbl* 2001, 10; *Fellner/Grunicke*, Kartellgesetz 2005 und Wettbewerbsgesetznovelle 2005 – Teil 2, *RdW* 2005, 529; *Filzmoser*, Haftet der Pächter für Schulden des Verpächters nach § 38 UGB?, *ecolex* 2006, 894; *Fraberger*, Der steueroptimale Tod (1997); *Fraberger*, Unternehmen steueroptimal vererben und verschenken (1999); *Fraberger*, Nationale und internationale Unternehmensnachfolge (2001); *Frasl/Rieger* (Hrsg), Family Business Handbuch (2007); *Fritz*, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Risiken einer Unternehmensnachfolge durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, *SWK* 2005, W 169; *Fritz*, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Risiken einer Unternehmensnachfolge durch Rechtsgeschäfte von Todes wegen, *SWK* 2005, W 182; *Futterknecht*, Kurzkommentar Unternehmensgesetzbuch (2008); *Gruber*, Fusionskontrolle und Marktabgrenzung, *wbl* 2005, 205; *Gruber*, Kartellrecht (2008); *Habig/Berninghaus*, Die Nachfolge im Familienunternehmen ganzheitlich regeln (2004); *Hasch Spohn Richter & Partner/KPMG*, Praxishandbuch der Unternehmensnachfolge (2000); *Hauck/Resch*, Zusammenschlusskontrolle 2005, *ecolex* 2005, 511; *Hennerkes/Kirchdörfer*, Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften<sup>2</sup> (1998); *Hofmann*, Neuerungen für die Unternehmensnachfolge durch das Handelsrechts-Änderungsgesetz (HaRÄG), *NZ* 2006/32; *Jansen*, Mergers & Acquisitions<sup>3</sup> (2001); *Juritsch*, Der Sinn von Konflikten bei der Nachfolge im Familienunternehmen – Balance zwischen emotionaler Dimension und betriebswirtschaftlichen Überlegungen, *SWK* 2008, W 43; *Kailer/Weiß*, Beratungspotenziale zur Sicherung und Organisation der Unternehmensnachfolge in Familienbetrieben, *VWT* 2005 H 4, 32; *Kalss/Oelkers*, Versuch einer Kategorisierung der Familienunternehmen als Grundlage für eine Analyse ihrer spezifischen Anforderungen an eine rechtliche Ordnung, *JEV* 2007, 56; *Kalss/Schauer* (Hrsg), Unternehmensnachfolge (2001); *Kepplinger/Duursma*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf, *ZfRV* 2001, 86; *Klein*, Familienunternehmen<sup>2</sup> (2004); *Klement*, Personelle Verflechtungen in der österreichischen Fusionskontrolle, *wbl* 2005, 156; *Kofler-Senoner*, Wann gilt ein Zusammenschluss als „durchgeführt“?, *RdW* 2006, 619; *Kofler-Senoner/Scholz*, Die neue Europäische Fusionskontrollverordnung, *wbl* 2004, 266; *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>4</sup>

(2008); *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> (2007); *Langner/Heydel*, Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen – Sicherstellung einer familieninternen Nachfolge, *GmbHHR* 2005, 381; *Matousek*, FKVO neu: Stille Revolution oder Business as usual?, *ecolex* 2004, 288; *K. Müller/Seyer*, Die Macht der Familie – Warum fehlender familiärer Interessenausgleich trotz steuerlicher und rechtlicher Optimierung die erfolgreiche Unternehmensübergabe gefährden kann, *JEV* 2007, 21; *K. Müller/Seyer*, Checklist zur Unternehmensweitergabe – Worauf Übergeber und Übernehmer achten sollten (Teil I), *JEV* 2007, 97; *K. Müller/Seyer/Necas*, Checklist zur Unternehmensweitergabe – Worauf Übergeber und Übernehmer achten sollten (Teil II), *JEV* 2008, 14; *Nemec/Reicheneder* (Hrsg), Der Unternehmenskauf und seine Abwicklung in der Praxis (1994); *Nowotny/Gelter*, „Bilanzklauseln“ und Unternehmenserwerb, *GesRZ* 2000, 63; *Oberlechner*, Wann ist ein Unternehmen mangelhaft, *ecolex* 2006, 628; *Par-schalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, *wbl* 2003, 353; *Petsche/Urlesberger/Vartian* (Hrsg), *KartG* 2005 (2007); *Picot*, Handbuch Mergers & Acquisitions<sup>3</sup> (2005); *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg), Handbuch Mergers & Acquisitions (2007); *Rechberger*, UGB: Gravierende Änderungen beim Unternehmensübergang, *RdW* 2007, 71; *Reich-Rohrwig/Thiery*, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf, *ecolex* 1991, 89; *Risak/Nagy*, Generationenfolge in Familienunternehmen (1999); *Rotthege/Wassermann* (Hrsg), Mandatspraxis Unternehmenskauf (2002); *Schauer*, Die GmbH in der Unternehmensnachfolge – Der Geschäftsanteil im Spannungsfeld zwischen erbrechtlicher Nachfolge und gesellschaftsvertraglicher Steuerung, in *Kalss/Schauer* (Hrsg), 100 Jahre GmbH, *GesRZ-Spezial* Dezember 2006, 33; *Schulte* (Hrsg), Handbuch Fusionskontrolle (2005); *Schwarz*, Die Stiftung als Instrument für die mittelständische Unternehmensnachfolge, *BB* 2001, 2381; *Solé*, Das Verfahren vor dem Kartellgericht (2006); *Unschuld*, Die Vererbung von Geschäftsanteilen in der Familien-GmbH, *JEV* 2007, 78; *Voithofer*, Unternehmensnachfolge aus wirtschaftlicher Sicht (2004); *Wilhelm*, Gewährleistungsnebel über dem Unternehmenskauf, *ecolex* 2005, 741; *Wimmer/Domayer/Oswald/Vater*, Familienunternehmen – Auslaufmodell oder Erfolgstyp?<sup>2</sup> (2005); *Wolf*, Unternehmensnachfolge (2002); *Wolf*, Betriebsübergang in Theorie und Praxis, *SWK Sonderheft* (2000); *Zehetner*, Die österreichische Zusammenschlusskontrolle nach dem *KartG* 2005, *GeS* 2006, 199.

## Inhaltsübersicht

	Rz
A. Einleitung . . . . .	1–15
1. Vorbemerkung . . . . .	1–4
2. Begriff des Unternehmens . . . . .	5–10
3. Unternehmer . . . . .	11–15
B. Formen der Unternehmensübertragung . . . . .	16–84
1. Überblick . . . . .	16–22
2. Vorbereitung der Unternehmensübertragung . . . . .	23–36
a) Due Diligence . . . . .	23–27
b) Unternehmensbewertung . . . . .	28–35
c) Übertragung von Familienunternehmen . . . . .	36
3. Asset Deal und Share Deal . . . . .	37–75
a) Vorbemerkung . . . . .	37–39
b) Asset Deal . . . . .	40–57
ba) Einzelrechtsnachfolge . . . . .	40–42
bb) Übernahme der Rechtsverhältnisse . . . . .	43–49
bc) Haftung für Verbindlichkeiten gemäß § 38 UGB . . . . .	50–53

	Rz
bd) Sonstige Haftungstatbestände	54–57
c) Share Deal bei Kapitalgesellschaften	58–65
ca) Erwerb der Anteile	58–60
cb) Haftung beim Share Deal	61–65
d) Rechtsnachfolge bei Personengesellschaften	66–73
da) Übertragung der Anteile	66–71
db) Haftung bei Personengesellschaftanteilen	72–73
e) Übertragung durch Umgründungsmaßnahmen	74–75
4. Erbrechtliche Gesamtrechtsnachfolge	76–84
C. Vertragsgestaltung	85–97
1. Vertragsinhalte	85–88
2. Gewährleistung	89–95
3. Aufschiebende Bedingungen	96–97
D. Fusionskontrolle	98–150
1. Durchführungsverbot	98–101
2. Österreichische Fusionskontrolle	102–129
a) Anwendungsvoraussetzungen	102–110
aa) Zusammenschluss	104–105
ab) Schwellenwerte	106–108
ac) Inlandsauswirkung	109
ad) Nichtanwendbarkeit der europäischen Fusionskontrolle	110
b) Fusionskontrollverfahren	111–127
ba) Zuständige Institutionen	111
bb) Zusammenschlussanmeldung	112–114
bc) Einreichung und Veröffentlichung	115–116
bd) Stellungnahmen von Dritten	117
be) Prüfung durch die Amtsparteien (Phase I)	118–122
bf) Prüfung durch das Kartellgericht (Phase II)	123–126
bg) Rechtsmittelverfahren	127
c) Materieller Test	128–129
3. Europäische Fusionskontrolle	130–150
a) Anwendungsvoraussetzungen	130–137
aa) Zusammenschluss	132–133
ab) Schwellenwerte	134–137
b) Fusionskontrollverfahren	138–149
ba) Zusammenschlussanmeldung	139–140
bb) Pränotifikationsgespräche	141
bc) Prüfung des Form CO (Phase I)	142–145
bd) Vertiefte Prüfung (Phase II)	146–148
be) Rechtsmittel	149
c) Materieller Test	150
E. Übernahmerecht	151–163
1. Internationale Anwendung	151–152
2. Angebotspflicht	153–157
3. Freiwillige Übernahmeangebote	158–159
4. Angebotspreis	160–161
5. Sanktionen bei Verstößen	162–163
F. Meldepflichten	164–165

	Rz
G. Gesellschafterausschluss . . . . .	166–175
1. Allgemeines . . . . .	166–167
2. Verlangen des Hauptgesellschafters . . . . .	168–170
3. Barabfindung . . . . .	171–174
4. Beschlussfassung . . . . .	175

## A. Einleitung

### 1. Vorbemerkung

- 1 Etwa 80 Prozent der österreichischen Unternehmen sind im Besitz und unter Leitung von Familien.<sup>1</sup> In den nächsten Jahren stehen zahlreiche Familienunternehmen der verantwortungsvollen Herausforderung einer Unternehmensnachfolge gegenüber. In Österreich stehen damit mehr als 51.000 Unternehmen bis zum Jahr 2013 vor der Herausforderung der Unternehmensübertragung.<sup>2</sup> Bei etwa 20 % der übertragenen Unternehmen missglückt der Übergang in die zweite Generation.<sup>3</sup> Die Ursachen für das Misslingen sind vielfältig und häufig eng miteinander verkettet. Dennoch zeigt sich, dass die Ursache meist in der mangelhaften, oftmals zu kurzfristigen Vorbereitung auf den Generationswechsel, in der Nichtinanspruchnahme externer Berater und in der fehlenden Erfahrung der Nachfolger liegt.<sup>4</sup>
  
- 2 Zum Erwerb und zur Übertragung eines Unternehmens kann und soll im Rahmen dieses Buches nur ein Überblick geboten werden. Im Detail besteht umfangreiche Spezialliteratur zu diesen Themen. Das nachfolgende Kapitel bietet entsprechend eine grundsätzliche Einführung zum Begriff des Unternehmens, zu den Unternehmensformen und zu den Arten der Übertragung eines Unternehmens. Zusätzlich werden Grundsätze der Transaktions- und Vertragsgestaltung dargestellt.
  
- 3 Eine Einführung zu den praktisch häufig missachteten Themenbereichen Kartell- und Übernahmerecht, zu den gesellschaftsrechtlichen Meldepflichten sowie die Darstellung der Möglichkeiten des Ausschlusses von Gesellschaftern auf Basis des Gesellschafterausschlussgesetzes (GesAusG) runden den Überblick ab.

---

1 Vgl. *Leitl*, Neugründung von Familienunternehmen in Österreich, in *Frasl/Rieger* (Hrsg), Family Business Handbuch (2007) 80.  
 2 Vgl. KMU FORSCHUNG AUSTRIA, Pressemitteilung: Ein Viertel der heimischen Betriebe sucht neue Führung, Wien 2004.  
 3 Vgl. *Voithofer*, Unternehmensnachfolge aus wirtschaftlicher Sicht (2004) (abrufbar unter: <http://www.kmuforschung.ac.at>).  
 4 *Binder*, Unternehmensnachfolge in Familienunternehmen, SWK 2007, W 61.

Dieses Kapitel beschäftigt sich als Teil eines juristischen Fachbuches nur mit den rechtlichen Aspekten. Diese bieten den Rahmen für die in der Praxis der Unternehmensübertragung wichtigen Komponenten Psychologie,<sup>5</sup> Betriebswirtschaft und Steuer, auf die im Rahmen dieses Kapitels nicht näher eingegangen werden soll. 4

## 2. Begriff des Unternehmens

Das UGB definiert in § 1 ein **Unternehmen** als „jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.“ Diese Bestimmung entspricht bewusst § 1 Abs 2 KSchG, so dass die zu dieser Bestimmung entwickelte Rechtsprechung und die betreffende Literatur auch zur Interpretation des Unternehmensbegriffes des UGB herangezogen werden kann. Eine auf **Dauer** angelegte **Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit** liegt vor, wenn **planmäßig** unter zweckdienlichem Einsatz materieller und immaterieller **Mittel**, in der Regel unter Mitwirkung einer arbeitsteilig kooperierenden Personengruppe, auf einem Markt laufend wirtschaftlich werthafte **Leistungen** gegen **Entgelt** angeboten und erbracht werden. Da die Gewinnerorientierung keine zwingende Voraussetzung für professionelles Auftreten im Geschäftsverkehr ist, kommt es auf sie dabei nicht an, wenn sie auch meist mit der unternehmerischen Tätigkeit verbunden ist.<sup>6</sup> Der Unternehmensbegriff ist größenunabhängig.<sup>7</sup> 5

Das Unternehmen ist keine sachenrechtliche **Gesamtsache** iSd § 302 ABGB; etwa bedürfen die unternehmensbezogenen Schuldverhältnisse (zB Arbeitsverträge, Liefer- und Werkverträge, Finanzierungsverträge, etc) der Vertragsübernahme, der Zession oder der Schuldübernahme. Die Immaterialgüterrechte oder etwa das Eigentum an Liegenschaften werden ebenfalls nach eigenen Regeln übertragen. Das Unternehmen kann aber schuldrechtlich zum Gegenstand eines Vertrages gemacht werden, selbst wenn zu Recht vertreten wird, dass das Unternehmen auch schuldrechtlich keinen einheitlichen Verpflichtungsgegenstand darstellt.<sup>8</sup> Es erscheint somit passender, das Unternehmen als Sondervermögen zu sehen.<sup>9</sup> 6

5 Vgl zB *Juritsch*, Der Sinn von Konflikten bei der Nachfolge im Familienunternehmen – Balance zwischen emotionaler Dimension und betriebswirtschaftlichen Überlegungen, SWK 2008, W 43.

6 *Dehn*, UGB, eolex spezial, S 44.

7 *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 1 Rz 34 f.

8 Bezüglich unternehmensbezogener Schuldverhältnisse kann der Veräußerer, solange er die erforderlichen Zustimmungen seiner Gläubiger und Vertragspartner nicht hat, dem Erwerber gegenüber lediglich Verwendungszusagen (§ 880a ABGB) machen; *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>4</sup> S 124.

9 *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>4</sup> S 124; aA *Kalss/Schauer*, Allgemeines Handelsrecht, Rz 3/19.

- 7 Das Unternehmen selbst ist auch **nicht eigentumsfähig**. Eigentum besteht nur an den einzelnen eigentumsfähigen Sachen. An den schuldrechtlichen und immaterialgüterrechtlichen Positionen besteht kein Eigentum. Am Unternehmen selbst besteht auch weder ein spezielles Persönlichkeitsrecht noch ein spezielles Immaterialgüterrecht.<sup>10</sup>
- 8 Hinsichtlich der Gewährleistungsfrist (§ 933 ABGB), der Einlösungsfrist beim Vorkaufsrecht (§ 1075 ABGB), der Probezeit beim Kauf auf Probe (§ 1082 ABGB), der Möglichkeit der Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts (§ 1070 ABGB) oder eines Rückverkaufsrechts (§ 1071 ABGB) sprechen gute Gründe dafür, auf das Unternehmen die Regelungen für **unbewegliche Sachen** anzuwenden. Daraus folgt allerdings nicht, dass das Unternehmen an sich eine unbewegliche Sache ist.<sup>11</sup> Die Regeln über den Gutgläubenserwerb vom Nichtberechtigten (§ 367 ABGB) gelten für ein Unternehmen nicht und ein **Eigentumsvorbehalt** kann an veräußerten Unternehmen nicht vereinbart werden.<sup>12</sup>
- 9 Ein Unternehmen als solches kann wegen des Spezialitätsgrundsatzes nicht verpfändet werden. Einzelne Produktionsmittel, Liegenschaften oder Forderungen können allerdings verpfändet werden. Alternative zur **Verpfändung** des gesamten Unternehmens wäre der Abschluss eines Betriebsführungsvertrages.
- 10 Ein Unternehmen ist auch keine **Ware**. Die für Waren und Wertpapiere geltenden Vorschriften passen daher für Unternehmen nicht. Die §§ 373 ff UGB über den Handelskauf gelten für Unternehmen grundsätzlich nicht.<sup>13</sup>

### 3. Unternehmer

- 11 Das Unternehmen als solches ist keine juristische Person. Es ist daher zwischen dem Unternehmen und dem **Unternehmensträger**, also dem Zurechnungsobjekt des Unternehmens, zu unterscheiden.<sup>14</sup> Ein Unternehmer ist derjenige, der ein solches Unternehmen betreibt.
- 12 Der Begriff des Unternehmers bezieht sich sowohl auf natürliche als auch auf juristische Personen einschließlich rechtfähiger Personengesellschaften<sup>15</sup>, aber auch auf sonstige teilrechtsfähige Gebilde, deren jeweilige Teilrechtsfähigkeit den Betrieb eines Unternehmens erfasst.<sup>16</sup>

10 *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>4</sup> S 126.

