



# Haftungsausschluss gemäß § 38 UGB und Haftungsgrenze in Anwendung des § 1409 ABGB (OGH 26.2.2015, 8 Ob 2/15z)\*)

Markus Fellner / Tanja Melber

In seiner jüngsten Entscheidung (OGH 26.2.2015, 8 Ob 2/15z) hat der Oberste Gerichtshof neuerlich zum Haftungsausschluss gemäß § 38 Abs 4 UGB Stellung genommen und die bisherige – wenn auch nicht ausdrückliche – Rechtsprechungslinie zu dessen Wirksamkeit verdeutlicht.

Darüber hinaus ist die Entscheidung auch deshalb von großem praktischem Interesse, weil der Oberste Gerichtshof Aussagen zur Schuldenhaftung des Unternehmenserwerbers gemäß § 1409 ABGB trifft und diese mit der Höhe des Kaufpreises beschränkt.

Stichwörter: Erwerbserhaltung, Nettoaktivvermögen, Haftungsausschluss, Haftungsgrenze, Ergänzungskapital,

JEL-Classification: G 21, K 12.

According to its most recent decision (Austrian Supreme Court, 26 February 2015, file reference 8 Ob 2/15z) the Austrian Supreme Court – once again – took a stand to clarify the existing case law on the exclusion of liability pursuant to section 38 para 4 of the Austrian Business Code (Unternehmensgesetzbuch – UGB).

The decision is of particular practical interest because the Austrian Supreme Court – referring to the liability of the acquirer of an enterprise under section 1409 Austrian Civil Code (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – ABGB) – restricted such liability with the amount of the purchase price.

## 1. Sachverhalt

Der OGH-Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, wonach die B-Bank (Klägerin) am 26.4.2007 die dem Rechtsstreit zugrundeliegende Ergänzungskapital-Bankschuldverschreibung in der Höhe von EUR 5 Mio als Daueremission mit einer Laufzeit bis 2016 von der A-Bank (Nebeninterventantin des Rechtsstreites) erworben hat. Das Kün-



Photo: Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH

MMag. Dr. Markus Fellner ist Rechtsanwalt und Partner bei Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH (fwp);  
email: Markus.Fellner@fwp.at



Photo: privat

Dr. Tanja Melber, LL.M. (Penn State) ist Rechtsanwältin bei Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH (fwp) mit Spezialisierung in Bankrecht & Finanzierung, Corporate / M&A und Unternehmensrecht;  
email: Tanja.Melber@fwp.at

digungsrecht der Inhaberin der Bankschuldverschreibung wurde ausgeschlossen. Die A-Bank hat ihren Bankbetrieb auf Grundlage eines Unternehmens- und Anteilskaufvertrages vom 4.12.2009 gegen Zahlung eines Kaufpreises veräußert. Der Kaufpreis wurde treuhändig bei einem Notar hinterlegt. Erwerber des Bankbetriebs im Rahmen des Unternehmenskaufvertrages war die S-Bank (Beklagte). Im Rahmen des Unternehmens- und Anteilskaufvertrages wurden die Ergänzungskapital-Schuldverschreibungen nicht von der S-Bank (Beklagte) übernommen, sondern blieben zur Gänze in der Bad Bank (A-Bank und Nebeninterventantin) zurück. Bei der A-Bank handelte es sich bis zum Erlöschen ihrer Konzession im Oktober 2010<sup>1)</sup> – also rund ein Jahr nach Abschluss des Unter-

nehmens- und Anteilskaufvertrags – um ein Kreditinstitut gemäß Bankwesengesetz. Dem Unternehmens- und Anteilskaufvertrag lag ein Haftungsausschluss zugrunde, der sowohl im Firmenbuch der A-Bank als auch im Firmenbuch der S-Bank eingetragen wurde und wie folgt lautet:<sup>2)</sup>

„Haftungsausschluss gemäß § 38 Abs 4 UGB

„Ausschluss der Haftung für nicht ausdrücklich im Unternehmens- und Anteilskaufvertrag übernommene Verbindlichkeiten des Unternehmens Bankbetrieb.“

Die Klägerin begehrte die Feststellung, dass die Beklagte für alle Verbindlichkeiten aus den Ergänzungskapital-Schuldverschreibungen zugunsten der Klägerin hafte.

Die Autoren waren als Beklagtenvertreter am höchstgerichtlichen Verfahren beteiligt.

\*1) In diesem Heft, Seite 765.

1) Die Finanzmarktaufsicht hatte das Erlöschen der Bankkonzession, mit der Wirkung, dass das Unternehmen der A-Bank ab diesem Zeitpunkt nicht mehr

der Bankenaufsicht unterlag, förmlich bestätigt.

2) Die Firmenbucheintragung bei der Beklagten S-Bank als auch bei der Nebeninterventantin A-Bank erfolgte jeweils am 17.12.2009, exakt eine Woche nach Antragstellung.

Die Vorinstanzen vertraten widersprüchliche Auffassungen zur Wirksamkeit des Haftungsausschlusses: Während das Erstgericht<sup>3)</sup> einen generellen Haftungsausschluss für zulässig und im konkreten Fall für wirksam erachtete (wobei es aber die zwingende Haftung der Beklagten gemäß § 1409 ABGB feststellte), beurteilte der Berufungssenat<sup>4)</sup> den Haftungsausschluss als unwirksam. Dies mit der Begründung, dass ein Gläubiger nur in Zusammenhang mit der Festlegung des Unternehmens- und Anteilskaufvertrages hinsichtlich der ausdrücklich übernommenen Verbindlichkeiten die Reichweite des Haftungsausschlusses erkennen könne; ein Gläubiger sei mangels Aufnahme dieses Vertrages in die Urkundensammlung nicht in der Lage, Kenntnis von dem relevanten Inhalt zu erlangen, sodass er die Frage, welche Verbindlichkeiten von der durch § 38 UGB allgemein angeordneten Haftung des Erwerbers ausgeschlossen sind, gerade nicht klären könne.