11 *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>4</sup> S 125.

12 NZ 1970, 38; *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>4</sup> S 125.

13 *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>4</sup> S 125.

14 *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>4</sup> S 123.

15 *Dehn* in *Krejci*, RK UGB § 1 Rz 10 ff.

16 *Dehn*, UGB, *ecolex* spezial, S 43.

Die Grundform ist das Betreiben eines Unternehmens als **Einzelunternehmer**. **13**  
 In diesem Fall betreibt eine natürliche Person ein Unternehmen und haftet entsprechend für die Verbindlichkeiten des Unternehmens mit ihrem gesamten Vermögen. Der Unternehmer ist – allenfalls gemeinsam mit seinem Ehepartner und/oder den minderjährigen Kindern – **alleiniger Eigentümer** des Unternehmens. Auch die **Geschäftsführung** nimmt ausschließlich er wahr. Folglich ist dieser Struktur die Gefahr inhärent, dass eine effizienz- und renditeorientierte Unternehmensführung hinter subjektiven Zielvorstellungen wie der Wahrung der Familientradition, eines Standorts bzw dem Erhalt von Arbeitsplätzen zurückstehen muss.<sup>17</sup> Fehlende **Kontroll- und Überwachungsmechanismen** lassen die Gefahr von Fehlentscheidungen steigen. Hinzu kommt, dass die persönliche **Risikobereitschaft** im Einzelunternehmen angesichts der Personalunion aus Alleingeschäftsführer und Eigentümer typischerweise um ein Vielfaches höher ist als in verzweigteren Familienunternehmen oder gar der Publikumsgesellschaft.<sup>18</sup> Umgekehrt folgt hieraus freilich auch, dass die nachhaltige Vermögenssicherung anstelle zeitnaher Gewinne im Vordergrund steht.

Neben dem Einzelunternehmer kommen in der Praxis vor allem **Kapital- und Personengesellschaften** als Unternehmensträger in Betracht, wobei die rechtlichen Qualifikationen und daraus resultierenden Konsequenzen sehr unterschiedlich sind. Auch Vereine können Unternehmer sein.<sup>19</sup> **14**

Neben den Unternehmern kraft ihrer Tätigkeit gibt es auch **Unternehmer kraft ihrer Rechtsform**: AG, GmbH, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Sparkassen, EWIV, SE sowie SCE (§ 2 UGB). **15**

## B. Formen der Unternehmensübertragung

### 1. Überblick

Unternehmen sind Organisationen, die nicht nur aus körperlichen Sachen, sondern auch aus mannigfachen Rechtsverhältnissen (Verträge, Forderungen, Verbindlichkeiten, Immaterialgüterrechte) bestehen. Das **Zurechnungsobjekt des Unternehmens (Unternehmer)** kann im Rechtsverkehr wechseln. Dieser **Wechsel** bringt erhebliche rechtliche Schwierigkeiten mit sich.<sup>20</sup> Mitunter soll **16**

<sup>17</sup> Kalss in Kalss/Schauer, Unternehmensnachfolge S 61.

<sup>18</sup> Kalss/Oelkers, Versuch einer Kategorisierung der Familienunternehmen als Grundlage für eine Analyse ihrer spezifischen Anforderungen an eine rechtliche Ordnung, JEV 2007, 56.

<sup>19</sup> Dehn in Krejci, RK UGB § 1 Rz 51 ff.

<sup>20</sup> Krejci, Unternehmensrecht<sup>4</sup> S 134.

lediglich ein **Unternehmensteil** übertragen werden, wie beispielsweise eine Zweigniederlassung, einer von mehreren Betrieben oder bestimmte Suborganisationen.

- 17 Unternehmen können auf verschiedene Arten Gegenstand des Rechtsverkehrs sein. Zu unterscheiden ist die Übertragung durch **Einzelrechtsnachfolge** (Singularsukzession) von der Übertragung durch (erb- oder gesellschaftsrechtliche) **Gesamtrechtsnachfolge** (Universalsukzession). Weiters kann einerseits zwischen einer **Übertragung unter Lebenden** und **von Todes wegen** sowie andererseits zwischen einer **entgeltlichen** und einer **unentgeltlichen** Übertragung unterschieden werden, wobei je nach gewünschtem Ergebnis verschiedene juristische Varianten der Übertragung möglich sind. Die nachstehende Auflistung soll – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – die gängigen **Übertragungsmodelle** überblicksmäßig darstellen:<sup>21</sup>

- Erbvertrag
- Testament
- Legat
- (Gemischte) Schenkung auf den Todesfall
- Schenkung unter Lebenden (allenfalls gegen Fruchtgenussrecht, Gebrauchsrecht, Wohnungsrecht oder andere persönliche Dienstbarkeiten)
- Übergabe gegen Gewährung von Renten (Versorgungsrente, Kaufpreisrente, Unterhaltsrente)
- Verkauf
- Beteiligung/Beitritt (Übertragung von Gesellschaftsrechten, Beitritt als Gesellschafter, Genussrechte, partiarische Darlehen, Unterbeteiligung)
- Unternehmenspacht
- Betriebsüberlassung
- Betriebsführung
- Dienstverhältnis

- 18 Bei der **Gesamtrechtsnachfolge** gehen alle Rechte und Pflichten in einem Zuge („*uno actu*“) auf den Nachfolger über. Der Nachfolger tritt ohne gesonderte sachenrechtliche Publizitätsakte in die Rechte und Pflichten des Rechtsvorgängers ein. Eine Form der Gesamtrechtsnachfolge ist der Erwerb von Todes wegen; durch die gerichtliche Einantwortung gehen alle Rechte und Pflichten auf den Erben über.

---

21 Vgl. *Hasch Spohn Richter & Partner/KPMG*, Praxishandbuch der Unternehmensnachfolge, S 59; *Unschuld*, Die Vererbung von Geschäftsanteilen in der Familien-GmbH, JEV 2007, 78; *Fritz*, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Risiken einer Unternehmensnachfolge durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, SWK 2005, W 169; *K. Müller/Seyer/Necas*, Checklist zur Unternehmensweitergabe – Worauf Übergeber und Übernehmer achten sollten (Teil II), JEV 2008, 14.

Bei der **Einzelrechtsnachfolge** muss für jeden einzelnen Rechtsübergang ein gesonderter sachenrechtlicher Publizitätsakt gesetzt werden.<sup>22</sup> 19

Eine grundlegende Unterscheidung ist auch jene nach der Form der Übertragung des Unternehmens. Diese kann in Form eines **Asset Deals**, dh durch Übertragung der Vermögenswerte, oder durch Beteiligungserwerb (**Share Deal**), dh durch Übertragung der Beteiligungsrechte an einer Gesellschaft (Zurechnungsobjekt des Unternehmens), erfolgen.<sup>23</sup> Daran knüpfen sich wesentliche Haftungs- und sonstige rechtliche Konsequenzen, die unter Punkt II.2.b). näher dargestellt werden. 20

Eine weitere Möglichkeit ist die Übertragung des Unternehmens durch **Umgründungsmaßnahmen**, wobei es dabei zur totalen oder teilweisen<sup>24</sup> **Gesamtrechtsnachfolge** kommt. Je nach gewählter Variante ergeben sich auch unter Umständen erhebliche steuerliche Unterschiede. 21

Bei **Familienunternehmen** ist zusätzlich eine Entscheidung nach der Art der Nachfolge zu treffen. In Betracht kommen eine familieninterne Übertragung sowie eine Übertragung an externe oder an unternehmensinterne Dritte.<sup>25</sup> 22

## 2. Vorbereitung der Unternehmensübertragung

### a) Due Diligence

Die Erarbeitung eines im konkreten Fall rechtlich, steuerlich und – in Nachfolgesituationen – vor allem psychologisch optimalen Konzepts erfordert eine gute Vorbereitung sowohl auf Veräußerer- als auch auf Erwerberseite.<sup>26</sup> Entsprechend empfiehlt sich vor Übertragung und Erwerb eines Unternehmens eine **Due Diligence** Prüfung, da die Jahresabschlüsse oft keine ausreichende Informationsgrundlage für eine informierte Kaufentscheidung bilden. Zahlreiche grundlegende Informationen über das Unternehmen gewinnt man erst, wenn man sich darüber hinaus eingehend mit bestimmten Unternehmensumständen beschäftigt, wie etwa mit den Kunden- und Lieferantenverträgen, dem Zustand der Produktionsanlagen oder der Qualifikation von Schlüsselmitr- 23

22 Vgl *Wolf*, Unternehmensnachfolge, S 1.

23 Vgl *Wolf*, Unternehmensnachfolge, S 1.

24 ZB Spaltung und Einbringung nach dem VAG und BWG.

25 *Kailer/Weiß*, Beratungspotenziale zur Sicherung und Organisation der Unternehmensnachfolge in Familienbetrieben, VWT 2005 H 4, 32.

26 *K. Müller/Seyer/Necas*, Checklist zur Unternehmensweitergabe – Worauf Übergeber und Übernehmer achten sollten (Teil I), JEV 2007, 97; *K. Müller/Seyer*, Die Macht der Familie – Warum fehlender familiärer Interessenausgleich trotz steuerlicher und rechtlicher Optimierung die erfolgreiche Unternehmensübergabe gefährden kann, JEV 2007, 21.

beitern. Erforderlich ist eine umfangreiche Statuserhebung des Unternehmens. Stille Reserven sind aus den Jahresabschlüssen nicht ersichtlich und auch mögliche Probleme sind mitunter im Jahresabschluss nicht abgebildet.

- 24 Eine solche Due Diligence kann auch für den Veräußerer Informationen von entscheidender Bedeutung hervorbringen, so dass sich auch für den Verkäufer – es sei denn er ist selbst in das operative Geschäft im Detail eingebunden – eine Due Diligence vor Verkauf empfehlen kann (**Vendor's Due Diligence**).
- 25 Bei Durchführung sind vor allem die **Geheimhaltungsinteressen** der Verkäufer und des Unternehmens und das **Informationsbedürfnis** der Erwerber in Einklang zu bringen. Es bestehen in der Praxis zahlreiche Varianten, um hier einen hinreichenden **Interessenausgleich** zu schaffen (zB „Dark Room Procedure“, „Red File Due Diligence“).
- 26 Zu den erforderlichen grundlegenden **Unterlagen** für eine Erstbewertung zählen insbesondere:<sup>27</sup>
  - Unternehmensbeschreibung
  - Stärken-/Schwächenanalyse
  - Zukunftsprognose/Business Plan
  - Bilanzen/Jahresabschlüsse zumindest der drei letzten Jahre
  - Gesellschafts- und Syndikatsverträge
  - Firmenbuch-/Grundbuchauszüge
  - Vereinbarungen betreffend Übertragbarkeit des Unternehmens (Vinkulierungen;<sup>28</sup> Vorkaufs-, Rückkaufs- und Wiederkaufsrechte; sonstige Übertragungshindernisse)
  - Zustimmungrechte (Behörden, Gesellschafter, Vertragspartner)
  - Schätzgutachten hinsichtlich Wert des Vermögens
  - Wichtige Verträge (Dauerschuldverhältnisse, Kunden- und Lieferantenverträge, Vertriebsverträge, Leasing, Versicherungen, Energielieferungen, Wartungen, etc)
  - Finanzierungsverträge/Bankverbindungen
  - Haftungen (Bürgschaften, Garantien, etc)
  - Miet- und Pachtverträge
  - Geschäftsleiter- und Dienstverträge
  - Dienstnehmerlisten und Rückstellungen
  - Kraftfahrzeuglisten
  - Immaterialgüterrechte, Lizenzen

---

<sup>27</sup> Vgl *Hasch Spohn Richter & Partner/KPMG*, Praxishandbuch der Unternehmensnachfolge, S 61; *K. Müller/Seyer/Necas*, Checklist zur Unternehmensweitergabe – Worauf Übergeber und Übernehmer achten sollten (Teil II), JEV 2008, 14.

<sup>28</sup> Vgl *Unschuld*, Die Vererbung von Geschäftsanteilen in der Familien-GmbH, JEV 2007, 82.

- Betriebsberechtigungen und -genehmigungen (Betriebsanlagenebene, Gewerbeberechtigung, etc)
- Status Finanzamt/Krankenkasse
- Status Gerichts- und Verwaltungsverfahren
- Sonstige im spezifischen Fall erheblich Unterlagen (zB Abbaugenehmigungen)

Als Leitlinie kann auch der Gewährleistungskatalog unter Rz 94 dienen. 27

## b) Unternehmensbewertung

Zur **Wert- und Kaufpreisfindung** ist eine Bewertung des Unternehmens erforderlich. Diese kann im Vereinbarungswege erfolgen, ohne dass eine betriebswirtschaftliche **Unternehmensbewertung** erfolgt. Bei am Kapitalmarkt notierenden Unternehmen kann der **Börsekurs** ein Indiz für den Unternehmenswert sein, sollte aber kritisch hinterfragt werden. 28

Für die betriebswirtschaftliche **Unternehmensbewertung** wird weit weniger auf den **Substanzwert** (Sachwert, gegenwärtiger Verkehrswert der Aktiven) als vielmehr auf den **Ertragswert**, der auch von in der Zukunft liegenden Umständen abhängt, abgestellt. Gute zukünftige Erwerbchancen machen ein Unternehmen meist wertvoller als die Unternehmenssubstanz, schlechte Ertragsaussichten führen mitunter wegen zu erwartender Verluste zu einem geringeren Kaufpreis als dem Substanzwert. 29

Der Unternehmenswert kann betriebswirtschaftlich durch **verschiedene Methoden** ermittelt werden; eine rechtlich vorgeschriebene Bewertungsmethode gibt es nicht. 30

Das **Substanzwertverfahren** berücksichtigt nur den Substanz- und Sachwert des Unternehmens, also jenen Wert, den die bilanzierten materiellen wie immateriellen Aktiven des Unternehmens insgesamt haben. Die zukünftige Entwicklung bleibt unberücksichtigt. 31

Das **Ertragswertverfahren** kapitalisiert die angesichts der gegenwärtigen Umstände wahrscheinlichen, künftigen Gewinne. Die zu erwartenden Erträge werden geschätzt und mit einem **Diskontierungszinssatz** auf den Bewertungsstichtag abgezinst. Statt der Gewinne wird als Basis für die Diskontierung häufig der aus den Gewinnen ermittelte **Cash flow** genommen (**Discounted Cash flow-Verfahren**). 32

In der Praxis kommen oft **gemischte Verfahren** zur Anwendung. Ein einfaches gemischtes Verfahren liegt in der Bestimmung des Durchschnitts aus Substanz- und Ertragswert. Auch das „**Wiener Verfahren**“ ist ein Mischverfahren.<sup>29</sup> 33

<sup>29</sup> Krejci, Unternehmensrecht<sup>4</sup> S 206.

- 34 Eine weitere Methode ist das **Fachgutachten KFS BW1** der Kammer der Wirtschaftstreuhänder, wobei am Cash flow orientierte Verfahren darin stärker berücksichtigt werden. Dabei wird von einem drei- bis fünfjährigen Detailprognosezeitraum ausgegangen, an den sich eine zweite Phase pauschal geschätzter Zahlungsströme anschließt. Die Abzinsung erfolgt mit einem Kapitalisierungszinssatz, der sich aus einem Basiszinssatz für die risikolose Kapitalanlage und einem Risikozuschlag zusammensetzt. Für kleine und mittlere Unternehmen gibt es Vereinfachungen.<sup>30</sup>
- 35 Es gibt allerdings keinen mathematisch exakt errechenbaren „wahren“ Unternehmenswert. Je nach Methode, ihrer Mischung und den eingesetzten Parametern kann es zu erheblich **verschiedenen Ergebnissen** kommen.