Der Oberste Gerichtshof gab der Revision der Erwerblerin des Bankbetriebs (S-Bank = Beklagte) teilweise Folge; er bestätigte die Wirksamkeit des Haftungsausschlusses nach § 38 Abs 4 UGB und stellte fest, dass die Beklagte gemäß § 1409 ABGB

*„nach Maßgabe der Zahlungsverpflichtung der Emittentin aus dieser Ergänzungskapital-Bankschuldverschreibung und betragsmäßig beschränkt bis zur Höhe des Kaufpreises unter Berücksichtigung aller aus dem Kaufpreis oder sonst von der Beklagten getilgten Verbindlichkeiten zugunsten von Gläubigern der Nebeninterventientin als Veräußerin des*

*Bankbetriebs aufgrund des Unternehmens- und Anteilskaufvertrages haftet.“*

## 2. Rechtliche Qualität von Ergänzungskapital

Der Oberste Gerichtshof hat die Rechtsnatur und damit die Haftungs-zuordnung von Ergänzungskapital gemäß § 23 Abs 7 BWG in der Fassung BGBl I 2005/33 sorgfältig herausgearbeitet. Demnach zählt das dort definierte Ergänzungskapital zu den ergänzenden Eigenmitteln. Ergänzungskapital, das von Banken (wie im gegenständlichen Fall) begeben wurde, gehört zum „Haftkapital“ und hat somit Eigenmitteleharakter. Eigenmittelanforderungen an Kreditinstitute sollen sicherstellen, dass sie das mit ihren Geschäften verbundene Risiko tragen können. Sie dienen als Risikopuffer im Interesse der Gläubiger des Kreditinstitutes und sind daher auch dem Bankbetrieb zuzuordnen.<sup>5)</sup>

Dabei ist es nach dem Ausspruch des Obersten Gerichtshofs generell zulässig, dass bei einer Übertragung des Bankbetriebs auch das Ergänzungskapital an den Erwerber des Bankbetriebs mitübertragen wird. Denn das Ergänzungskapital soll als Eigenmittelsurrogat den Banken die Erfüllung der Haftkapitalquote erleichtern. Mittel zur Kapitalausstattung sind grundsätzlich dem Betrieb des operativen Bankgeschäfts, und damit auch dem übertragenen Bankbetrieb, zuzuordnen. Damit hat der Gerichtshof der Argumentation, wonach aus der zeitlich beschränkten Kündbarkeit des Ergänzungskapitals ein Übertragungsverbot abzuleiten wäre, eine

Absage erteilt. Allein aus seiner (bankgesetzlich vorgegebenen, vertraglichen) zeitlich beschränkten Kündbarkeit kann ein Übertragungsverbot nicht abgeleitet werden.<sup>6)</sup> Diese Auffassung entspricht auch der rechtlichen Wertung der Finanzmarktaufsicht (FMA), die im Rahmen des Verkaufsprozesses konsultiert wurde. Die Aufsichtsbehörde ging davon aus, dass bei der A-Bank das für das Bankgeschäft vorgeschriebene Kapital gegeben sein muss, solange eine Bankkonzession aufrecht ist; die FMA hat eine Übertragung des Ergänzungskapitals daher abgelehnt.<sup>7)</sup>

Selbst wenn die Bankkonzession erlischt oder zurückgelegt wird, hat dies keine Auswirkung auf die Rechtsnatur von Ergänzungskapital: Die Zurücklegung der Bankkonzession und die damit verbundene Konsequenz, dass das beaufsichtigte Institut nicht mehr der Aufsicht der FMA und der österreichischen Nationalbank unterliegt, begründet nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung keinen wichtigen Kündigungsgrund.<sup>8)</sup> Im Verfahren zu GZ 5 Ob 4/14w<sup>9)</sup> – einem gleichgelagerten Sachverhalt – hatten die Höchstrichter ausgesprochen, dass die Veräußerung des Bankbetriebs, die Zurücklegung der Bankkonzession und die de facto bloß abwickelnde Tätigkeit der dort Beklagten nämlich nicht auf einer freien, einer geschäftstypischen Grundlage des Zeichnungsvertrages widersprechenden und die Klägerin benachteiligenden unternehmerischen Entscheidung beruhte, sondern diese Maßnahmen waren notwendige Konsequenz des anderenfalls zu erwartenden wirtschaftlichen Zusammenbruchs der dort Beklagten. Wäre dieser erfolgt und in seiner Fol-

3) Das Handelsgericht Wien (GZ 55 Cg 53/12y) hatte in rechtlich – wie nunmehr vom Obersten Gerichtshof bestätigt – richtiger Hinsicht gewürdigt, dass ein genereller Haftungsausschluss für Altverbindlichkeiten aller nicht übernommenen Rechtsverhältnisse zulässig ist, weshalb es die Wirksamkeit des streitgegenständlichen Haftungsausschlusses gemäß § 38 Abs 4 UGB bejahte. Es hat jedoch aufgrund der zwingenden Haftungsregelung des § 1409 ABGB eine Haftung der Beklagten für alle Schäden aus den Ergänzungskapital-Bankschuldverschreibungen festgestellt, soweit der Wert des von der beklagten Partei übernommenen Unternehmens „Bankbetrieb“ am 4.12.2009 den Kaufpreis überstieg. Den bezahlten und treuhändig hinterlegten Kaufpreis betrachtete das Erstgericht zwar als adäquate Gegenleistung; das Gericht ging aber letztlich davon aus, dass die „Höhe der Aktiven“ nicht bewiesen wurden und bejahte die Haftung der Beklagten in dem Umfang, als der Unternehmenswert des von der beklagten Partei übernommenen Bankbetriebs des treuhändig erlegten Kaufpreis übersteigt. Mangels Beweisergebnisse zum Verkehrswert blieb das Erstgericht einen