### c) Übertragung von Familienunternehmen

- 36 Erfolgsfaktor für die Übertragung von Familienunternehmen ist ein ganzheitlich-methodisches Vorgehen, das den Erfolg des Übergabeprozesses nachhaltig sicherstellt.<sup>31</sup> Die einzelnen Schritte sind wie folgt:
- **Schritt 1:** Klärung der Interessenlagen, die sich aus den diversen Rollen und Erwartungen der beteiligten Familienmitglieder ergibt;
  - **Schritt 2:** Analyse des Status-quo hinsichtlich Vermögenslage, rechtlicher Situation und steuerlicher Optimierung;
  - **Schritt 3:** auf Basis der in Schritt 1 und 2 gewonnenen Informationen Erarbeitung eines zukunftsgerichteten Konzepts zusammen mit der Familie;
  - **Schritt 4:** gemeinsame Arbeit mit Anwalt und Steuerberater, um die erarbeitete Konsenslösung auf Umsetzbarkeit zu prüfen und in die entsprechenden Vertragswerke zu gießen;
  - **Schritt 5:** Begleitung der Familie in der Umsetzungsphase; gegebenenfalls Hinzuziehung eines Beraters für das Veränderungsmanagement in den Bereichen Unternehmen und Familie.

## 3. Asset Deal und Share Deal

### a) Vorbemerkung

- 37 Grundsätzlich bestehen drei Arten ein Unternehmen zu übertragen: (i) Die Übertragung des Unternehmens durch **Einzelrechtsnachfolge** durch Erwerb der zum Unternehmen gehörenden **Vermögenswerte („Asset Deal“)**, (ii) der

---

<sup>30</sup> *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>4</sup> S 206.

<sup>31</sup> *K. Müller/Seyer*, Die Macht der Familie – Warum fehlender familiärer Interessenausgleich trotz steuerlicher und rechtlicher Optimierung die erfolgreiche Unternehmensübergabe gefährden kann, JEV 2007, 21.

**Anteilserwerb** („Share Deal“), sowie (iii) der Erwerb im Wege der gesellschafts- oder erbrechtlichen **Gesamtrechtsnachfolge**, wie etwa durch Verschmelzung oder Spaltung.

Die **Rechtswirkungen** für die zum Unternehmen gehörigen Vermögensgegenstände, Vertragsbeziehungen und die daraus resultierenden Haftungen sind abhängig von der Wahl der Transaktionsstruktur. Nicht zuletzt ergeben sich auch wesentliche steuerliche Unterschiede. **38**

Der Share Deal ist gegenüber einem Asset Deal in der Praxis wesentlich **einfacher** durchzuführen, da nicht jeder Vermögensgegenstand einzeln übertragen werden muss. Vorteil des Asset Deal ist aber die Möglichkeit einer **Auswahl** der übergehenden Vermögensgegenstände und – bei entsprechender Strukturierung – die Möglichkeit einer **Haftungsbeschränkung** für Altverbindlichkeiten.<sup>32</sup> Beim Share Deal bleiben die Verbindlichkeiten unverändert bestehen, treffen aber in der Regel nur die Gesellschaft, nicht aber die Gesellschafter. Dies wird im Folgenden im Detail dargestellt. **39**

## b) Asset Deal

### ba) Einzelrechtsnachfolge

Bei einem Asset Deal kommt es zur **Änderung des Unternehmensträgers**, indem die Vermögensgegenstände von einem Unternehmensträger auf den neuen Unternehmensträger im Wege der **Einzelrechtsnachfolge** übergehen. Schuldrechtlich kann dabei das Unternehmen Gegenstand eines **Verpflichtungsgeschäfts** (zB Kaufvertrag, Schenkungsvertrag) sein.<sup>33</sup> **40**

Die sachenrechtliche Übertragung (**Verfügungsgeschäft**) des Unternehmens kann aber nicht uno actu erfolgen. Vielmehr sind die einzelnen Vermögensgegenstände jeweils nach dem erforderlichen **sachenrechtlichen Modus** zu übertragen. Bewegliche Sachen sind daher im Regelfall tatsächlich zu übergeben, bei Liegenschaften bedarf die Übertragung der Eintragung im Grundbuch. Forderungen sind zu zedieren, Verbindlichkeiten bedürfen einer Schuldübernahme und bestimmte Immaterialgüterrechte (zB Marken) bedürfen einer entsprechenden Registrierung. **41**

Probleme bereitete bis vor kurzem vor allem aber die Übertragung der unternehmensbezogenen Schulden und Rechtsverhältnisse. Bis zur Reform des Unternehmensgesetzbuches und damit der Einführung des § 38 UGB gab es nur **42**

<sup>32</sup> Fritz, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Risiken einer Unternehmensnachfolge durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, SWK 2005, W 169.

<sup>33</sup> Vgl. Wolf, Unternehmensnachfolge, S 1; Hämmerle/Wünsch, Handelsrecht<sup>4</sup> S 163; Holzhammer, Handelsrecht III<sup>6</sup> S 42; Krejci, Unternehmensrecht<sup>4</sup> S 124.

für bestimmte – praktisch bedeutsame – Rechtsverhältnisse eine gesetzliche **Vertragsübernahmeregelung**, wie etwa für Mietverträge gemäß § 12a MRG, für Arbeitsverhältnisse gemäß §§ 3 ff AVRAG, für Sachversicherungen gemäß § 69 VersVG, für Markenrechte gemäß § 11 MSchG, für Patentlizenzverträge gemäß § 37 PatG oder für Werknutzungsverträge gemäß § 38 UrhG. An diesen Sonderregelungen hat auch die Einführung des § 38 UGB nichts geändert, so dass diese Rechtsverhältnisse nach wie vor entsprechend diesen gesetzlichen Spezialnormen übergehen.

#### bb) Übernahme der Rechtsverhältnisse

- 43** Für alle nicht durch Sonderregelung geregelten Rechtsverhältnisse ordnet nun **§ 38 UGB** die **Übernahme unternehmensbezogener Rechtsverhältnisse** an.<sup>34</sup> Demnach übernimmt derjenige, der ein unter Lebenden erworbenes Unternehmen fortführt, zum Zeitpunkt des Unternehmensübergangs die unternehmensbezogenen, nicht höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse des Veräußerers mit den bis dahin entstandenen Rechten und Verbindlichkeiten, vorausgesetzt es wurde nichts Gegenteiliges vereinbart.<sup>35</sup>
- 44** Das Unternehmen muss demnach **unter Lebenden erworben** sein, wobei der Rechtsgrund irrelevant ist. Nicht vorausgesetzt wird die Eintragung des Unternehmens im Firmenbuch. Die Entgeltlichkeit ist ebenfalls keine Anwendungsvoraussetzung. In Betracht kommen daher neben dem Regelfall des Kaufs, auch Tausch, Schenkung, Vergleich, Auseinandersetzung aber auch Fruchtgenuss oder Pacht.<sup>36</sup> Ausgenommen sind allerdings die freien Berufe sowie Land- und Forstwirte,<sup>37</sup> sofern das Unternehmen nicht in Form einer Personen- oder Kapitalgesellschaft geführt wird.
- 45** Voraussetzung ist die **Fortsetzung** des Unternehmens.<sup>38</sup> Dies ist nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen. Sofern der wesentliche Unternehmenskern erworben wird, genügt auch der **Erwerb von Teilen** eines Unternehmens. Bei **Zweigniederlassungen** ist § 38 UGB anwendbar, wenn diese weitgehend eigenständig geführt wurden und einem selbständigen Unternehmen nahe kom-

34 Im Detail wird § 38 UGB in § 29 dargestellt. Vgl dazu auch *Filzmoser*, Haftet der Pächter für Schulden des Verpächters nach § 38 UGB?, *ecolex* 2006, 894; *Hofmann*, Neuerungen für die Unternehmensnachfolge durch das Handelsrechts-Änderungsgesetz (HaRÄG), *NZ* 2006/32; *Krejci*, *SWK* (Sonderheft); *Dehn*, *ecolex spezial* 2005; *Rechberger*, *RdW* 2007, 71; *Fellner* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg), *Handbuch Mergers & Acquisitions*, S 440.

35 *Artmann*, Offene Fragen zum Unternehmensübergang nach §§ 38 f UGB, *wbl* 2007, 253.

36 *Fellner* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg), *Handbuch Mergers & Acquisitions*, S 440; aA *Filzmoser*, *ecolex* 2006, 894.

37 Diesbezüglich dürfte es sich um einen Redaktionsfehler handeln.

38 Eine Firmenfortführung ist nicht Voraussetzung.

men. Entsprechend wird auch die Veräußerung eines einem bestimmten **Geschäftszweig** gewidmeten **Unternehmensteils** oder Unternehmensbereichs, der als „Teilbetrieb“ iSd UmgrStG gilt, dem § 38 UGB unterliegen.<sup>39</sup>

Die Parteien können eine von § 38 UGB **abweichende Vereinbarung** treffen. **46**  
Entsprechend kann der Übergang von einzelnen oder allen unternehmensbezogenen Rechtsverhältnissen, Gegenständen, Forderungen und vor allem auch Verbindlichkeiten vertraglich vereinbart werden.

Ein betroffener dritter Vertragspartner (**Gläubiger**) kann sich gegen die Übernahme zur Wehr setzen, indem er binnen drei Monaten ab der Mitteilung<sup>40</sup> des beabsichtigten Übergangs seinen **Widerspruch gegen die Vertragsübernahme** erklärt. Das Widerspruchsrecht betrifft Vertragsverhältnisse, nicht aber isolierte Forderungen<sup>41</sup> oder Verbindlichkeiten.<sup>42</sup> Widerspruchsberechtigt sind allerdings auch Personen, die für eine unternehmensbezogene Verbindlichkeit des Veräußerers eine Sicherheit bestellt haben. Im Fall des wirksamen und zeitgerechten Widerspruchs bleibt das Vertragsverhältnis zum Veräußerer aufrecht. Die Haftung des Erwerbers gemäß § 38 Abs 4 UGB gegenüber dem Widerspruch-Erklärenden bleibt dabei aufrecht. Der Widerspruch ist nicht an wichtige Gründe gebunden und kann ohne Bekanntgabe von Gründen erfolgen.<sup>43</sup> **47**

Erfolgt keine anders lautende vertragliche Regelung und erhebt auch kein Berechtigter fristgerecht Widerspruch, so tritt der Erwerber in alle „unternehmensbezogenen nicht höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse“ des Veräußerers ein. Neben den **Vertragsverhältnissen** tritt der Erwerber dabei daher auch in die gesetzlichen **Schuldverhältnisse** ein, wie etwa bloße Rechte (zB Immaterialgüter- oder Forderungsrechte) oder auch bloße Verbindlichkeiten. Auch Verbindlichkeiten außerhalb von Vertragsverhältnissen, wie etwa **delik-** **48**

39 *Krejci*, SWK UGB 52; *Fellner* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg), Handbuch Mergers & Acquisitions, S 441.

40 Diese Mitteilung (durch Veräußerer und/oder Erwerber – das Gesetz enthält diesbezüglich keine Regelung) muss auch einen Hinweis auf das Widerspruchsrecht enthalten. Erfolgt keine Mitteilung oder enthält diese keinen Hinweis auf das Widerspruchsrecht, wird die 3-Monats-Frist nicht ausgelöst. Bis zur Mitteilung kann der Dritte sowohl gegenüber dem Veräußerer als auch dem Erwerber seine Verbindlichkeiten erfüllen und Erklärungen abgeben. Praktisch sollten daher zumindest zeitgleich mit dem Unternehmenserwerb auch die Dritten verständigt werden.

41 Der Übergang von bloßen Forderungen bedarf grundsätzlich nicht der Zustimmung des Schuldners, so dass hier ohnehin der gesetzliche Normalfall einer Zession eingreift.

42 *Krejci*, SWK UGB 59; *Fellner* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg), Handbuch Mergers & Acquisitions, S 442.

43 Kritisch dazu *Fellner* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg), Handbuch Mergers & Acquisitions, S 443 f.

tische Schadenersatzansprüche, gehen über. Ob das Rechtsverhältnis „unternehmensbezogen“ ist, muss nach objektiven Kriterien beurteilt werden.<sup>44</sup>

- 49 Nicht gesetzlich geregelt ist, welche Konsequenzen eine **Ex-tunc-Aufhebung** des Unternehmenskaufvertrages (zB wegen Sittenwidrigkeit) und damit der Wegfall des Titels für den Unternehmensübergang auf die übergegangenen Rechtsverhältnisse haben. *Krejci* argumentiert, dass der Übergang der Rechtsverhältnisse wirksam ist und dass sie wieder auf den Veräußerer (quasi mit Wirkung ex nunc) rückübertragen werden.<sup>45</sup>

bc) Haftung für Verbindlichkeiten gemäß § 38 UGB

- 50 Mit der Übernahme der Rechtsverhältnisse übernimmt der Erwerber auch die (**unbeschränkte**) **Haftung** für die sich aus den Rechtsverhältnissen ergebenden Verbindlichkeiten und Pflichten. Doch auch hier kann eine **abweichende Regelung** getroffen werden. Diese abweichende Regelung bedarf zu ihrer Wirksamkeit gegenüber dem Dritten der **Eintragung im Firmenbuch** oder der **verkehrsüblichen Bekanntmachung** oder der **Mitteilung an den Dritten** durch den Veräußerer oder den Erwerber. Bei Firmenbucheintragung und bei verkehrsüblicher Bekanntmachung gilt der Haftungsausschluss auch gegenüber jenen Gläubigern, die den Haftungsausschluss weder kennen noch kennen müssen.<sup>46</sup> Bloße Kenntnis ohne ordnungsgemäßen Publizitätsakt führt nicht zum Haftungsausschluss. Zur detaillierten Darstellung der Haftung des Übernehmers gemäß § 38 UGB wird auf § 29 verwiesen.
- 51 Zu berücksichtigen ist, dass der Erwerber grundsätzlich auch für **Altverbindlichkeiten** aus jenen Rechtsverhältnissen haftet, die er nicht übernimmt. Die Haftung besteht auch dann, wenn der Dritte dem Übergang des Rechtsverhältnisses widerspricht. Eine **abweichende Vereinbarung** ist möglich, bedarf aber wiederum des besonderen Publizitätsaktes der Firmenbucheintragung oder der verkehrsüblichen Bekanntmachung oder der Mitteilung an den Dritten.
- 52 **Keine Haftung** besteht bei Erwerb im Wege der **Zwangsvollstreckung**, des **Konkurses**, des **Ausgleichsverfahrens** oder der **Schuldnerüberwachung** durch Sachwalter der Gläubiger (§ 38 Abs 5 UGB).
- 53 Der **Veräußerer haftet weiter** für bis zum Unternehmensübergang entstandene Verbindlichkeiten, wobei es auf die Fälligkeit nicht ankommt. Der Veräußerer haftet aber nur für Altverbindlichkeiten, sofern sie vor Ablauf von fünf

---

44 *Fellner* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg), Handbuch Mergers & Acquisitions, S 445.

45 *Krejci*, SWK UGB 54.

46 *Fellner* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg), Handbuch Mergers & Acquisitions, S 449.

Jahren nach dem Unternehmensübergang fällig werden. Ansprüche daraus verjähren binnen maximal drei Jahren. Die Haftungsdauer des Veräußerers beträgt daher maximal acht Jahre.

#### bd) Sonstige Haftungstatbestände

Neben einer allfälligen Haftung gemäß § 38 UGB haftet der Erwerber Dritten **54** zwingend gemäß § 1409 ABGB. Eine abweichende Regelung ist nicht möglich. Demnach haftet derjenige, der ein Vermögen oder ein Unternehmen übernimmt, ungeachtet der fortdauernden Haftung des Veräußerers den Gläubigern gegenüber für die zum Vermögen oder zum Unternehmen gehörigen Schulden, die er bei Übernahme kannte oder kennen musste. Dies stellt einen gesetzlich angeordneten **Schuldbeitritt** dar, wobei der Erwerb rechtsgeschäftlich erfolgen muss. Entgeltlichkeit ist keine Voraussetzung. Der Gläubiger erhält einen weiteren Schuldner.<sup>47</sup>

Diese Haftung besteht für alle Schulden, die im Zeitpunkt der Übernahme **55** bestehen.<sup>48</sup> Sie ist allerdings doppelt begrenzt. Zum einen haftet der Erwerber nur für Schulden, die er bei Übernahme **kannte oder kennen musste**, wobei leichte Fahrlässigkeit genügt. Der Erwerber sollte daher vom Veräußerer ein Verzeichnis der Schulden anfordern und dieses gewissenhaft prüfen. Zusätzlich ist in die Geschäftsbücher Einsicht zu nehmen. Grundsätzlich ist das Fehlen der gehörigen Sorgfalt vom Gläubiger zu beweisen. Bei nahen Angehörigen besteht aber eine Beweislastumkehr (§ 1409 Abs 2 ABGB).

Zum anderen ist die Haftung betragsmäßig mit dem **Wert des übernommenen 56 Aktivvermögens** beschränkt („**Pro-viribus-Haftung**“). Eine Haftung entfällt nach der Jud insoweit, als mit dem Kaufpreis Gläubiger des Veräußerers tatsächlich befriedigt werden. Sobald der Erwerber den Wert des übernommenen Unternehmens geleistet hat, haben die übrigen Gläubiger keinen Anspruch gegen den Erwerber mehr.