konkreten Betrag schuldig.  
4) Das Oberlandesgericht Wien als Berufungsgericht (GZ 4 R 1/14t) gab nur der Berufung der Klägerin Folge und stellte fest, dass die Beklagte für alle Verbindlichkeiten aus den Ergänzungskapital-Bankschuldverschreibungen hafte; eine Haftungsbeschränkung oder Anrechnung des treuhändig erlegten Kaufpreises fand mit Hinweis auf die unbeschränkte Haftung des § 38 Abs 4 UGB nicht statt. Das Berufungsgericht verneinte die Wirksamkeit des Haftungsausschlusses, weil Gläubiger nicht in der Lage seien, „sich aufgrund des Publizitätsakts [im konkreten Fall: Firmenbucheintragung] Gewissheit zu verschaffen, ob und inwieweit der Erwerber ihnen gegenüber haftet. Die Reichweite des Haftungsausschlusses muss sich mit hinreichender Deutlichkeit bereits aus der Bekanntmachung ergeben, weshalb eine genaue Individualisierung oder zumindest die Angabe genauer Zuordnungskriterien erforderlich ist.“ Weil der Unternehmens- und Anteilskaufvertrag aber nicht in der Urkundensammlung des Firmenbuchs aufgenommen wurde (sondern nur im Gerichtsakt), resümierte das Gericht, dass Gläubiger nicht in der Lage seien, die

Frage, welche Verbindlichkeiten von der durch § 38 UGB allgemein angeordneten Haftung des Erwerbers ausgeschlossen sind, klären zu können. Das Argument der Beklagten, dass aufgrund der im Vertrag enthaltenen bankgeheimnisrelevanter und sonstiger geheimer Informationen (Geschäftsgeheimnisse) ein besonderes Schutzbedürfnis bestand, das der Aufnahme des gesamten Vertrages in die Urkundensammlung entgegenstand, sodass der Unternehmens- und Anteilskaufvertrag nur im Firmenbuchakt auflag, ließ das Berufungsgericht nicht gelten. Aufgrund der unbeschränkten Haftung des § 38 Abs 4 UGB wurden die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1409 ABGB nicht mehr geprüft.  
5) Ruffler/Told, GfS 2014, 494 f mit Hinweis auf *Dellinger/Burger/Puhm* in *Dellinger*, BWG<sup>2</sup> § 23 Rz 2; *Chini* in *Chini/Oppitz*, BWG § 22 Rz 4.  
6) Ruffler/Told, GfS 2014, 494.  
7) Vgl das erstinstanzliche Urteil des HG Wien 21.10.2013, 55 Cg 53/12y.  
8) OGH 5 Ob 4/14w, EwBl 2015, 357.  
9) Siehe auch *Foglar-Deinhardstein*, ecolx 2015, 636.

ge der Bankbetrieb eingestellt worden, hätte sich die dortige Klägerin, die als Nachranggläubigerin im Insolvenz- oder Liquidationsfall gerade das wirtschaftliche Risiko dieses Zusammenbruchs hätte tragen müssen, auch nicht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage „Bankbetrieb“ berufen können.

Das Berufungsgericht im gegenständlichen Verfahren hat sich – nach sorgfältiger Erarbeitung der rechtlichen Qualität von Ergänzungskapital – dieser Auffassung angeschlossen und ausgesprochen, dass das Ergänzungskapital für einen gesicherten Rückzug aus dem Bankbetrieb (unter möglicher Vermeidung der Schädigung von Gläubigern) auch nach der Zurücklegung der Bankkonzession zur endgültigen Abwicklung von Geschäftsbeziehungen aus der Zeit des Bankbetriebs zur Verfügung stehen muss. Es sah dies als zwingende Konsequenz des Gläubigerschutzes und schloss, dass *„das Ergänzungskapital daher auch nach der Zurücklegung der Bankkonzession seinen Charakter – insbesondere die Nachrangigkeit und die Bindung auf acht Jahre – beibehalten [hat].“*<sup>10)</sup>

Ebenfalls ausgesprochen – und im Lichte der bereits oben zitierten jüngsten Rechtsprechung<sup>11)</sup> zur rechtlichen Qualität von Ergänzungskapital-Bankschuldschreibungen bekräftigt – hat der Oberste Gerichtshof, dass es sich beim Ergänzungskapital um am Verlust beteiligtes sowie um nachrangiges Kapital gemäß § 45 Abs 4 BWG handelt. Der Ergänzungskapital-Gläubiger trägt daher das Risiko, das Kapital nur unter anteiligem Abzug der während der Laufzeit entstandenen Nettoverluste zu erhalten, sowie das Risiko, dass ihre Kapitalforderung im Insolvenz- oder Liquidationsfall nur nachrangig bedingt wird. Es handelt sich um ein typisches Kapitalmarktrisiko, bei dessen Verwirklichung weder ein außerordentliches Kündigungsrecht, noch ein Rückzahlungs- oder sonstiger Schadenersatzanspruch zusteht.