Neben den beschriebenen Haftungstatbeständen bestehen weitere Spezialtatbestände, die eine Haftung begründen können: § 14 BAO, § 6 AVRAG, § 67 ASVG oder § 38 BSVG. **57**

47 Vgl *Fellner* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg), Handbuch Mergers & Acquisitions, S 451.

48 Vgl *Koziol*, Welchen Schulden tritt der Übernehmer eines Vermögens, Unternehmens oder Handelsgeschäftes bei?, JBl 1967, 554.

c) Share Deal bei Kapitalgesellschaften

ca) Erwerb der Anteile

- 58** Bei einem **Share Deal** werden die Anteile an einer **Kapitalgesellschaft** (GmbH, AG, SE) übertragen. Das Zurechnungssubjekt selbst ändert sich nicht. Lediglich die Gesellschafter wechseln. Der **Unternehmensträger** Gesellschaft selbst bleibt gleich.
- 59** Zwar entspricht ein Erwerb von 100% der Anteile wirtschaftlich einem Unternehmenserwerb, es werden aber nicht die einzelnen Vermögensgegenstände sondern die **Anteilsrechte** übertragen. Sämtliche Verträge der Gesellschaft bleiben aufrecht. Zu beachten ist aber, dass aufgrund gesetzlicher (zB § 12a MRG) oder vertraglicher **Change-of-Control-Klauseln** bei einem Kontrollwechsel über die Gesellschaft Kündigungs- oder Vertragsanpassungsrechte bestehen können.
- 60** Beim Share Deal sind insbesondere bestehende **Zustimmungsrechte** (**Vinkulierungen** im Gesellschafts- oder Syndikatsvertrag) und **Vorkaufs- und Aufgriffsrechte** zu berücksichtigen.<sup>49</sup>

cb) Haftung beim Share Deal

- 61** Da sich der Rechtsträger nicht ändert, bestehen auch **keine Änderungen** hinsichtlich der Haftung. Die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bleiben Verbindlichkeiten derselben. Den Gläubigern gegenüber haftet weiterhin ausschließlich das Vermögen der Gesellschaft. Ein **Haftungsdurchgriff** auf die Gesellschafter ist bei Kapitalgesellschaften nur in Einzelfällen möglich (zB qualifizierte Unterkapitalisierung, faktische Geschäftsführung).
- 62** § 38 UGB kommt jedenfalls nicht zur Anwendung. Stellt die übertragene Beteiligung das „im Wesentlichen gesamte Vermögen“ des Veräußerers dar, so wird vertreten, dass bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis dieses Umstands durch den Erwerber die **Erwerberhaftung gemäß § 1409 ABGB** eingreift.<sup>50</sup> In diesen Fällen ist kein Unternehmensbezug der Verbindlichkeiten erforderlich! Der Erwerber haftet daher auch für die **privaten Schulden** des Veräußerers (zB Unterhaltsverbindlichkeiten).
- 63** Haftungen können sich bei der GmbH auch ergeben, wenn rückständige Beiträge an **Stammeinlagen** bestehen (§ 78 Abs 2 GmbHG). Für fällige rückstän-

---

49 *Fritz*, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Risiken einer Unternehmensnachfolge durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, SWK 2005, W 169.

50 Vgl im Detail *Aigner*, Unternehmenskauf – Besonderheiten der Erwerberhaftung des § 1409 ABGB beim Share Deal, *ecolex* 2007, 93; *Aigner*, Unternehmenskauf – Inwieweit gilt § 1409 ABGB für den Share Deal?, *ecolex* 2007, 16; *Fellner* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg), Handbuch Mergers & Acquisitions, S 454 ff mwN.

dige Stammeinlagen haftet der Erwerber mit dem Veräußerer zur ungeteilten Hand. Für noch nicht fällige Stammeinlagen haftet der Erwerber grundsätzlich alleine. Die Ansprüche der Gesellschaft gegen den Rechtsvorgänger gemäß § 78 Abs 3 GmbHG erlöschen binnen fünf Jahren vom Tag der Anmeldung des Erwerbers zum Firmenbuch.

Bei der GmbH kann sich eine Haftung des Erwerbers auch aus der Rückgewähr von Einlagen an die Rechtsvorgänger ergeben, welche trotz des **Verbot**es **der Einlagenrückgewähr** (§§ 82 ff GmbHG) innerhalb einer fünfjährigen Verjährungsfrist veranlasst werden.<sup>51</sup> Im Ausnahmefall haftet der ersatzpflichtige Gesellschafter für 30 Jahre (§ 83 Abs 5 GmbHG), sofern der Gesellschaft der Beweis gelingt, dass der ersatzpflichtige Gesellschafter die Widerrechtlichkeit der Einlagenrückgewähr kannte oder kennen musste. Den Erwerber trifft eine subsidiäre **Ausfallhaftung** für die Rückgewähr von Einlagen an andere Gesellschafter (§ 82 Abs 2 und 3 GmbHG), soweit dadurch das Stammkapital unzulässiger Weise verringert wurde. **64**

Der Erwerber von Aktien haftet für die auf die Aktien rückständigen Einlagen (§§ 57 ff AktG) und für verbotene Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG).<sup>52</sup> Es besteht jedoch keine subsidiäre Haftung für Aktieneinlagen und verbotene Einlagenrückgewähr für andere Aktionäre.<sup>53</sup> **65**

#### d) Rechtsnachfolge bei Personengesellschaften

##### da) Übertragung der Anteile

Personengesellschaften sind vor allem die **Offene Gesellschaft (OG)** und die **Kommanditgesellschaft (KG)** (sog Personengesellschaften des Unternehmensrechts).<sup>54</sup> Zum anderen sind verschiedene andere Gesellschaftsformen denkbar, wie etwa die **Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesBR)** oder die **stille Gesellschaft** in den Formen „atypisch“ als Mitunternehmerschaft und „typisch“ als Fremdkapitalgeber, die hier nicht näher behandelt werden sollen. **66**

Grundsätzlich können Anteile an Personengesellschaften des Unternehmensrechts nicht übertragen werden.<sup>55</sup> Dies ist allerdings dispositives Recht. Durch Gesellschaftsvertrag oder im Einzelfall durch Gesellschafterbeschluss kann **67**

51 Wolf, Unternehmensnachfolge, S 16.

52 Wolf, Unternehmensnachfolge, S 17.

53 Jabornegg in Schiemer, AktG<sup>3</sup> § 56 Rz 11.

54 Bis zum HRÄG 2007 bestand eine Differenzierung in Vollhandelsgerwerbe, die in Form einer Offenen Handelsgesellschaft (OHG) oder einer Kommanditgesellschaft (KG) betrieben werden konnten, und den Nicht-Vollhandelsgerwerben, die in Form der Eingetragenen Erwerbsgesellschaften (OEG und KEG) betrieben werden konnten.

55 Fritz, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Risiken einer Unternehmensnachfolge durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, SWK 2005, W 169.

daher die Fortführung der Gesellschaft angeordnet werden, wobei die Übertragbarkeit auf bestimmte Übernehmer eingeschränkt werden kann.

- 68** Bei Personengesellschaften sind daher für eine Unternehmensnachfolge in deren Gesellschaftsverträgen **Nachfolgeklauseln** sowohl durch „Share“ Deal unter Lebenden als auch von Todes wegen nicht nur üblich sondern notwendig.<sup>56</sup> Einzig **Kommanditisten** einer KG können ihren Geschäftsanteil vererben. Die Gesellschaft wird durch den Tod eines Kommanditisten nicht aufgelöst, sondern die Erben treten entsprechend ihrer Erbquote als Kommanditisten ein (§ 177 UGB). Diese Rechtsfolge kann gesellschaftsvertraglich abbedungen werden.
- 69** Alternative zur Nachfolgeklausel ist eine **Eintrittsklausel**, dh eine Regelung im Gesellschaftsvertrag, die bestimmten Personen den Eintritt als Gesellschafter durch einseitige Erklärung ermöglicht. Dieses Eintrittsrecht kann gesellschaftsvertraglich oder rechtsgeschäftlich eingeräumt werden.<sup>57</sup>
- 70** Für den Todesfall regelt § 138 UGB – eine entsprechende Anwendbarerklärung im Gesellschaftsvertrag oder durch Einzelvereinbarung vorausgesetzt – den Übergang auf die verbleibenden Gesellschafter; die Erben erhalten einen **Abfindungsanspruch**.<sup>58</sup> Gemäß § 139 UGB wird hingegen die Gesellschaft mit den Erben als Gesellschafter fortgesetzt, wobei die Erben das Recht haben, an Stelle des Eintritts als unbeschränkt haftende Gesellschafter als Kommanditisten einzutreten und bei Ablehnen dieses Verlangens aus der Gesellschaft – gegen angemessene Abfindung – auszuscheiden. Voraussetzung ist jedenfalls, dass neben der Regelung im Gesellschaftsvertrag der gesellschaftsvertraglich Berufene auch erbrechtlich Rechtsnachfolger des Verstorbenen wird; dies hängt von der letztwilligen Anordnung oder der gesetzlichen Erbfolge ab. Auch ein Legatar kann Rechtsnachfolger werden.<sup>59</sup>
- 71** Bei Übertragung durch Legat wird zunächst der Erbe Kommanditist und ist verpflichtet, den Kommanditanteil an den Legatar zu übertragen. Zusätzlich ist ein Aufnahmevertrag mit den übrigen Gesellschaftern erforderlich. Die Zustimmung kann aber auch bereits gesellschaftsvertraglich erteilt werden.<sup>60</sup>

---

56 Die dispositive gesetzliche Regel ist, dass die Gesellschaft mit dem Tod des Gesellschafters als aufgelöst gilt (§ 131 Abs 1 Z 4 UGB). Fehlt eine gesellschaftsvertragliche Regelung kann mit den Erben einstimmig ad hoc eine Fortsetzung beschlossen werden; Vgl *Wolf*, Unternehmensnachfolge, S 3.

57 Praktisch ist wegen möglicher Auslegungsprobleme zu einer Nachfolgeklausel zu raten. *Wolf*, Unternehmensnachfolge, S 9 mwN.

58 *Fritz*, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Risiken einer Unternehmensnachfolge durch Rechtsgeschäfte von Todes wegen, SWK 2005, W 182.

59 Vgl *Wolf*, Unternehmensnachfolge, S 4 ff.

60 *Wolf*, Unternehmensnachfolge, S 13 f.

#### db) Haftung bei Personengesellschaftanteilen

Nach § 130 Abs 1 UGB haftet jeder neu eintretende unbeschränkt haftende Gesellschafter einer Personengesellschaft für alle **bestehenden Verbindlichkeiten** der Gesellschaft, unabhängig davon, ob sie vor oder nach seinem Eintritt entstanden sind. Entgegenstehende Vereinbarungen sind Dritten gegenüber unwirksam (§ 130 Abs 2 UGB); abweichende Vereinbarungen im Innenverhältnis sind möglich. Der **ausscheidende Gesellschafter** haftet gemäß § 159 UGB für bis zu seinem Ausscheiden begründete Verbindlichkeiten, wobei es auf die Fälligkeit nicht ankommt. Der ausscheidende Gesellschafter haftet aber nur für **Altverbindlichkeiten**, sofern sie vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Unternehmensübergang fällig werden. Ansprüche daraus verjähren binnen maximal drei Jahren. Die Haftungsdauer des ausscheidenden Gesellschafters beträgt daher maximal acht Jahre. 72

Der Erwerber einer **Kommanditbeteiligung** haftet für rückständige **Pflichteinlagen**. Den Gläubigern haftet er daher nur insoweit, als die Hafteinlage rückständig oder durch eine Rückgewähr der Kommanditeinlage wieder aufgelebt ist. Der Kommanditist haftet aber unbeschränkt persönlich für die Zeit zwischen seinem Eintritt und seiner Eintragung im Firmenbuch, unter der Prämisse, dass er der Fortführung des Geschäftsbetriebs zugestimmt hat.<sup>61</sup> 73

#### e) Übertragung durch Umgründungsmaßnahmen

Eine weitere Variante der Unternehmensübertragung ist die Übertragung im Rahmen von **Umgründungsmaßnahmen**. Bei einigen gesellschaftsrechtlichen Umgründungsvorgängen wird gesetzlich eine **Gesamtrechtsnachfolge** angeordnet. Dies gilt insbesondere für Verschmelzungen, Spaltungen und verschmelzende Umwandlungen.<sup>62</sup> Alle unternehmensbezogenen Rechte und Pflichten des Vorgängers gehen daher uno actu auf die übernehmende Gesellschaft über. Das **Verfügungsgeschäft** wird für das gesamte Unternehmen durch die **Eintragung** im Firmenbuch bewirkt.<sup>63</sup> 74

Bei Spaltungen besteht ein eigenes Haftungsregime gemäß § 15 SpaltG. Dieses **Haftungsregime** ist *lex specialis* zu anderen Haftungsbestimmungen, vor allem § 1409 ABGB. Neben derjenigen Gesellschaft, die nach dem Spaltungsplan für die Verbindlichkeit haftet, haften alle übrigen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften gesamtschuldnerisch bis zur Höhe des ihnen jeweils zugeordneten Nettoaktivvermögens. Das Nettoaktivvermögen ergibt sich aus dem tatsächli-

61 Wolf, Unternehmensnachfolge, S 12.

62 Einbringungen nach dem BWG und dem VAG führen zu einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge.

63 Auch das grundbücherliche Eintragungsprinzip wird in diesen Fällen durchbrochen. Die Eintragung im Grundbuch ist deklarativ.

chen Wert der zugeordneten aktiven Vermögensteile abzüglich der zugeordneten Verbindlichkeiten zum Zeitpunkt der Eintragung der Spaltung in das Firmenbuch. Gläubiger haben einen Sicherstellungsanspruch.

#### 4. Erbrechtliche Gesamtrechtsnachfolge

- 76** Als Rechtsgeschäfte von Todes wegen, mit denen Unternehmen und Geschäftsanteile übertragen werden, kommen die Einsetzung des oder der Nachfolger als **Erben** oder **Vermächtnisnehmer** in **Testamenten** oder **Kodizillen** in Betracht. Bei der Übertragung von Geschäftsanteilen ist darauf zu achten, dass die Verfügung des bisherigen Unternehmers als Gesellschafter nicht gegen gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche Übertragungsbeschränkungen und Nachfolgeregelungen verstößt.<sup>64</sup>
- 77** Mit der **Einantwortung** geht der Nachlass und damit auch das ihm gehörende Unternehmen auf den oder die Erben über.<sup>65</sup> Das Zurechnungsobjekt des Unternehmens wechselt **uno actu**. Das Unternehmen geht mit allen damit verbundenen Rechtsverhältnissen auf den Erben über. Mehrere Erben erhalten den Nachlass zu **ideellen Teilen**. Die reale Aufteilung bleibt den Erben überlassen. Erhält nur einer von mehreren Erben im Rahmen der **Aufteilung** das Unternehmen, so erhält er das Unternehmen im Wege einer **Einzelrechtsnachfolge**.<sup>66</sup> Wird das den Erben eingewortete Unternehmen von der Erbengemeinschaft fortgeführt, entsteht eine **GesbR**; erreicht das Unternehmen die Größenschwelle des § 189 Abs 1 Z 2 UGB, ist die GesbR in eine OG/KG umzuwandeln. Der Übergang auf die OG ist eine Einzelrechtsnachfolge.<sup>67</sup>
- 78** Die Erben trifft zunächst eine **Haftung nach erbrechtlichen Vorschriften**, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll. Bei Unternehmensfortführung besteht außerdem eine **unternehmensrechtliche Erbenhaftung**. Wird ein zu einem Nachlass gehörendes Unternehmen von dem Erben fortgeführt, so haftet er für die unternehmensbezogenen Verbindlichkeiten unbeschadet seiner Haftung als Erbe unbeschränkt (§ 40 UGB).<sup>68</sup> Wird das Unternehmen von mehreren geerbt, haften sie solidarisch. Von der Haftung umfasst sind nicht nur die unternehmensbezogenen Altschulden des Erblassers, sondern auch jene Verbindlichkeiten, die nach seinem Tod bis zur Einantwortung im Zuge der Unternehmensfortführung begründet wurden.

---

64 *Fritz*, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Risiken einer Unternehmensnachfolge durch Rechtsgeschäfte von Todes wegen, SWK 2005, W 182.

65 *Fritz*, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Risiken einer Unternehmensnachfolge durch Rechtsgeschäfte von Todes wegen, SWK 2005, W 182.

66 *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>4</sup> S 156 f.