Im konkreten Fall kann daher ein Anspruch der Klägerin<sup>12)</sup> nur entstehen, wenn die Anleihe zum Laufzeitende der Emission 2016 werthaltig ist; das heißt,

wenn nach Abzug der während der Laufzeit entstandenen Verluste, Vermögen bei der A-Bank als Emittentin vorhanden ist (und diese auch nicht insolvent oder liquidiert wurde). Dass die Bankkonzession der A-Bank 2010 erloschen ist, weil der Bankbetrieb veräußert wurde, ändert nichts (i) an der Nachrangigkeit der Ergänzungskapital-Bankschuldschreibung und (ii) an der Zurechnung zur A-Bank als Emittentin der Anleihe, weil nach dem Ausspruch des Obersten Gerichtshofs die beklagte S-Bank keine weitergehende Haftung aus der Ergänzungskapital-Schuldschreibung treffen kann, als die Emittentin (A-Bank) selbst.

Da eine Haftung aus der Ergänzungskapitalanleihe<sup>13)</sup> gemäß § 38 UGB (vorbehaltlich eines eingetretenen Kapitalmarktrisikos, zB Aufzehrung des Ergänzungskapitals durch während der Laufzeit eingetretene Verluste) daher nach der höchstgerichtlichen Prüfung grundsätzlich möglich ist, hatte das Gericht als nächsten Prüfungsschritt die Wirksamkeit des vereinbarten und im Firmenbuch eingetragenen Haftungsausschlusses zu beurteilen.

### 3. Zur Wirksamkeit des Haftungsausschlusses gemäß § 38 Abs 4 UGB

#### 3.1. Bestimmbarkeit des Haftungsausschlusses

Im Widerspruch zur rechtlichen Würdigung des Erstgerichts,<sup>14)</sup> negierte der Berufungssenat die Wirksamkeit des verfahrensgegenständlichen Haftungsausschlusses gemäß § 38 Abs 4 UGB.

Das Berufungsgericht<sup>15)</sup> hatte den Sachverhalt im Zusammenhang mit der Bestimmbarkeit des vereinbarten Haftungsausschlusses – in zunächst rechtlich zutreffender Sicht – wie folgt beurteilt:

*„[...] Vielmehr müssen Gläubiger in der Lage sein, sich aufgrund des Publizitätsakts Gewissheit zu verschaffen, ob und inwieweit der Erwerber ihnen gegenüber haftet. Die Reichweite des Haftungsausschlusses muss sich mit hinreichender*

*Deutlichkeit bereits aus der Bekanntmachung ergeben, weshalb eine genaue Individualisierung oder zumindest die Angabe genauer Zuordnungskriterien erforderlich ist. Den Gläubigern muss, soll der Haftungsausschluss wirksam sein, bereits daraus erkennbar sein, welche Schulden ausgeschlossen werden können.“*

Dennoch gelangte es zu dem Ergebnis, dass der Haftungsausschluss im konkreten Fall diesen Anforderungen nicht gerecht würde, weil Gläubiger dessen Reichweite nur in Zusammenhang mit der Festlegung des Unternehmens- und Anteilskaufvertrags hinsichtlich der ausdrücklich übernommenen Verbindlichkeiten erkennen könnten; weil der Vertrag aber nicht in die Urkundensammlung aufgenommen wurde, sei ein Gläubiger gar nicht in der Lage, Kenntnis von dem relevanten Sachverhalt zu erlangen und daher könne er auch die Frage, welche Verbindlichkeiten von der durch § 38 UGB allgemein angeordneten Haftung des Erwerbers ausgeschlossen sind, gerade nicht klären.

Der Oberste Gerichtshof hat bereits in seiner Entscheidung vom 21.12.2011 (OGH 21.12.2011, 6 Ob 242/11y) ausgesprochen, dass ein genereller Haftungsausschluss für Altverbindlichkeiten aller nicht übernommenen Rechtsverhältnisse zulässig ist, weshalb diese nicht im Einzelnen aufgezählt werden müssen.

Der Entscheidung des OGH 6 Ob 242/11y lag (verkürzt zusammengefasst) die Einbringung eines Teilbetriebs zugrunde. Im Einbringungsvertrag wurde vereinbart, dass *„sämtliche Abgaben [...], die bis zum Tag der Eintragung der gegenständlichen Einbringung in das Firmenbuch entstanden sind, bei der übertragenden Gesellschaft verbleiben.“* Im Nachtrag zum Einbringungsvertrag wurde *„einvernehmlich festgehalten, dass sämtliche Verbindlichkeiten, die nicht ausdrücklich im Einbringungsvertrag vom [...] genannt wurden, so wie sämtliche Abgaben [...] von der [Übernehmerin] nicht übernommen werden und für diese Verbindlichkeiten die Haftung der [Übernehmerin] gemäß § 38 Abs 4 UGB ausgeschlossen wird.“*

[10] OLG Wien 29.9.2014, 4 R 1/14f.

[11] OGH 5 Ob 4/14w, EvBl 2015, 357. Der OGH hat das Begehren der Klägerin auf Rückzahlung des Ergänzungskapitals und auf Zahlung von Schadenersatz abgewiesen. Die Abweisung war geboten, weil die Klägerin vielmehr anstrebe *„einerseits von der Vorteilen der Auflösung/Vermeidung einer Insolvenz der Beklagten und der damit verbundenen Gefahr, das Nachrangkapital gänzlich zu verlieren zu profitieren, andererseits die Nachteile – verminderte Chancen auf Zinsermägnisse wegen der nun doch abwickeln-*

*den Tätigkeit der Beklagten – durch einen „exit“ zu vermeiden. Bei der wirtschaftlichen Entwicklung der Beklagten und der drohenden Insolvenz, die durch die Aufzehrung abgewendet wurde, handelt es sich aber um ein geradezu typisches Kapitalmarktrisiko, das die Klägerin als Ergänzungskapitalgläubigerin allein zu tragen hat und das kein außerordentliches Kündigungsrecht rechtfertigt.“*

[12] Im Ergebnis – dies resultiert aus der weiteren, hier vorweggenommenen, höchstgerichtlichen Prüfung – wegen des wirksamen Haftungsausschlusses ge-

mäß § 38 Abs 4 UGB beschränkt mit dem Nettoaktivvermögen gemäß § 1409 ABGB (dazu Punkt 4.3.) und bei Ausschöpfung des Treuhänderlags (dazu Punkt 4.4.).

[13] Ein höchstpersönliches Rechtsverhältnis im Sinne des § 38 Abs 4 UGB, sei es es lege noch durch privatautonome Vereinbarung begründet, schließt der OGH im Fall von Ergänzungskapital-Schuldschreibungen dezidiert aus.

[14] Zur rechtlichen Würdigung des OGH Wiens als Erstgericht siehe oben Fußnote 3.

[15] OLG Wien 29.9.2014, 4 R 1/14f.

Der Oberste Gerichtshof hat zur Wirksamkeit der Haftungsausschlussvereinbarung erwogen, dass

„eine aus dem Titelgeschäft hervorgehende Nichtübernahme des betreffenden Rechtsverhältnisses genügt, weil auch daraus der eindeutige Parteiwille hervorgeht, dass der Erwerber mit den diesbezüglichen Verbindlichkeiten nichts zu tun haben will“.

Für das Höchstgericht wurde diesem Erfordernis durch die Diktion des Einbringungsvertrages (ie: „bestimmte Abgaben, die bis zum Tag der Einbringung entstanden sind“) ausreichend entsprochen. Entgegen der Ansicht des Erstgerichts im dortigen Verfahren hatte der Oberste Gerichtshof die Eintragung des Haftungsausschlusses für zulässig erachtet, „da ein genereller Haftungsausschluss für Altverbindlichkeiten aller nicht übernommenen Rechtsverhältnisse zulässig ist, weshalb diese nicht im Einzelnen aufgezählt werden müssen.“

Die Bestimmbarkeit des Haftungsausschlusses wird in der Lehre umfassend erörtert. Gemeinsamer Succus dieser Überlegungen ist stets, dass sich die Gläubiger „Gewissheit verschaffen können müssen, ob und inwieweit der Erwerber ihnen gegenüber haftet“.<sup>16)</sup>

Im Anlassfall prüfte der Oberste Gerichtshof zunächst die Grundvoraussetzung für einen wirksamen Haftungsausschluss, nämlich (i) das Vorliegen eines unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisses (was der Gerichtshof im Fall von Ergänzungskapital bestätigte) und (ii) eine entsprechende Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber im Sinne des § 38 Abs 4 UGB. Beide Tatbe-

standsvoraussetzungen lagen im zu beurteilenden Sachverhalt vor. Im Sinne der gesetzlich geforderten Publizität wurde laut Firmenbucheintragung die Haftung des Erwerbers für alle nicht ausdrücklich im Unternehmens- und Anteilskaufvertrag übernommenen Verbindlichkeiten ausgeschlossen. Dadurch wurde, so der Oberste Gerichtshof, „ein Gleichklang zwischen der Nichtübernahme von Altverbindlichkeiten des Veräußerers einerseits und der Nichthaftung andererseits hergestellt“.

In seiner jüngsten Rechtsprechung<sup>17)</sup> bestätigt das Höchstgericht erneut, dass sich ein Haftungsausschluss sowohl auf alle Verbindlichkeiten, als auch nur auf bestimmte Verbindlichkeiten beziehen kann.

Die Unterscheidung zwischen generellen und individuellen Haftungsausschluss ist nicht neu.<sup>18)</sup> In diesem Zusammenhang wird auf einen Beitrag Dellingers<sup>19)</sup> verwiesen, dem nach Ansicht der Autoren aus folgenden Gründen besonderes Augenmerk zu schenken ist:

Der Differenzierung zwischen generellem/individuellem Haftungsausschluss im Ergebnis zustimmend, dem Obersten Gerichtshof zu OGH 6 Ob 242/11y aber widersprechend, führt Dellinger in seiner korrespondierenden Entscheidungsbesprechung zunächst aus, dass sich die Vereinbarung über den Haftungsausschluss auf sämtliche oder nur auf bestimmte Verbindlichkeiten aus nicht übernommenen Rechtsverhältnissen beziehen und auch für konkrete Verbindlichkeiten die Haftung ganz oder nur teilweise ausgeschlossen werden kann. Er fordert, dass sich die Gläubiger aufgrund des

Publizitätsaktes Gewissheit verschaffen können müssen, ob und inwieweit der Erwerber ihnen gegenüber haftet. Dellinger vermeint aber, dass diese Forderung im Widerspruch zur höchstgerichtlichen Judikatur zu 6 Ob 242/11y stehe („entgegen einer Passage in 6 Ob 242/11y“). Dies ist aber gerade nicht der Fall: Entgegen der Schlussforderung Dellingers hat der Oberste Gerichtshof in 6 Ob 242/11y gar nicht in Abrede gestellt, dass sich die Gläubiger „Gewissheit verschaffen können müssen, ob und inwieweit der Erwerber ihnen gegenüber haftet“. Gerade im Gegenteil hat sich diese Problematik für den Obersten Gerichtshof überhaupt nicht gestellt, weil – nach dem diesem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt – „sämtliche Verbindlichkeiten, die nicht ausdrücklich im Einbringungsvertrag vom [...] genannt wurden“, von der Erwerberhaftung ausgeschlossen waren. Dadurch konnten die Gläubiger gar nicht in Unkenntnis oder Ungewissheit darüber sein, wer oder inwieweit eine unterschiedliche Haftungsordnung getroffen wurde.