67 RdW 1998, 460 = JBl 1998, 597 = ecollex 1998, 922.

68 Vgl *Hofmann*, Neuerungen für die Unternehmensnachfolge durch das Handelsrechts-Änderungsgesetz (HaRÄG), NZ 2006/32.

- Die Regelung hat nur Relevanz bei einer **bedingten Erbserklärung**, da bei einer unbedingten Erbserklärung der Erbe ohnehin schon unbeschränkt haftet. **79**
- Das Unternehmen muss **fortgeführt** werden, wobei aber unbeachtlich ist, durch wen und auf wessen Rechnung das Unternehmen fortgeführt wird. Auch bei Fortführung durch den gesetzlichen Vertreter oder einen Bevollmächtigten, haftet der Erbe. Da ein gerichtlicher Masseverwalter nicht Vertreter des Unternehmers ist, wird seine Tätigkeit nicht den Erben zugerechnet. Abwicklung des Unternehmens ist keine Fortführung.<sup>69</sup> **80**
- Die Mitglieder einer **Erbengemeinschaft** haften **gesamtschuldnerisch**. **81**
- Die Haftung gemäß § 40 UGB trifft den Erben nicht, wenn er die Fortführung des Unternehmens vor Ablauf dreier Monate nach Einantwortung einstellt,<sup>70</sup> oder wenn die Haftung in sinngemäßer Anwendung des § 38 Abs 4 UGB ausgeschlossen wurde.<sup>71</sup> **82**
- Vermächtnisnehmer** erwerben Unternehmen im Wege der Einzelrechtsnachfolge aufgrund rechtsgeschäftlicher, dem Vermächtnis entsprechender Übertragung an den Vermächtnisnehmer durch den Erben.<sup>72</sup> Unter der Voraussetzung der Fortführung des Unternehmens (Erhaltung der Unternehmensidentität) durch den Legatar (Erwerber) ist nicht mehr bloß dessen Haftung für unternehmensbezogene Verbindlichkeiten und die Fiktion seiner Stellung als Zessionar für Forderungen des Unternehmens normiert (vgl § 25 Abs 1 HGB alt), sondern die gesetzliche Übernahme aller zum Unternehmen gehörenden Rechtsverhältnisse, wobei die Haftung des Nachlasses oder Erben (Veräußerers) für die Verbindlichkeiten bestehen bleibt (§ 38 Abs 1 UGB).<sup>73</sup> **83**
- Insbesondere im Familienverband ist die Verträglichkeit zwischen letztwilligen Verfügungen und Gesellschaftsverträgen besonders zu beachten. Unternehmensnachfolgeklauseln als dispositives Recht in den Gesellschaftsverträgen gehen den erbrechtlichen Bestimmungen bei Unverträglichkeit vor.<sup>74</sup> Durch die Konzeption der Gesellschaftsverträge kann daher in die erbrechtlichen Positionen entscheidend eingegriffen werden. **84**

69 *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>4</sup> S 158.

70 Bei nicht geschäftsfähigen Erben läuft die Frist ab Bestellung eines gesetzlichen Vertreters oder ab Eintritt der Geschäftsfähigkeit.

71 Vgl *Hofmann*, Neuerungen für die Unternehmensnachfolge durch das Handelsrechts-Änderungsgesetz (HaRÄG), NZ 2006/32.

72 *Fritz*, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Risiken einer Unternehmensnachfolge durch Rechtsgeschäfte von Todes wegen, SWK 2005, W 182.

73 *Hofmann*, Neuerungen für die Unternehmensnachfolge durch das Handelsrechts-Änderungsgesetz (HaRÄG), NZ 2006/32; siehe oben Rz 43 ff.

74 Vgl *Fraberger*, Der steueroptimale Tod, S 369 ff mwN; *Wolf*, Unternehmensnachfolge, S 2.

## C. Vertragsgestaltung

### 1. Vertragsinhalte

- 85 Ein Unternehmenskauf-, -tausch-, -schenkungs- oder sonstiger -übertragungsvertrag hat in der modernen Vertragsjuristerei einen verhältnismäßig standardisierten Aufbau, wobei naturgemäß die Ausgestaltung der einzelnen Vertragspunkte entscheidende Bedeutung hat und es dabei auf jedes Detail ankommt.
- 86 Die **üblichen Vertragsbestimmungen** eines Unternehmensübertragungsvertrages sind:
- Erwerbsgegenstand/Form des Erwerbs
  - Kaufpreis/Gegenleistung
  - Stichtag/Closing
  - Gewährleistungen und Zusicherungen
  - Rechtsfolgen von Gewährleistungen und Zusicherungen
  - Aufschiebende Bedingungen
  - Wettbewerbsverbot
  - Geheimhaltung
  - Rechtswahl (unter Ausschluss der Kollisionsnormen)
  - Gerichtsstand/Schiedsvereinbarung
  - Schlussbestimmungen (Aufrechnungsverbot, Schriftform für Änderungen, Aufhebung Vorvereinbarungen, Form von Erklärungen/Zustellung, Salvatorische Klausel, Kostentragung, Ausfertigungen)
- 87 Eine detaillierte Darstellung der einzelnen Vertragsbestimmungen würde den Rahmen dieses Buches sprengen. Im Folgenden soll daher insbesondere auf die Punkte Gewährleistung und die gesetzlich zwingenden aufschiebenden Bedingungen näher eingegangen werden.
- 88 Der Vertrag ist grundsätzlich **formfrei** mit Ausnahme der Übertragung von **GmbH-Geschäftsanteilen**; die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen bedarf der **Notariatsaktsform**! Zusätzlich sind die übrigen Vertragsinhalte zu berücksichtigen; enthält der Vertrag beispielsweise einen Erbverzicht, bedarf er ebenfalls der Notariatsaktsform. Die Übertragung von **Inhaberaktien** erfolgt grundsätzlich formlos durch **Übergabe**. Bei **Namensaktien** hat die sachenrechtliche Übertragung durch **Indossament** zu erfolgen und die Übertragung ist der Gesellschaft zu melden (§ 61 AktG).

### 2. Gewährleistung

- 89 Das **gesetzliche Gewährleistungssystem** der §§ 922 ff, 1397 ff ABGB ist für Unternehmensakquisitionen **unzureichend** oder jedenfalls nicht sachgerecht, da es die Umstände des Einzelfalles naturgemäß nicht ausreichend berücksich-

tigt.<sup>75</sup> *Wilhelm* spricht im Zusammenhang mit der gesetzlichen Gewährleistung beim Unternehmenskauf überhaupt von einem „Ratespiel in doppelter Hinsicht“.<sup>76</sup> Zum Ersten ist nicht klar, ob bei einem Anteilskauf überhaupt für Eigenschaften des Unternehmens gehaftet wird.<sup>77</sup> Zum Zweiten wäre in Ermangelung einer vertraglichen Regelung kaum zu erraten, welche die gewöhnlich vorausgesetzten (= geschuldeten) Eigenschaften beim Unternehmenskauf sind.<sup>78</sup> Sollen beispielsweise beim Share-Deal Mängel des Unternehmens auf den Kauf der Gesellschaftsanteile durchschlagen?<sup>79</sup>

Die Vertragsparteien sind daher angehalten, im **Transaktionsvertrag** möglichst umfassend und gezielt den Umfang der **geschuldeten Leistungen** und ein **Rechtsfolgensystem für Leistungsstörungen** autonom zu regeln.<sup>80</sup> In der Praxis hat sich hierfür ein gewisser Standard herausgebildet, bestehend aus einem Katalog von bedungenen Eigenschaften, einer Regelung des wirtschaftlichen Ausgleichs im Fall von Leistungsstörungen und einem Verfahren für die Abwicklung desselben sowie betragsmäßig, zeitlich und auf ein bestimmtes Verschulden abstellende Haftungsbeschränkungen.<sup>81</sup> Darüber hinaus gilt es, den weiten Spielraum für einzelfallbezogene Vertragsgestaltung optimal zu nutzen.

Ein gänzlicher **Gewährleistungsausschluss** ist mit Ausnahme von Fällen der Arglist und der Sittenwidrigkeit<sup>82</sup> zulässig.<sup>83</sup> Zu beachten ist aber, dass ausdrücklich zugesicherte Eigenschaften nicht von einem solchen Ausschluss erfasst sind. Gewährleistungsausschlüsse sind restriktiv zu interpretieren und geheime Mängel daher vom Ausschluss grundsätzlich nicht umfasst.

75 Vgl *Picot* in *Picot*, Handbuch Mergers & Acquisitions<sup>3</sup>, S 165; *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353.

76 *Wilhelm*, Gewährleistungsnebel über dem Unternehmenskauf, *ecolex* 2005, 741.

77 Vgl *Oberlechner*, Wann ist ein Unternehmen mangelhaft, *ecolex* 2006, 628; *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353.

78 Vgl *Fritz*, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Risiken einer Unternehmensnachfolge durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, *SWK* 2005, W 169; *Oberlechner*, Wann ist ein Unternehmen mangelhaft, *ecolex* 2006, 628.

79 Vgl im Detail *Reich-Rohrwig/Thiery*, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf, *ecolex* 1991, 89.

80 *Jansen*, Mergers & Acquisitions<sup>3</sup>, S 210; *Kepplinger/Duursma*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf, *ZfRV* 2001, 86.

81 Siehe dazu im Detail *Flener* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg), Handbuch Mergers & Acquisitions, S 597 ff; *Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353.

82 Diese ist bei einem beidseitigen Handelsgeschäft unwahrscheinlich, und ein Gewährleistungsausschluss daher in breitem Umfang zulässig (*Parschalk/Wahl*, Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353).

83 *Puck*, Gewährleistung beim Unternehmens- und Anteilskauf, in *Nemec/Reicheneder* (Hrsg), Unternehmenskauf, S 274.

- 92 Die Höhe des Kaufpreises ist in der Regel direkt proportional zum Umfang der Gewährleistungen.<sup>84</sup> Bei einem hohen Kaufpreis werden aufgrund des dadurch höheren Risikos des Käufers zumeist umfangreiche Gewährleistungen gefordert. Ein niedriger Kaufpreis berücksichtigt hingegen allfällige Risiken oder Unsicherheiten unter Umständen bereits, so dass voraussichtlich weniger Gewährleistungen gefordert und gegeben werden.
- 93 Auch die Unterscheidung in „Gewährleistung“ oder „Garantie“ ist in der modernen Vertragsjuristerei häufig irrelevant. Die Folgen einer Verletzung der „Zusage“ sollte ohnehin unabhängig von der Bezeichnung als Garantie oder Gewährleistung abschließend im Vertrag festgelegt werden. Die gesetzlich vorgesehenen unterschiedlichen Konsequenzen<sup>85</sup> werden dabei von den autonom vertraglich festgelegten Folgen überlagert. Es empfiehlt sich jedenfalls, die gewünschten Konsequenzen einer Verletzung im Vertrag exakt zu regeln.<sup>86</sup>
- 94 Nachstehend werden – beispielhaft und selbstverständlich ohne Anspruch auf Vollständigkeit – Gewährleistungszusagen aufgelistet, wobei zusätzlich insbesondere branchenspezifische Gewährleistungszusagen zu berücksichtigen sind:<sup>87</sup>

#### Berechtigung zum Vertragsabschluss

- Berechtigung zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Vertrag
- Kein Verstoß gegen vertragliche Verpflichtungen aus anderen Verträgen
- Ausreichende Bevollmächtigung der Handelnden zum Vertragsabschluss<sup>88</sup>

---

84 Reich-Rohrwig/Thiery, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf, *ecolex* 1991, 89.

85 Grundsätzlich führt eine echte Garantie zu einer verschuldensunabhängigen abstrakten Haftung für das Erfüllungsinteresse (Nichterfüllungsschaden), dh der garantierende Verkäufer hat auch für Mangelfolgeschäden und entgangenen Gewinn einzustehen (vgl. Kozziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), ABGB, § 880a Rz 2); demgegenüber sind unter Berücksichtigung des Vorrangs der Verbesserung bei einer echten Gewährleistung nur die Mangelschäden, nicht aber Mangelfolgeschäden und entgangener Gewinn zu ersetzen. Fritz, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Risiken einer Unternehmensnachfolge durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, *SWK* 2005, W 169.

86 Vgl. Nowotny/Gelter, „Bilanzklauseln“ und Unternehmenserwerb, *GesRZ* 2000, 63.

87 Zu den einzelnen Gewährleistungszusagen im Detail siehe Flener in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter (Hrsg), *Handbuch Mergers & Acquisitions*, S 597 ff; Vgl. auch Rottbege/Wassermann (Hrsg), *Mandatspraxis Unternehmenskauf*, S 354 ff.

88 Fehlt die ausreichende Vertretungsbefugnis ist der Vertrag schwebend unwirksam bis zu dessen Bestätigung durch entsprechend den gesetzlichen Gegebenheiten vertretungsbefugte Personen. Entsprechend sollte die Vertretungsbefugnis insbesondere bei ausländischen Vertragspartnern genau überprüft werden; allenfalls sollte durch einen Notar oder durch eine Legal Opinion die Vertretungsbefugnis bestätigt werden.

### Gesellschafts- und Beteiligungsverhältnisse

- Rechtswirksame Gründung/Bestehen der Gesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften
- Unbelastetes, unbeschränktes Eigentum an Anteilen und freie Verfügung über Anteile
- Vollständigkeit und Richtigkeit der Gesellschaftsverträge
- Richtigkeit des (historischen) Firmenbuchstandes
- Einzahlung des Stammkapitals und keine Einlagenrückgewähr
- Keine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit/Insolvenz
- Richtigkeit der Beteiligungsverhältnisse
- Verhältnis zu übrigen Gesellschaftern (Syndikatsverträge, etc)
- Vorkaufs- und Aufgriffsrechte
- Keine Zustimmungserfordernisse, Vinkulierung

### Buchführung und Jahresabschluss, Forderungen und Verbindlichkeiten sowie Gesellschaftsvermögen

- Stammkapital, Eigenkapital und Vermögenseinlagen
- Bilanzgarantie (Vermögens-, Finanz- und Ertragslage)
- Keine verdeckten Gewinnausschüttungen, Einlagenrückgewähr
- Keine außergewöhnlichen Veränderungen im Vermögen seit der Bilanz, Weiterführung mit Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns
- Keine Insolvenz, Überschuldung, etc
- Richtigkeit der Forderungen und Verbindlichkeiten, Haftung für Einbringlichkeit
- Richtigkeit Anlage- und Umlaufvermögen, Zustand, Gebrauchsfähigkeit
- Richtigkeit der Rückstellungen
- Eigentum an wesentlichen Vermögensgegenständen

### Fortführung des Unternehmens

- Möglichkeit, Zulässigkeit

### Erfolg und Risiko

- Bestimmter wirtschaftlicher Erfolg
- Nichteintritt eines bestimmten Risikos

### Liegenschaften und Bestandverhältnisse

- Eigentum oder eigentumsähnliche Rechte an Liegenschaften
- Belastungen, Übertragungsbeschränkungen
- Bestandverträge, Mietrechte, § 12 a MRG
- Baurechte, Superädifikate

### Öffentlich rechtliche Bewilligungen und Vorschriften

- Behördliche Auflagen
- Bestand von Lizenzen und Genehmigungen, Auflagen
- Gewerbeberechtigungen
- Baubewilligung, Benützungsbewilligung
- Umweltverträglichkeitsprüfung
- Betriebsanlagengenehmigungen, evtl Erweiterungen
- Wasserrechtliche Bewilligungen
- Umweltschutz, Altlasten, Kontaminationen
- Emissionen
- Behördliche Beschränkungen des Betriebs, Kontingente

### Arbeitnehmer

- Anzahl der Arbeitnehmer, Gehalt, Abfertigungen, Urlaubsansprüche, Krankenstände, Provisionsansprüche, Bestandschutz
- Inhalt der Dienstverträge
- Pensionszusagen und sonstige freiwillige Sozialleistungen
- Betriebsvereinbarungen, Einzelvereinbarungen
- Drohende arbeitsrechtliche Verfahren

### Rechtsstreitigkeiten

- Aktuelle und drohende Zivil-, Schieds-, Verwaltungs-, Steuer- oder Strafverfahren oder Untersuchungen
- Produkthaftungen
- Verbandsverantwortlichkeit nach VbVG
- Restitutionen, Zwangsarbeiter

### Finanzierung, Versicherungen

- Finanzierungsverträge (Kredite, Darlehen) und Sicherheiten
- Versicherungsverträge, Zahlung der Prämien
- Versicherungsfälle

### Vertragsverhältnisse

- Bestand von Dauerschuldverhältnissen
- Erfüllung
- Abgegebene annahmefähige Angebote
- Risiken aufgrund der Abwicklung von Verträgen
- Change-of-control Klauseln
- Zustimmung Dritter zu Vertragsübergang

### Gewerbliche Schutzrechte

- Bestehende gewerbliche Schutzrechte (Marken, Muster, Patente, Gebrauchs- und Geschmacksmuster, etc)

- Regelung für Dienstleistungen
- Verletzung von gewerblichen Schutzrechten Dritter
- Lizenzverträge

#### Wettbewerbs- und Kartellrecht, Subventionen

- Verletzungen von Wettbewerbs- und/oder Kartellrecht
- Erhaltene Subventionen oder sonstige Beihilfen

#### Steuern und Gebühren

- Steuererklärungen und sonstige Erklärungen rechtzeitig, vollständig und richtig
- Zahlung aller fälligen Steuern, Abgaben und Vorauszahlungen
- Bildung von Rückstellungen
- Einbehaltung von Steuern
- Sozialversicherung

#### Förderungen

- Erhalt von Förderungen, etc
- Übergang

#### Ansprüche Dritter

- Ansprüche Dritter im Zusammenhang mit Abschluss des Vertrages

#### Offenlegung

- Offenlegung aller wesentlichen Verhältnisse, Informationen
- Korrektheit der übergebenen Unterlagen und Wiedergabe der wirtschaftlichen Situation

Der vertragliche Katalog sollte möglichst abschließend sein und es sollte explizit geregelt werden, dass Gewährleistungsansprüche für nicht ausdrücklich bedungene Eigenschaften ausgeschlossen werden. 95

### 3. Aufschiebende Bedingungen

**Aufschiebende Bedingungen** sind zum Einen in bestimmten Transaktionen **gesetzlich erforderlich**, wie bei fusionskontrollrechtlichen Genehmigungspflichten<sup>89</sup> oder übernahmerechtlichen Schranken<sup>90</sup>, und zum Anderen ein **Wunsch** des Erwerbers, um noch bestimmte Punkte zu klären oder den gewünschten Erwerbzustand herzustellen. Typische aufschiebende Bedingungen sind: 96

<sup>89</sup> Siehe unten Rz 98 ff.