Dellinger hatte ganz offensichtlich den Fall vor Augen, dass die bestehenden Altverbindlichkeiten mehr oder weniger willkürlich zwischen Veräußerer oder Erwerber aufgeteilt werden, und dem Gläubiger gegenüber Intransparenz besteht. Nur so lässt sich nachvollziehen, dass Dellinger eine prozentuelle Haftungsbeschränkung von 50% des Kapitals samt Zinsen oder ein „Haftungsverzeichnis“ für zulässig erachtet. Wirksam, weil ausreichend bestimmt, ist nach Beurteilung Dellingers daher auch „ein genereller Ausschluss der Haftung gegenüber allen Gläubigern, soweit deren individueller

16) Dellinger in Zib/Dellinger, UGB § 38 Rz 178 mwN; Karollus in Jabornegg/Artmann, UGB<sup>2</sup> § 38 Rz 72.

17) OGH 6 Ob 242/11y, ecolex 2012, 988.

18) Vgl. Karollus in Jabornegg/Artmann, UGB<sup>2</sup> § 38 Rz 72; Karollus verlangt nur im Fall, dass sich der Haftungsausschluss nur auf bestimmte Verbindlichkeiten bezieht, eine genaue Individualisierung oder zumindest die Angabe genauerer Zuordnungskriterien für die von der Haftung erfassten und nicht erfassten Verbindlichkeiten, damit der einzelne Gläubiger Rückschlüsse darauf ziehen kann, ob und inwieweit der Erwerber nun tatsächlich für seine Verbindlichkeit haftet. Er bringt damit die Wertung zum Ausdruck, dass für Verbindlichkeiten, deren Schicksal sich nach denen in der Kundmachung (ie: beispielsweise die Firmenbucheintragung) gemachten Angaben nicht eindeutig ableiten lässt, ein Haftungsausschluss nicht eingreifen soll. Fuchs/Schuhmacher weisen darauf hin, dass „bei der nur teilweisen Übernahme der unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse der genauen Beschreibung der zu übernehmenden Rechtsposition

eine grundlegende Bedeutung zukomme“ (Fuchs/Schuhmacher in Straube, UGB I § 38 Rz 90). Hüffer gelangt zu dem Ergebnis, dass für die Wirksamkeit eines Haftungsausschlusses „die Benennung bestimmter Verbindlichkeiten oder Forderungen, die betroffen oder nicht betroffen sein sollen auch durch Verweisung auf ein zu den Registerakten eingereichtes Verzeichnis genügt“. Damit geht auch Hüffer davon aus, dass eine Individualisierung nur dort vorzunehmen ist, wo es Verbindlichkeiten oder Forderungen gibt, die von dem Erwerber übernommen werden und solche, die vom Erwerber nicht übernommen werden. Der Gläubiger muss daraus entnehmen können, dass die ihn betreffende Verbindlichkeit oder Forderung nicht übernommen ist (Hüffer in GrobkommHGB<sup>3</sup> § 25 Rz 96 und 99). Wenger führt in seiner Glosse zu OGH 6 Ob 242/11y zutreffend aus, dass die Beurteilung des Obersten Gerichtshofs zu bekräftigen ist, weil „die Eintragung eines Haftungsausschlusses unter Detaillierung der betroffenen Verbindlichkeiten in der Praxis oft kaum vernünftig zu handhaben wäre“ (Wenger, RWZ 2012, 37). Dehn

schließt sich den Lehrmeinungen an, dass der Haftungsausschluss zweifelsfrei erkennen lassen muss, für welche Rechtsverhältnisse und Verbindlichkeiten der Erwerber keine Haftung übernimmt. Sie lässt ausdrücklich eine pauschale Beschreibung zu (ZB auch im Hinblick auf noch unbekannte Ansprüche, Dehn in Yorggler, UGB § 38 Rz 76); siehe auch Thiessen in Münchener Kommentar<sup>3</sup> § 25 HGB Rz 94; ebenso Zimmer: Zimmer trägt dem Publizitätsgedanken dadurch Rechnung, dass er feststellt, dass eine abweichende Regelung (Haftungsausschluss) auch nur bezüglich einzelner Verbindlichkeiten oder Rechtsverhältnisse getroffen werden kann. Die so betroffenen Rechtsverhältnisse müssen jedoch hinreichend bestimmt sein. Nur für diese Fälle verlangt Zimmer ein Verzeichnis der offenen Forderungen oder eine prozentuelle Beschränkung (Zimmer in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch<sup>3</sup> § 25 Rz 82).

19) Dellinger in Zib/Dellinger, UGB § 38 Rz 178 mwN.

Anspruch einen bestimmten Betrag übersteigt.“ Wenn Dellinger also schon eine Betragsgrenze individueller Ansprüche (iSv. „jeder Gläubiger erhält 100, unabhängig vom tatsächlichen Anspruch“) für zulässig erachtet, muss dies umso mehr gelten, wenn individuelle Ansprüche aller Gläubiger zur Gänze ausgeschlossen werden. In diesen Fällen kann umso weniger Verwirrung hinsichtlich der Haftungsordnung bestehen.

Nur im Fall eines „individuellen Haftungsausschlusses“ verlangt der Oberste Gerichtshof bei der Kundmachung im Firmenbuch oder durch verkehrübliche Bekanntmachung (sowie bei einer nicht individuellen in Bezug auf den konkreten Gläubiger formulierten Mitteilung) eine genaue Individualisierung oder zumindest die Angabe genauer Zuordnungskriterien für die von der Haftung erfassten und nicht erfassten Verbindlichkeiten. Für Verbindlichkeiten, deren Schicksal sich nach den in der Kundmachung etc. gemachten Angaben nicht eindeutig ableiten lässt, greift demnach ein Haftungsausschluss nicht ein. Auch die bloße Angabe einer Betragsgrenze für die vom Erwerber insgesamt übernommene Haftung genügt nicht, weil daraus der einzelne Gläubiger keine Rückschlüsse darauf ziehen könne, ob und inwieweit der Erwerber nun tatsächlich für seine Verbindlichkeiten haftet.

Im konkreten Fall lag aber ein genereller Haftungsausschluss für alle Verbindlichkeiten aus den nicht übernommenen Rechtsverhältnissen vor, sodass dessen Eintragung im Firmenbuch nach § 38 Abs 4 UGB – im Gegensatz zur Eintragung eines „individuellen Haftungsausschlusses“ – keiner weiteren Spezifikationsbedarf.

Die nunmehr vom Obersten Gerichtshof getroffene Klarstellung ist vor allem deshalb zu begrüßen, weil sich die in der Praxis ergebenden Unsicherheiten bei der Eintragung eines Haftungsausschlusses verflüchtigt haben sollten.<sup>20)</sup>

Der Oberste Gerichtshof spricht nunmehr in aller Deutlichkeit aus, dass eine Individualisierung nur dort geboten ist, wo aufgrund einer Mehrzahl von übertragenen und nicht übertragenen Verbindlichkeiten das Risiko der intransparenten Haftungsordnung bestehen kann (in-

dividueller Haftungsausschluss). Dieses Risiko kann umgekehrt aber in diesen Fällen nicht gegeben sein, wo generell alle Haftungen ausgeschlossen werden. Ein Verzeichnis offener Forderungen, die Offenlegung des zugrundeliegenden Vertrages (oder zumindest eines Exzerpts betreffend die übernommenen Verbindlichkeiten) in der Urkundensammlung bzw. eine prozentuelle Beschränkung ist nur dort als Maßnahme einer bestimmenden Individualisierung zu treffen, wo umgekehrt unterschiedliche Haftungsordnungen vereinbart werden.

Der Haftungsausschluss kann sich daher entweder auf alle Verbindlichkeiten (generelle Haftungsausschluss) oder auf bestimmte Verbindlichkeiten (individueller Haftungsausschluss) beziehen. Nur bei einem individuellen Haftungsausschluss ist geboten, dass sich die Gläubiger aufgrund des Publizitätsakts Gewissheit verschaffen können, ob und inwieweit der Erwerber ihnen gegenüber haftet.<sup>21)</sup> Anders als bei einem individuellen Haftungsausschluss erfordert die Eintragung eines generellen Haftungsausschlusses keine weiteren Spezifikationen betreffend die nicht übernommenen Verbindlichkeiten (also jene, für die der Erwerber auch nicht haften soll); diese müssen deshalb auch nicht in der Eintragung im Firmenbuch einzeln angeführt werden.

### 3.2. Firmenbuchpublizität

§ 38 Abs 4 UGB stellt wahlweise drei Optionen zur Wirksamkeit des Haftungsausschlusses zur Verfügung: Die (i) Eintragung ins Firmenbuch, (ii) Bekanntmachung auf verkehrübliche Weise oder (iii) Mitteilung an den Dritten durch den Veräußerer oder Erwerber.<sup>22)</sup> Die Eintragung des Haftungsausschlusses im Firmenbuch ist nur eine der Alternativen.

Im Anlassfall wurde der Haftungsausschluss sowohl beim Erwerber, als auch beim Veräußerer eingetragen. Dies ist gesetzlich nicht geboten (§ 3 Abs 1 Z 15 FBG normiert lediglich, dass Vorgänge einzutragen sind, durch die ein Betrieb oder Teilbetrieb übertragen wird, sowie deren Rechtsgrund; die Eintragungen sind sowohl beim Erwerber, als auch beim Veräußerer vorzunehmen), wird aber als vertretbar erachtet<sup>23)</sup> bzw. entspricht der

Firmenbuchpraxis und ist im Interesse der Gläubigerinformation zu begrüßen.<sup>24)</sup>

Im Anlassfall waren sowohl die Erwerberin als auch die Veräußerin im Zeitpunkt des Abschlusses und der Durchführung des Unternehmens- und Anteilskaufvertrags Kreditinstitute und damit zur Wahrung des Bankgeheimnisses gemäß § 38 BWG gesetzlich verpflichtet. Diese Geheimhaltungsverpflichtung gilt zeitlich unbegrenzt. Der Unternehmens- und Anteilskaufvertrag enthielt sowohl Bank-, als auch Geschäftsgeheimnisse. Als Ausfluss der Sensibilität der in den Vertragsunterlagen enthaltenen Informationen wurde im Firmenbuchgesuch beantragt, dass der Vertrag von der allgemeinen Einsicht zum Firmenbuch ausgenommen und nicht in die Urkundensammlung aufgenommen wird. Dies entspricht dem Gesetz:

Die Aufnahme der (gesamten) Vertragsgrundlage in die Urkundensammlung ist grundsätzlich gesetzlich nicht geboten. Weder § 38 UGB, noch § 12 FBG implizieren eine solche Verpflichtung. In die Urkundensammlung sind grundsätzlich nur die „unmittelbaren“ Eintragungsgrundlagen oder solche Unterlagen aufzunehmen, deren gerichtliche Aufbewahrung das Gesetz ausdrücklich vorsieht (zB Satzung, Musterzeichnung, Gesellschaftsvertrag, etc).<sup>25)</sup> Bloße Bewilligungsurkunden sind nicht aufzunehmen.<sup>26)</sup>