<sup>90</sup> Siehe unten Rz 151 ff.

- Aufsichtsratsgenehmigung; Genehmigung durch Hauptversammlung, Mitgesellschafter aus Syndikatsverträgen, etc
  - Genehmigung durch Banken, sonstige Dritte
  - Zustimmung des Vertragspartners bei Change of Control-Klauseln
  - Verzicht auf Mietzinserhöhung gemäß § 12a MRG
  - Verzicht auf Vorkaufs-, Aufgriffsrechte, etc
  - Fusionskontrolle, Übernahmerecht
  - Herstellung Grundbuchsstand, Firmenbuch, Beteiligungsstruktur, etc
- 97 Aufschiebende Bedingungen führen zu einem **Auseinanderfallen von Signing und Closing**, wobei klargestellt werden sollte, welche Vertragsbestimmungen tatsächlich aufschiebend bedingt sind. Den gesamten Vertrag aufschiebend bedingt abzuschließen ist nicht *lege artis*. Zweckmäßig ist auch ein **Enddatum** („Long stop date“), um einen andauernden Schwebezustand zu vermeiden.

## D. Fusionskontrolle

### 1. Durchführungsverbot

- 98 Ein sich durch die meisten modernen Kartellrechtssysteme ziehendes Prinzip ist das „**Durchführungsverbot**“: Ein anmelde-/genehmigungspflichtiger Zusammenschluss darf erst dann durchgeführt werden, wenn der Zusammenschluss von den zuständigen Behörden genehmigt wurde.<sup>91</sup> Eine vor dieser Genehmigung erfolgende Durchführung verstößt gegen dieses Verbot und kann empfindliche **Geldbußen** und mit einigen Jurisdiktionen auch **Haftstrafen** nach sich ziehen.
- 99 Neben den empfindlichen Geldbußen kann ein Vollzug unter Verletzung des Durchführungsverbots noch eine häufig noch empfindlichere Rechtsfolge haben, da der Zusammenschluss unter Umständen **nichtig** ist (vgl § 9 Abs 3 KartG 2005).<sup>92</sup>

---

91 Zum Begriff der Durchführung vgl *Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian* (Hrsg), KartG 2005, § 17 Rz 5 ff; *Gruber*, Kartellrecht § 7 E 140 ff; *Kofler-Senoner*, Wann gilt ein Zusammenschluss als „durchgeführt“?, RdW 2006, 619; *Hauck/Resch*, Zusammenschlusskontrolle 2005, *ecolex* 2005, 511.

92 Die exakte zivilrechtliche Folge dieser gesetzlich vorgeschriebenen Nichtigkeit ist bis dato nicht höchstgerichtlich geklärt. Im Extremfall könnte sie aber eine nicht heilbare Nichtigkeit des Zusammenschlusses bedeuten. Dies wird von manchen mit dem Argument, diese Rechtsfolge sei eine Straffunktion, auch befürwortet. Andere sehen darin *me* zu Recht lediglich eine schwebende Unwirksamkeit, die durch die nachträgliche Genehmigung geheilt werden kann. Vgl *Kofler-Senoner*, Wann gilt ein Zusammenschluss als „durchgeführt“?, RdW 2006, 619.

Im Vorfeld einer Unternehmensübertragung sollte daher analysiert werden, ob der Vorgang der Fusionskontrolle in einer oder mehreren Jurisdiktionen unterliegt. Da die fusionskontrollrechtlichen Verfahren regelmäßig eine erhebliche Vorbereitung erfordern und auch die Verfahrensdauer in der Regel zumindest einen Monat beträgt, sollte rechtzeitig mit der Prüfung und Vorbereitung begonnen werden. **100**

Im Folgenden werden die österreichische Fusionskontrolle und die Fusionskontrolle der Europäischen Gemeinschaften näher dargestellt. **101**

## 2. Österreichische Fusionskontrolle

### a) Anwendungsvoraussetzungen

Das österreichische Fusionskontrollregime greift unter folgenden **kumulativen Voraussetzungen** ein: **102**

- Vorliegen eines **Zusammenschlusses** im Sinn des § 7 KartG 2005
- Erreichen der **Umsatzschwellenwerte** gemäß § 9 KartG 2005
- **Inlandsauswirkung** gemäß § 24 Abs 2 KartG 2005
- Nichtanwendbarkeit der europäischen Fusionskontrolle

Zusätzlich besteht noch eine Ausnahmeregelung für Kreditinstitute im Rahmen des Beteiligungsgeschäfts und für Sanierungsfälle. **103**

### aa) Zusammenschluss

Einen **Zusammenschluss** im Sinne des § 7 KartG 2005 stellen folgende Vorgänge dar:<sup>93</sup> **104**

- **Erwerb eines Unternehmens** ganz oder zu einem wesentlichen Teil, insbesondere durch Verschmelzung oder Umwandlung
- **Betriebsüberlassungs- oder Betriebsführungsverträge**
- unmittelbarer oder mittelbarer **Erwerb von Anteilen** an einer Gesellschaft sowohl dann, wenn dadurch ein Beteiligungsgrad von **25 %**, als auch dann, wenn dadurch ein solcher von **50 %** erreicht oder überschritten wird
- Herbeiführen der **Personengleichheit** von mindestens der Hälfte der Mitglieder der zur Geschäftsführung berufenen Organe oder der Aufsichtsräte<sup>94</sup>

<sup>93</sup> Vgl. *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian* (Hrsg), KartG 2005, § 7 Rz 12 ff; *Gruber*, Kartellrecht § 7 E 63 ff; *Zehetner*, Die österreichische Zusammenschlusskontrolle nach dem KartG 2005, GeS 2006, 199; *Fellner/Grunicke*, Kartellgesetz 2005 und Wettbewerbsgesetznovelle 2005 – Teil 2, RdW 2005, 529.

<sup>94</sup> *Klement*, Personelle Verflechtungen in der österreichischen Fusionskontrolle, wbl 2005, 156.

- jede sonstige Verbindung von Unternehmen, aufgrund der unmittelbar oder mittelbar ein **beherrschender Einfluss** auf ein anderes Unternehmen ausgeübt werden kann
  - Gründung eines **Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens**
  - Abschluss vertraglicher Verpflichtungen durch Kreditinstitute im Sinne des § 30 Abs 2 a BWG.
- 5 In diesem Zusammenhang sind insbesondere folgende Besonderheiten zu beachten:
- Das Erreichen oder Überschreiten der Schwelle von 25 % oder von 50 % stellt eine **starre Schwelle** dar, die die Anmeldepflicht auslöst unabhängig davon, ob damit eine Kontrolle über das Unternehmen verbunden ist.<sup>95</sup> Anmeldepflicht besteht einmal bei Erreichen oder Überschreiten der 25 %-Schwelle. Eine weitere Anmeldepflicht besteht wiederum bei Erreichen oder Überschreiten der 50 %-Schwelle. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass das Erreichen bzw Überschreiten der betreffenden Schwellen jeweils nur einmal anmeldepflichtig ist.<sup>96</sup> Wird daher eine Beteiligung von 25 % erworben, ist diese anmeldepflichtig. Wird diese Beteiligung auf eine Beteiligung von 49 % erhöht, ist dies nicht anmeldepflichtig, es sei denn einer der anderen Tatbestände wird dadurch erfüllt. Wird in der Folge die Beteiligung auf 50 % oder mehr aufgestockt, so ist dies wiederum anmeldepflichtig.
  - Im Zusammenhang mit dem Erwerb eines beherrschendes Einflusses (Kontrolle) über ein Unternehmen ist zu berücksichtigen, dass hier nicht nur der positive beherrschende Einfluss, das heißt die Möglichkeit zur autonomen Kontrolle des Unternehmens, sondern auch eine negative Kontrolle tatbestandsmäßig ist.<sup>97</sup> Negative Kontrolle bedeutet, dass Entscheidungen über das strategische Wirtschaftsverhalten nicht ohne den betreffenden Gesellschafter getroffen werden können.

#### ab) Schwellenwerte

- 6 Gemäß § 9 Abs 1 KartG 2005 bedürfen Zusammenschlüsse iSd § 7 KartG 2005 der Anmeldung, wenn im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss folgende **Umsatzerlöse** erzielt wurden:
- **weltweit** insgesamt mehr als **EUR 300 Mio**
  - **im Inland** insgesamt mehr als **EUR 30 Mio**
  - mindestens zwei Unternehmen **weltweit jeweils** mehr als **EUR 5 Mio**

---

95 Gruber, Kartellrecht § 7 E 95 ff.

96 Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), KartG 2005, § 7 Rz 46 ff.

97 Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), KartG 2005, § 7 Rz 72 ff.

Ein Zusammenschluss ist aber dann nicht in Österreich anzumelden, wenn im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss **107**

- nur eines der beteiligten Unternehmen im Inland mehr als EUR 5 Mio erwirtschaftet hat und
- die übrigen beteiligten Unternehmen weltweit insgesamt nicht mehr als EUR 30 Mio erwirtschaftet haben.

Sämtliche Unternehmer, die im Sinne des § 7 KartG 2005 verbunden sind, sind für die Umsatzberechnung **zusammenzurechnen**.<sup>98</sup> Bei **Medienunternehmen** sind die Umsatzerlöse mit einem Multiplikator von 200 und bei Medienhilfsunternehmen mit einem Multiplikator von 20 zu multiplizieren.<sup>99</sup> **108**

#### ac) Inlandsauswirkung

Das Kartellgesetz ist nur dann anzuwenden, soweit sich ein Sachverhalt auf den **inländischen Markt** auswirken kann, unabhängig davon, ob er im Inland oder im Ausland verwirklicht worden ist.<sup>100</sup> Die Judikatur vertritt eine sehr **extensive Anwendung** des österreichischen Kartellrechts.<sup>101</sup> So wird eine Inlandsauswirkung bereits dann bejaht, wenn sich potenziell Auswirkungen auf den österreichischen Markt ergeben könnten. Dies etwa dadurch, dass ein Marktteilnehmer zusätzliche finanzielle Ressourcen erhält oder dass ein möglicher Wettbewerber vom Markteintritt abgehalten wird. **109**

#### ad) Nichtanwendbarkeit der europäischen Fusionskontrolle

Anwendungsvoraussetzung für das österreichische Kartellrecht ist des Weiteren, dass die europäische Fusionskontrolle nicht zur Anwendung kommt. Art 23 Abs 3 Fusionskontrollverordnung (FKVO) sieht für den Fall, dass die europäische Fusionskontrolle Anwendung findet, vor, dass die nationalen Fusionskontrollregime nicht eingreifen („**One-stop-shop-Prinzip**“). Mit einer Anmeldung bei der Europäischen Kommission kann eine Freigabe für sämtliche Länder der EU erreicht werden. **110**

<sup>98</sup> *Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian* (Hrsg), KartG 2005, § 9 Rz 25 ff.

<sup>99</sup> Bei Kreditinstituten tritt an die Stelle der Umsatzerlöse die Summe der Ertragsposten Zinserträge und ähnliche Erträge, Erträge aus Aktien, anderen Anteilsrechten und nicht festverzinslichen Wertpapieren, Erträge aus Beteiligungen und Erträge aus Anteilen an verbundenen Unternehmen, Provisionserträge, Nettoerträge aus Finanzgeschäften sowie sonstige betriebliche Erträge. Bei Versicherungsunternehmen treten an die Stelle der Umsatzerlöse die Prämieinnahmen.

<sup>100</sup> *Urlesberger/Haid in Petsche/Urlesberger/Vartian* (Hrsg), KartG 2005, § 24 Rz 3 ff; *Fellner/Grunicke*, Kartellgesetz 2005 und Wettbewerbsgesetznovelle 2005 – Teil 2, RdW 2005, 529.

<sup>101</sup> *Gruber*, Kartellrecht § 24 E 7 ff; *Hauck/Resch*, Zusammenschlusskontrolle 2005, ecollex 2005, 511.

b) Fusionskontrollverfahren

ba) Zuständige Institutionen

- 111 Die **Bundeswettbewerbsbehörde** (BWB) und der **Bundeskartellanwalt** (gemeinsam auch „**Amtsparteien**“ genannt) sind mit der Prüfung des Zusammenschlusses in Phase I betraut. Bei Bedenken erfolgt eine Antragstellung an das Oberlandesgericht Wien als **Kartellgericht**, das die Phase II zu leiten hat.<sup>102</sup>

bb) Zusammenschlussanmeldung

- 112 Die Zusammenschlussanmeldung ist auf Basis des von der BWB auf ihrer Website veröffentlichten **Formblattes** zu erstellen. Dieses ist zwar rechtlich unverbindlich aber praktisch erfolgt eine Anmeldung stets unter Anwendung dieses Formblattes. Die Erstellung der Zusammenschlussanmeldung kann in der Regel mehrere Tage und bei komplexen Sachverhalten auch einige Wochen in Anspruch nehmen. Vorgespräche sind informell möglich, aber nicht zwingend.<sup>103</sup>
- 113 Der Umfang der Anmeldung ist abhängig davon, ob bei dem angemeldeten Zusammenschluss so genannte „**betroffene**“ **Märkte** vorliegen. Dies sind Märkte, auf denen die beteiligten Unternehmen bei einem horizontalen Zusammenschluss einen Marktanteil von gemeinsam 15 % oder mehr haben, oder wenn die Unternehmen auf vor- und/oder nachgelagerten Märkten tätig sind und jeweils einen Marktanteil von 25 % oder mehr haben. Zusätzlich liegt ein betroffener Markt vor, wenn die Marktbeherrschungsvermutungen des § 4 Abs 2 KartG 2005 erfüllt sind. In diesem Fall sind umfangreiche zusätzliche Angaben in der Zusammenschlussanmeldung zu machen und detaillierte Informationen zu den Märkten zur Verfügung zu stellen.
- 114 Entscheidende materielle Punkte der Zusammenschlussanmeldung sind die **Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes** sowie die Darstellung der **Marktposition** der beteiligten Unternehmen auf diesem Markt.<sup>104</sup> Auf dieser Basis erfolgt die Prüfung des Zusammenschlusses durch die Amtsparteien und allenfalls das Kartellgericht. Naturgemäß sind die Behörden bei der Prüfung des Zusammenschlusses nicht auf die Angaben in der Zusammenschlussanmeldung beschränkt, sondern können eigene Erhebungen durchführen.

---

102 *Hauck/Resch*, Zusammenschlusskontrolle 2005, *ecolex* 2005, 511; *Fellner/Grunicke*, Kartellgesetz 2005 und Wettbewerbsgesetznovelle 2005 – Teil 2, RdW 2005, 529.

103 *Zehetner*, Die österreichische Zusammenschlusskontrolle nach dem KartG 2005, GeS 2006, 199.

104 *Gruber*, Fusionskontrolle und Marktabgrenzung, wbl 2005, 205.

## bc) Einreichung und Veröffentlichung

Die **Zusammenschlussanmeldung** ist in vierfacher Ausfertigung samt den geforderten Anlagen bei der BWB einzureichen. Vor Einreichung ist die **Pauschalgebühr** für das Verfahren in Phase I von EUR 1.500,- bar auf das Konto der BWB einzuzahlen. 115

Unmittelbar nach Einreichung, häufig noch am selben Tag, veröffentlicht die BWB einen Hinweis auf den angemeldeten Zusammenschluss auf der **Website** der BWB. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass ab diesem Zeitpunkt die Transaktion jedenfalls öffentlich bekannt ist. 116

## bd) Stellungnahmen von Dritten

Mitbewerber und sonstige betroffene Verkehrskreise können binnen zwei Wochen ab der Veröffentlichung Stellungnahmen zum angemeldeten Zusammenschlussvorhaben an die BWB übermitteln. Es besteht jedoch keine Verpflichtung der Amtsparteien und des Kartellgerichts, die Stellungnahmen zu berücksichtigen. Die Dritten bekommen auch keine Parteistellung im Fusionskontrollverfahren.<sup>105</sup> 117

## be) Prüfung durch die Amtsparteien (Phase I)

Die BWB leitet eine Ausfertigung der Zusammenschlussanmeldung an den Bundeskartellanwalt weiter. In der Folge erfolgt die **inhaltliche Prüfung** der Zusammenschlussanmeldung anhand des materiellen Tests sowohl durch die BWB als auch durch den Bundeskartellanwalt in enger Abstimmung. Die Frist für diese erste Prüfung beträgt vier Wochen ab Anmeldung. 118

Im Rahmen dieser Überprüfung können **Auskunftsverlangen** sowohl an die beteiligten Unternehmen als auch an Dritte (Wettbewerber, Kunden, Lieferanten) gesendet werden. Auf Basis der Überprüfung der Angaben in der Zusammenschlussanmeldung, der von der BWB ermittelten Informationen sowie auf Basis der Stellungnahmen von Dritten wird der Zusammenschluss in dieser Phase rein materiell untersucht. Die **Anmeldefähigkeit** wird nicht geprüft; über diese könnte von der BWB auch nicht entschieden werden. 119

Kommt die BWB zu dem Schluss, dass nach Durchführung des Zusammenschlusses eine marktbeherrschende Stellung oder deren Verstärkung droht, so stellt die BWB einen Antrag auf vertiefte Prüfung des Zusammenschlussvorhabens durch das Kartellgericht (**Prüfungsantrag**). Diese Entscheidung hat 120

105 Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht, Rz 80 ff; Hauck/Resch, Zusammenschlusskontrolle 2005, ecolex 2005, 511; Zehetner, Die österreichische Zusammenschlusskontrolle nach dem KartG 2005, GeS 2006, 199.

die BWB binnen vier Wochen ab der Einreichung der Anmeldung zu treffen.<sup>106</sup>

- 121** Stellen weder die BWB noch der Bundeskartellanwalt fristgerecht einen Prüfungsantrag, so hat die BWB dem Anmelder hierüber eine **Bestätigung** auszustellen. Der Zusammenschluss kann in der Folge unverzüglich in der angemeldeten Form durchgeführt werden.
- 122** In sehr zeitkritischen Einzelfällen können die Amtsparteien bei klarer Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses auch bereits vor dem Ablauf der vierwöchigen Frist einen Verzicht auf die Stellung eines Prüfungsantrags (**Prüfungsverzicht**) abgeben.<sup>107</sup>

#### bf) Prüfung durch das Kartellgericht (Phase II)

- 123** Stellen die BWB und/oder der Bundeskartellanwalt innerhalb der vierwöchigen Frist einen **Antrag auf Prüfung** des Zusammenschlusses durch das Kartellgericht, hat das Kartellgericht innerhalb von fünf Monaten ab der ersten Antragstellung zu prüfen, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird. Zusätzlich hat das Kartellgericht zu prüfen, ob überhaupt ein fusionskontrollpflichtiger Zusammenschluss vorliegt.<sup>108</sup>
- 124** Ergibt die **materielle Prüfung**, dass der Zusammenschluss weder eine **marktbeherrschende Stellung** begründet noch verstärkt oder werden alle Prüfungsanträge zurückgezogen, so hat das Kartellgericht hierüber mit Beschluss abzusprechen.
- 125** Um allfällige Bedenken hinsichtlich der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auszuräumen, können in dem Genehmigungsbeschluss auch **Auflagen und Beschränkungen** erteilt werden.<sup>109</sup> Das Kartellgericht kann bei maßgeblicher Änderung der Umstände diese Auflagen auch ändern oder aufheben.
- 126** Die **Durchführung** des Zusammenschlusses ist erst **nach Rechtskraft** des Beschlusses zulässig.

#### bg) Rechtsmittelverfahren

- 127** Als Rechtsmittel gegen Beschlüsse des Kartellgerichts steht der binnen 4 Wochen zu erhebende **Rekurs** an den OGH als Kartellobergericht zu. Das Kar-

---

106 Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht, Rz 400 ff.

107 Urlesberger/Haid in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), KartG 2005, § 12 Rz 17 ff.

108 Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht, Rz 147.

109 Duursma/Kepplinger, Fusionskontrolle: Modifikationsmöglichkeiten des Zusammenschluss-Sachverhalts, wbl 2001, 10.

tellobergericht hat in Zusammenschlussverfahren binnen 2 Monaten nach dem Einlangen der Akten über den Rekurs zu entscheiden.<sup>110</sup>

### c) Materieller Test

Das Kartellgericht hat im Rahmen seiner Untersuchung zu beurteilen, ob durch den Zusammenschluss eine **marktbeherrschende Stellung** entsteht oder ob eine solche verstärkt wird (§ 12 Abs 1 Z 2 KartG 2005). Der Begriff marktbeherrschende Stellung ist in § 4 KartG 2005 definiert: Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, wenn es keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist oder wenn es eine im Verhältnis zu den anderen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat, wobei insbesondere die Finanzkraft, die Beziehungen zu anderen Unternehmen, die Zugangsmöglichkeiten in Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie die Umstände zu berücksichtigen sind, die den Marktzutritt für andere Unternehmen beschränken. § 4 Abs 2 KartG 2005 enthält widerlegliche Vermutungen für eine marktbeherrschende Stellung insbesondere bei Oligopolmärkten und dann, wenn der Marktanteil 30 % oder mehr beträgt. 128

Ein Zusammenschluss ist selbst bei Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung dann genehmigungsfähig, wenn zu erwarten ist, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen, oder der Zusammenschluss zur Erhaltung oder Verbesserung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen notwendig und volkswirtschaftlich gerechtfertigt ist. 129

## 3. Europäische Fusionskontrolle

### a) Anwendungsvoraussetzungen

Die europäische Fusionskontrolle greift dann ein, wenn (i) bestimmte Umsatzschwennenwerte erreicht bzw überschritten sind und wenn (ii) ein Zusammenschluss im Sinne der Fusionskontrollverordnung (FKVO) vorliegt. 130

Aufgrund des „**One-stop-shop**“-Prinzips gilt eine Freigabe durch die europäische Kommission für sämtliche EU-Mitgliedstaaten. Die nationalen Fusionskontrollregime dürfen in diesem Fall nicht eingreifen. Es bestehen allerdings **Verweisungsmöglichkeiten** zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden und der europäischen Kommission.<sup>111</sup> 131

110 Solé, Das Verfahren vor dem Kartellgericht, Rz 276 ff.

111 Matousek, FKVO neu: Stille Revolution oder Business as usual?, *ecolex* 2004, 288; Kofler-Senoner/Scholz, Die neue Europäische Fusionskontrollverordnung, *wbl* 2004, 266.

aa) Zusammenschluss

**132** Ein Zusammenschluss wird nach europäischem Recht (Art 3 FKVO) dadurch verwirklicht, dass eine **dauerhafte Veränderung der Kontrolle** stattfindet. Dies durch:<sup>112</sup>

- **Fusion** von zwei oder mehr bisher von einander unabhängigen Unternehmen oder Unternehmensteilen
- Erwerb der **unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle** über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise
- Gründung eines **Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens**

**133** Eine Ausnahme bildet wiederum der vorübergehende Erwerb von Anteilen durch Kreditinstitute, sonstige Finanzinstitute oder Versicherungsgesellschaften zum Zweck der Veräußerung, sofern die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht ausgeübt werden, um das Wettbewerbsverhalten zu bestimmen.

ab) Schwellenwerte

**134** Gemäß Art 1 Abs 2 FKVO ist ein Zusammenschluss dann anzumelden, wenn folgende **Umsätze** überschritten werden:

- alle beteiligten Unternehmen **weltweit insgesamt EUR 5 Milliarden**
- mindestens zwei beteiligte Unternehmen **gemeinschaftsweit jeweils EUR 250 Mio**

**135** Gemäß Art 1 Abs 3 FKVO ist ein Zusammenschluss auch dann anzumelden, wenn folgende Umsätze überschritten werden

- alle beteiligten Unternehmen **weltweit insgesamt EUR 2,5 Milliarden**
- alle beteiligten Unternehmen in **mindestens drei Mitgliedstaaten je EUR 100 Mio**

---

112 Vgl *Henschen* in *Schulte* (Hrsg), Handbuch Fusionskontrolle, S 261 ff; In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die österreichischen Zusammenschlussstatbestände über den Zusammenschlussbegriff der europäischen Fusionskontrolle hinausgehen. So würde in Österreich der Erwerb einer Beteiligung von 25% auch ohne Kontrollerwerb der Fusionskontrolle unterliegen, wohingegen auf europäischer Ebene dieser Erwerb nur dann der Fusionskontrolle unterliegt, wenn damit Kontrolle über das betreffende Unternehmen erworben wird. Zusammenschlüsse, die zwar vom Schwellenwert her eine europäische Dimension hätten, die aber keinen Zusammenschlussstatbestand nach europäischem Recht verwirklichen, können daher dennoch in Österreich anmeldepflichtig sein.

- in jedem von mindestens drei von diesen Mitgliedstaaten mindestens zwei beteiligte Unternehmen jeweils mehr als EUR 25 Mio
- gemeinschaftweiter Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen jeweils EUR 100 Mio

Voraussetzung ist in beiden Fällen, dass die beteiligten Unternehmen nicht jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erwirtschaften. **136**

Der Umsatz eines beteiligten Unternehmens setzt sich zusammen aus den Umsätzen<sup>113</sup> **137**

- des beteiligten Unternehmens
- der Unternehmen, in denen das beteiligte Unternehmen unmittelbar oder mittelbar entweder mehr als die Hälfte des Kapitals oder des Betriebsvermögens besitzt oder über mehr als die Hälfte der Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats, des Verwaltungsrats oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe bestellen kann oder das Recht hat, die Geschäfte des Unternehmens zu führen
- der Unternehmen, die in dem beteiligten Unternehmen die unter dem 2. Unterstrich bezeichneten Rechte oder Einflussmöglichkeiten haben
- der Unternehmen, in denen ein unter dem 3. Unterstrich genanntes Unternehmen die unter dem 2. Unterstrich bezeichneten Rechte oder Einflussmöglichkeiten hat
- der Unternehmen, in denen mehrere der unter den vom 2. bis 4. Unterstrich genannten Unternehmen jeweils gemeinsam die in unter dem 2. Unterstrich bezeichneten Rechte oder Einflussmöglichkeiten haben.

## b) Fusionskontrollverfahren

Auch das Verfahren auf Gemeinschaftsebene teilt sich in zwei Abschnitte, hat aber ein vorgelagertes internes Verfahren. **138**

### ba) Zusammenschlussanmeldung

Die Zusammenschlussanmeldung erfolgt zwingend auf Basis des von der Europäischen Kommission veröffentlichten Formblattes „Form CO“, das umfangreiche Informationen zu den Unternehmen selbst und zur Marktsituation abfragt. Zusätzlich sind zahlreiche Unterlagen beizubringen. **139**

Das Form CO ist bei der Europäischen Kommission einzureichen. Zuvor finden allerdings stets so genannte „Pränotifikationsgespräche“ statt. **140**

<sup>113</sup> Zeise in *Schulte* (Hrsg), Handbuch Fusionskontrolle, S 304 ff; *Kofler-Senoner/Scholz*, Die neue Europäische Fusionskontrollverordnung, wbl 2004, 266.

bb) Pränotifikationsgespräche

- 141 Vor Anmeldung finden Gespräche mit der Europäischen Kommission über den beabsichtigten Zusammenschluss zur **Abstimmung der Zusammenschlussanmeldung** statt. Je nach wettbewerblicher Problematik des Zusammenschlussvorhabens, können diese Pränotifikationsgespräche wenige Tage bis mehrere Monate in Anspruch nehmen. Nach Möglichkeit sollten nicht weniger als 4 Wochen bis zur beabsichtigten Anmeldung sein. Nach dieser Vorabstimmung kann das Form CO eingereicht werden.

bc) Prüfung des Form CO (Phase I)

- 142 Das Form CO wird bei der Europäischen Kommission eingereicht. Die Kommission **veröffentlicht** das Zusammenschlussvorhaben im **Amtsblatt** und lädt darin betroffene Dritte zur Abgabe von Stellungnahmen ein. Ab Einreichen des Form CO bei der Europäischen Kommission ist davon auszugehen, dass der Zusammenschluss öffentlich bekannt ist.
- 143 In der **Phase I** hat die Kommission binnen 25 (Kommissions-)Arbeitstagen den Zusammenschluss materiell zu prüfen. Bereits in dieser Phase kommt es zu einem intensiven Austausch zwischen den anmeldenden Unternehmen und der Europäischen Kommission hinsichtlich der Beurteilung des Zusammenschlusses. Werden in dieser Phase Auflagen oder Beschränkungen angeboten, so verlängert sich die Prüffrist auf 35 Arbeitstage.<sup>114</sup>
- 144 Kommt die Kommission zu dem Schluss, dass der Zusammenschluss unbedenklich ist, so genehmigt die Europäische Kommission den Zusammenschluss mit oder ohne Beschränkungen oder Auflagen. Kommt die Kommission zu dem Schluss, dass innerhalb der Phase I die wettbewerblichen Auswirkungen nicht hinreichend geprüft werden können oder dass allfällige Bedenken nicht ausgeräumt werden können, so eröffnet die Europäische Kommission die **vertiefte Prüfung (Phase II)**.
- 145 Während des gesamten Verfahrens stimmt sich die Europäische Kommission mit den Wettbewerbsbehörden in den betroffenen Mitgliedstaaten ab.

---

114 *Kofler-Senoner/Scholz*, Die neue Europäische Fusionskontrollverordnung, wbl 2004, 266. Ein im österreichischen Fusionskontrollverfahren nicht vorgesehenes Tool (*Solé*, Das Verfahren vor dem Kartellgericht, Rz 408) ist das von der Kommission häufig eingesetzte Instrument des „Stop-the-clock“. In diesem Zusammenhang werden von der Kommission zusätzliche Informationen eingefordert und bis zum Einlangen dieser Informationen wird die Uhr angehalten. Dieses Stop-the-clock ist auch für die beteiligten Unternehmen häufig ein probates Mittel, um noch in Phase I eine Genehmigung zu erlangen. Häufig wird es daher zwischen der Kommission und den beteiligten Unternehmen vereinbart.

## bd) Vertiefte Prüfung (Phase II)

Die Kommission eröffnet durch Beschluss die **vertiefte Prüfung** eines Zusammenschlusses und übermittelt den Unternehmen in der Regel ein „**Statement of objections**“, aus dem die inhaltlichen Problembereiche ersichtlich sind. In weiterer Folge untersucht die Kommission im Detail diese Problembereiche und eine intensive Erörterung mit den beteiligten Unternehmen findet statt. **146**

Als Ergebnis der Prüfung kann ebenso wie in Österreich der Zusammenschluss untersagt werden, unter **Auflagen** oder **Bedingungen** genehmigt werden oder gänzlich und ohne Bedingungen genehmigt werden.<sup>115</sup> **147**

Die Kommission hat für diese Entscheidung eine Frist von 90 Arbeitstagen. Wenn Auflagen oder Bedingungen angeboten werden, so verlängert sich diese Frist auf bis zu 125 Arbeitstage.<sup>116</sup> **148**

## be) Rechtsmittel

Gegen die Entscheidung der Europäischen Kommission steht eine **Nichtigkeitsklage** an das **Europäische Gericht erster Instanz** zu.<sup>117</sup> **149**

## c) Materieller Test

Die Europäische Kommission beurteilt Zusammenschlüsse nach dem „**SIEC-Test**“. Ein Zusammenschluss ist daher dann zu untersagen, wenn durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb im gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde („significantly impede effective competition“). Die Untersagungsgründe auf europäischer Ebene gehen daher über die Untersagungsgründe auf nationaler Ebene hinaus.<sup>118</sup> **150**

## E. Übernahmerecht

### 1. Internationale Anwendung

In Betracht kommen nur **börsennotierte Gesellschaften**. Diese können ihren Sitz innerhalb und außerhalb Österreichs haben und zusätzlich an einer öster- **151**

115 *Duursma/Kepplinger*, Fusionskontrolle: Modifikationsmöglichkeiten des Zusammenschluss-Sachverhalts, wbl 2001, 10.

116 *Matousek*, FKVO neu: Stille Revolution oder Business as usual?, ecolex 2004, 288.

117 *Koch* in *Schulte* (Hrsg), Handbuch Fusionskontrolle, S 571 ff.

118 *Matousek*, FKVO neu: Stille Revolution oder Business as usual?, ecolex 2004, 288; *Kofler-Senoner/Scholz*, Die neue Europäische Fusionskontrollverordnung, wbl 2004, 266.

reichischen oder ausländischen Börse notieren. Grundsätzlich gilt, dass das österreichische Übernahmerecht voll jedenfalls für alle Gesellschaften mit Sitz und Notierung in Österreich zur Anwendung kommt.

- 152** Für Gesellschaften, die **Sitz oder Notierung in Österreich** haben und den zweiten Anknüpfungspunkt in einem ausländischen EWR-Vertragsstaat erfüllen, sind zwei nationale Übernahmerechtsordnungen anwendbar: Die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen (einschließlich der Festlegung der Angebotspflicht) richten sich nach dem Recht des Sitzstaates und die verfahrensrechtlichen Bestimmungen nach dem Recht des Notierungsstaates.<sup>119</sup>

## 2. Angebotspflicht

- 153** Auslösetatbestand für ein verpflichtendes Übernahmeangebot ist in erster Linie der unmittelbare Erwerb einer **Beteiligung von mehr als 30 %** der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte. Vorzugsaktien bleiben daher bei der Berechnung außer Betracht, ruhende Stimmrechte aus eigenen Aktien sind zu berücksichtigen. **Ausnahmen** von der Anmeldepflicht bestehen bei Erfüllen der Tatbestände gemäß den §§ 24, 25 ÜbG, demnach insbesondere wenn die Beteiligung von 30 % keine Kontrolle vermittelt, bei **passiver Kontrollerlangung**<sup>120</sup> oder wenn eine bloße Übertragung innerhalb der Unternehmensgruppe erfolgt.<sup>121</sup>
- 154** Die Beteiligungen „**gemeinsam vorgehender Rechtsträger**“ (§ 1 Z 6 ÜbG)<sup>122</sup> sind wechselseitig zuzurechnen. Die Pflicht zur Angebotsstellung und alle sonstigen übernahmerechtlichen Pflichten treffen daher alle gemeinsam vor-

---

119 *Huber/Alscher*, Das Übernahmerechts-Änderungsgesetz – ein Überblick, *ecolx* 2006, 574.

120 Nach § 22b ÜbG besteht keine Angebotspflicht, sondern lediglich eine Mitteilungspflicht gegenüber der ÜbK, wenn die Kontrolle ohne zeitnahe aktive Handlungen erlangt wird und der die Kontrolle erlangende Aktionär damit bei seinem Anteilerwerb nicht rechnen musste. Gesetzliche Rechtsfolge der passiven Kontrollerlangung ist das Ruhen jener Stimmrechte, die einen 26 % übersteigenden Stimmrechtsanteil vermitteln (§ 22b Abs 2 ÜbG). Jeder auch noch so geringfügige Hinzuerwerb von Anteilen löst in diesem Fall die Angebotspflicht aus.

121 *Herbst* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg), Handbuch Mergers & Acquisitions, S 510.

122 Gemeinsam vorgehende Rechtsträger sind „natürliche oder juristische Personen, die mit dem Bieter auf der Grundlage einer Absprache zusammenarbeiten, um die Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen oder auszuüben, insbesondere durch Koordination der Stimmrechte, oder die aufgrund einer Absprache mit der Zielgesellschaft zusammenarbeiten, um den Erfolg des Übernahmeangebots zu verhindern.“ Siehe im Detail *Kaindl/Rieder*, Neuerungen für das Pflichtangebot und Gesellschafterausschluss, *GesRZ* 2006, 247.

gehenden Rechtsträger. § 23 Abs 2 ÜbG enthält eine weitere Hinzurechnungsregelung für Anteile Dritter: Es erfolgt eine einseitige Hinzurechnung der Stimmrechte Dritter zum Beteiligten, wenn dieser die Ausübung der Stimmrechte beeinflussen kann.

Ein nicht kontrollierender Aktionär muss bei Erlangung einer „gesicherten Sperrminorität“ (mehr als 26 % aber weniger als 30 % der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte) eine Mitteilung an die ÜbK machen („**Safe Harbour**“). Stimmrechte, die über die gesicherte Sperrminorität hinausgehen, ruhen bis zur Stellung eines Übernahmeangebots (§ 26 a Abs 2 ÜbG). Ein Hinzuerwerb weiterer Aktien durch den Aktionär mit gesicherter Sperrminorität bis zur Erreichung der 30%-Schwelle ist zulässig, ohne dass das **Creeping-in** nach § 22 Abs 4 ÜbG zu beachten wäre. **155**

Ein verpflichtendes Übernahmeangebot ist auch bei **mittelbarem Erwerb** zu legen: Das Bestehen einer mittelbaren Beteiligung an der Zielgesellschaft ist davon abhängig, welche Rechtsform die „Zwischengesellschaft(en)“ hat/haben. Der oben dargestellte formelle Kontrollbegriff kommt zur Anwendung, wenn die Kontrolle durch eine dem ÜbG unterliegende Gesellschaft vermittelt wird. Damit ist klargestellt, dass eine Durchrechnung nicht erfolgt. Vielmehr ist auf jeder Ebene zu ermitteln, ob eine kontrollierende Beteiligung besteht.<sup>123</sup> Wird die Kontrolle hingegen durch einen anderen Rechtsträger (Zwischengesellschaft) vermittelt, so gilt der materielle Kontrollbegriff. Zu prüfen ist daher, ob ein beherrschender Einfluss auf den Rechtsträger ausgeübt werden kann, der die unmittelbare Beteiligung an der Zielgesellschaft hält. **156**

Damit lässt sich ein **dreistufiges System** erkennen: Das Erlangen einer Beteiligung, die weniger als 26 % der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte vermittelt, bleibt – auch wenn damit ein Kontrollerwerb verbunden ist – übernahmerechtlich gänzlich **ohne Folgen**; die Übernahmekommission hat keine Möglichkeit einzugreifen. Vermittelt die erlangte Beteiligung **zwischen 26 % und 30 %** der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte, können nicht mehr als 26 % der Stimmrechte ausgeübt werden, es sei denn, einer der Ausnahmetatbestände des § 26 a Abs 3 ÜbG ist gegeben oder die Übernahmekommission hebt das Ruhen ganz oder teilweise auf, weil die von ihr gesetzten Auflagen oder Bedingungen durch den Erwerber der Beteiligung erfüllt werden. Ein Pflichtangebot kann die Übernahmekommission auch in diesem Fall nicht anordnen. Erst das Erlangen einer Beteiligung von **mehr als 30 %** der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte löst die **Verpflichtung zur Stellung** **157**

<sup>123</sup> *Kaindl/Rieder*, Neuerungen für das Pflichtangebot und Gesellschafterausschluss, *GesRZ* 2006, 247.

eines **Angebots** aus, es sei denn, es liegt ein Ausnahme- oder ein Anzeigetatbestand vor.<sup>124</sup>

### 3. Freiwillige Übernahmeangebote

- 158** Es besteht auch die Möglichkeit, ein **freiwilliges Übernahmeangebot** zu stellen, das weitgehend keinen Beschränkungen unterliegt und auch nicht bedingungsfeindlich ist. Insbesondere die Mindestpreisregeln finden keine Anwendung.
- 159** Wird vermutet oder ist beabsichtigt, durch das Übernahmeangebot die Kontrolle an der Gesellschaft zu erwerben, so kann ein antizipatorisches Übernahmeangebot (**Übernahmeangebot zur Kontrollerlangung**) gestellt werden. Dieses unterliegt weitgehend den Regelungen für das Pflichtangebot und erspart dem Bieter ein nachgeschaltetes Pflichtangebot bei Erfolg seines freiwilligen Übernahmeangebots. Einzig sachlich gerechtfertigte Bedingungen (zB Mindestannahmequoten) sind zulässig. Gesetzliche Bedingung ist, dass dem Bieter im Rahmen des Angebots Annahmeerklärungen zugehen, die mehr als 50% der ständig stimmberechtigten Aktien<sup>\*</sup> umfassen, die Gegenstand des Übernahmeangebots sind.

### 4. Angebotspreis

- 160** Der **Angebotspreis** für Pflichtangebote und freiwillige Angebote zur Kontrollerlangung unterliegt weiterhin einer **zweifachen Untergrenze** (§ 26 ÜbG): Zum einen darf der Preis die höchste vom Bieter im Referenzzeitraum von 12 Monaten geleistete oder zugesagte **Gegenleistung** nicht unterschreiten, und zum anderen bildet der durchschnittliche nach den jeweiligen Handelsvolumina gewichtete **Börsekurs** der letzten sechs Monate die zweite, kumulative Untergrenze für den Mindestpreis.<sup>125</sup> Stichtag für die zweite Schwelle ist derjenige Tag, an dem die Absicht, ein Angebot abzugeben, bekannt gemacht wurde. Der höhere dieser beiden Werte ist die Untergrenze für den Preis zu dem der Bieter den Erwerb von den übrigen Beteiligungspapierinhabern anbieten muss.<sup>126</sup>
- 161** Bei nachträglichen Erwerben zu teureren Konditionen gilt eine **Nachzahlungsgarantie** für neun Monate.

---

<sup>124</sup> *Kaindl/Rieder*, Neuerungen für das Pflichtangebot und Gesellschafterausschluss, GesRZ 2006, 247.

<sup>125</sup> *Huber/Alscher*, Das Übernahmerechts-Änderungsgesetz – ein Überblick, *ecolex* 2006, 574.

<sup>126</sup> Beachte aber § 26 Abs 4a ÜbG.

## 5. Sanktionen bei Verstößen

Wenn ein Bieter ein erforderliches Pflichtangebot nicht veröffentlicht hat oder wenn bei einem Angebot gegen die Preisbildungsvorschriften verstoßen wird, kommt es zu einem automatischen **Ruhen der Stimmrechte**. 162

In allen übrigen Fällen von Verletzungen des ÜbG kann die Übernahmekommission das Ruhen der Stimmrechte anordnen, wenn dies erforderlich ist, um nach den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalls die Vermögensinteressen der Beteiligungspapierinhaber der Zielgesellschaft zu schützen. Das Ruhen tritt in diesen Fällen erst mit Anordnung der Übernahmekommission ein; diese hat die Bedingungen und Auflagen zu enthalten, unter welchen das Ruhen des Stimmrechts aufgehoben wird. Die Übernahmekommission kann das Stimmrecht weiters ruhend stellen, wenn es ein Beteiligter trotz Aufforderung durch die Übernahmekommission unterlässt, eine gesetzlich vorgesehene Mitteilung oder Anzeige zu erstatten, wenn dies zur Ermittlung des Sachverhalts erforderlich ist. Das Ruhen wird durch die Erstattung der erforderlichen Mitteilung oder Anzeige aufgehoben. 163

## F. Meldepflichten

Bei börsennotierten Gesellschaften bestehen Meldepflichten hinsichtlich **Beteiligungs- und Erwerbsvorgängen** an börsennotierten Gesellschaften. § 91 BörseG sieht eine Offenlegungspflicht mit der tatsächlichen Eigentumsübertragung an den das Stimmrecht gewährenden Aktien vor. Wenn daher durch einen Erwerbs- oder Veräußerungsvorgang der Stimmrechtsanteil die **Schwellenwerte** von 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 35%, 40%, 45%, 50%, 75%, bzw 90% erreicht, über- oder unterschritten werden, haben der Veräußerer und der Erwerber ihren jeweiligen Stimmrechtsanteil offen zu legen (§ 91 Abs 1 BörseG). Die §§ 91 a, 92 BörseG sehen zahlreiche Zurechnungstatbestände vor. Es besteht eine Meldepflicht gegenüber der **FMA**, der **Wiener Börse AG** und dem **Vorstand der Gesellschaft**. Zusätzlich bestehen Meldepflichten nach dem ÜbG.<sup>127</sup> 164

Zu berücksichtigen ist weiters, ob ein Unternehmenserwerb eine **Ad-hoc-Meldepflicht** auslöst (§ 48 d BörseG). Dabei kann die Meldepflicht bereits vor dem tatsächlichen Unternehmenserwerb und mitunter bereits vor dem Signing bestehen. 165

<sup>127</sup> Siehe *Herbst* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter (Hrsg)*, Handbuch Mergers & Acquisitions, S 513.

## G. Gesellschafterausschluss

### 1. Allgemeines

- 166** Mitunter besteht – häufig nach Erwerb eines Unternehmens – der Wunsch oder gar die Notwendigkeit, mehr oder weniger liebsame Mitgesellschafter aus der Gesellschaft auszuschließen. Neben der – praktisch wenig relevanten – Kaduzierung von Gesellschaftern regelt das mit Art 6 ÜbRÄG 2006 eingeführte **Gesellschafter-Ausschlussgesetz (GesAusG)** die Möglichkeit eines **Ausschlusses von Minderheitsgesellschaftern** („Squeeze-out“) aus **Kapitalgesellschaften**. Zweck des GesAusG ist die Schaffung wettbewerbsfähiger und reaktionsschneller Unternehmens- und Kontrollstrukturen sowie die Minderung der Kostenbelastung, die ohne Minderheitsgesellschafter leichter zu verwirklichen sind.
- 167** Vor der Einführung des GesAusG konnte dies nur im Wege der **nicht verhältnismäßigen Spaltung** und der **verschmelzenden Umwandlung** durchgeführt werden.

### 2. Verlangen des Hauptgesellschafters

- 168** Die HV einer AG oder die Generalversammlung einer GmbH kann auf **Verlangen des Hauptgesellschafters** gemäß § 1 Abs 1 GesAusG die Übertragung der Anteile der übrigen Gesellschafter auf den Hauptgesellschafter gegen **Gewährung einer angemessenen Barabfindung** beschließen.<sup>128</sup> Dieses Verlangen des Hauptgesellschafters ist an die Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand bzw die Geschäftsführung, zu richten. Dabei kann nur ein Hauptgesellschafter den Gesellschafterausschluss verlangen.<sup>129</sup>
- 169** **Hauptgesellschafter** ist nach § 1 Abs 2 GesAusG, wem zum Zeitpunkt der Beschlussfassung Anteile in Höhe von mindestens **neun Zehntel des Nennkapitals** gehören.<sup>130</sup> Auf Stimmrechte kommt es daher nicht an. Da bei der Berechnung der 90%-Schwelle auf das Eigentum abgestellt wird, ist auch die **treuhänderische Übertragung** von Anteilen zu dem Zweck, die Schwelle zu erreichen, grundsätzlich zulässig, sofern sie nicht missbräuchlich erfolgt.<sup>131</sup>

<sup>128</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Vereinigung sämtlicher Gesellschaftsanteile in einer Hand Grunderwerbsteuer auslösen kann. Dies kann etwa durch Übertragung eines Zwergenteils vorweg an einen Dritten, dessen Anteile dem Hauptgesellschafter zugerechnet werden, vermieden werden.

<sup>129</sup> Bei einer verschmelzenden Umwandlung können auch mehrere Gesellschafter die erforderliche Mehrheit bilden.

<sup>130</sup> Siehe im Detail zB Hödl in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg), Handbuch Mergers & Acquisitions, S 536 ff.

<sup>131</sup> *Kaindl/Rieder*, Neuerungen für das Pflichtangebot und Gesellschafterausschluss, GesRZ 2006, 247.

Als Anteile, die dem Hauptgesellschafter gehören, gelten § 1 Abs 3 GesAusG 170  
 zufolge auch Anteile anderer mit dem Hauptgesellschafter verbundener Un-  
 ternehmen. Die Zurechnung erfolgt dabei nicht im Verhältnis der Beteili-  
 gungsquote, sondern in voller Höhe. Die Verbindung muss im letzten Jahr  
 vor der Beschlussfassung durchgehend bestanden haben.

### 3. Barabfindung

Gemäß § 2 Abs 1 GesAusG hat der Hauptgesellschafter eine **angemessene**<sup>132</sup> 171  
**Barabfindung** zu gewähren. Werden Sonderrechte entzogen, ist dies bei der  
 Abfindung zu berücksichtigen. Der Hauptgesellschafter muss die Barabfin-  
 dung tatsächlich **in Geld** anbieten.<sup>133</sup> Wertpapiere können höchstens alternativ  
 angeboten werden.

Der Vorstand bzw die Geschäftsführung und der Hauptgesellschafter haben 172  
 nach § 3 Abs 1 GesAusG gemeinsam einen **Bericht** über den geplanten Aus-  
 schluss aufzustellen. Ein **sachverständiger Prüfer** hat die Richtigkeit dieses  
 Berichts sowie die Angemessenheit der Barabfindung zu prüfen. Der Prüfer  
 wird auf gemeinsamen Antrag des Aufsichtsrats und des Hauptgesellschafters  
 vom Gericht ausgewählt und bestellt.

Die Angemessenheit kann im Gremienverfahren (**Nachprüfungsverfahren**) 173  
 nach § 225c AktG überprüft werden. Wird eine erhöhte Barabfindung zuge-  
 sprochen, so ist sie allen ausgeschlossenen Gesellschaftern zu gewähren.

Hat der Hauptgesellschafter seine Beteiligung durch ein **Angebot nach dem** 174  
**ÜbG** erreicht, das kein Teilangebot war, und erfolgt die Beschlussfassung bin-  
 nen drei Monaten nach Ablauf der Angebotsfrist, muss der Angebotspreis je-  
 denfalls die Untergrenze für die Abfindung sein. Haben mehr als 90% der An-  
 gebotsadressaten das Übernahmeangebot angenommen, wird vermutet, dass  
 eine Barabfindung in Höhe des Werts der höchsten Gegenleistung angemessen  
 ist.

### 4. Beschlussfassung

Der Gesellschafterausschluss bedarf eines **Beschlusses der Gesellschafterver-** 175  
**sammlung**. Dieser bedarf gemäß § 4 Abs 1 GesAusG der Mehrheit der abge-  
 gebenen Stimmen und der Zustimmung durch den Hauptgesellschafter.

132 Siehe im Detail zB Hödl in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg), Handbuch  
 Mergers & Acquisitions, S 513.

133 *Kalss*, RWZ 2006, 168.