Zwar können die vertraglichen Grundlagen für den Haftungsausschluss (Unternehmens- und Anteilskaufverträge), vor allem bei berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Parteien (zB hinsichtlich Kaufpreis, Sicherstellungen etc; umso mehr muss dies für das Bankgeheimnis gelten), vorzulegen sein (um allfällige Bedenken gegen das Eintragungsgesuch zu zerstreuen), sind aber mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Aufbewahrungspflicht des Firmenbuchgerichtes nicht in die Urkundensammlung aufzunehmen.<sup>27)</sup> Wie auch *Leb* zutreffend ausführt, wäre es unzulässig, wenn jeder in die Urkundensammlung bei Gericht Einsicht nehmen kann und sich so Kenntnisse über äußerst heikle Vertragsinhalte, wie Kaufpreis, Sicherheitsleistungen, Wettbewerbsverbote etc verschaffen könnte. Für *Leb* ist es daher als ausreichend anzusehen, wenn lediglich ein Auszug aus

20) Siehe auch *Wenger*, der schon damals die Judikatur des OGH zu 6 Ob 242/11y begrüßt hat, weil die geforderte Detaillierung der betroffenen Verbindlichkeiten in der Praxis nicht vernünftig zu handhaben ist (*Wenger*, RWZ 2012, 37).

21) OGH 26.2.2015, 8 Ob 2/15z mit Hinweis auf *Dellinger* in *Zib/Dellinger*, UGB § 38 Rz 178.

22) Der Haftungsausschluss wirkt bei Ein-

tragung und Bekanntmachung auch gegenüber solchen Gläubigern, die den Haftungsausschluss weder kennen noch kennen müssen; *Felner* in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranchbitter*, Handbuch M&A 449.

23) OGH 6 Ob 242/11y, *ecolex* 2012, 988; nun auch OGH 26.2.2015, 8 Ob 2/15z; *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 3 FBG Rz 50; *Jenne-*

*wein*, GeS 2012, 167, 170; *Leb*, GeS 2008, 312, 314.

24) *Dehn* in *Torggler*, UGB § 38 Rz 78.

25) *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 3 FBG Rz 51.

26) OGH 6 Ob 177/12s, RdW 2013, 531.

27) *Dellinger* in *Zib/Dellinger*, UGB § 38 Rz 181 mwN; OGH 6 Ob 177/12s, RdW 2013, 531.

dem Kaufvertrag mit der maßgeblichen Vertragsbestimmung zum Haftungsausschluss vorgelegt wird. Aber selbst dieser Auszug ist entbehrlich, wenn der Veräußerer und der Erwerber den Haftungsausschluss gemeinsam anmelden und den vereinbarten Haftungsausschluss damit behaupten.<sup>28)</sup> Denn mit der gemeinsamen Anmeldung zum Firmenbuch bringen die Vertragsparteien eindeutig zum Ausdruck, dass ein Haftungsausschluss vereinbart wurde. Dies entspricht auch der Lehre zur Bestimmung des § 25 dtHGB, die mit der österreichischen Rechtslage vergleichbar ist. So spricht sich *Hopt* dafür aus, dass bei einer Anmeldung durch beide Teile keine Vertragsvorlage notwendig ist, solange die Haftungsbeschränkung aus dem Registerakt erkennbar ist.<sup>29)</sup> Auf dem Registerplatz selbst genügt dann ein entsprechender Hinweis auf die Beschränkung.<sup>30)</sup> So auch *Burgstaller/Pilgersdorfer*, wonach bei längeren Texten auch ein Verweis der Eintragung auf die Urkundensammlung erfolgen kann.<sup>31)</sup> *Rüffler/Told* lassen auch die Aufnahme des Vertrages (bzw relevanter Verzeichnisse) in den Firmenbuchakt (anstatt der Urkundensammlung) genügen, da damit ebenfalls eine zumutbare Informationsmöglichkeit für Gläubiger geschaffen ist.<sup>32)</sup>

#### 4. Erwerberhaftung gemäß § 1409 ABGB

Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs ist nicht nur wegen seiner Klarstellungen zum Haftungsausschluss gemäß § 38 Abs 4 UGB begrüßenswert, sondern bringt auch für den Haftungsumfang gemäß § 1409 ABGB die längst überfälligen Klarstellungen.

#### 4.1. Haftungsgrenze

Gemäß § 1409 ABGB haftet der Erwerber eines Vermögens oder Unternehmens für die dazu gehörigen Schulden, die er bei Übergabe kannte oder kennen musste bis zum „Wert des übernommenen Vermögens oder Unternehmens“. Unbestritten handelt es sich um einen zwingenden gesetzlichen Schuldbeitritt, der durch Vereinbarung nicht ausgeschlossen werden kann und für dessen Anwendbarkeit es auch keinen Unterschied macht, ob ein Haftungsausschluss nach § 38 Abs 4 wirksam vereinbart wurde oder nicht. § 1409 ABGB ist daher parallel anwendbar zu § 38 Abs 4 UGB. Das bedeutet, dass, selbst wenn der Haftungsausschluss gemäß § 38 Abs 4 UGB wirksam vereinbart und publiziert gemacht wurde, dennoch die beschränkte Haftung des § 1409 ABGB bestehen bleibt.<sup>33)</sup>

Im Regime des § 1409 ABGB ist unklar – trotz der gebetsmühlenartigen Wiederholungen in Judikatur und Lehre der Haftung bis zur Höhe des Wertes des übernommenen Vermögens bzw Unternehmens (Aktiva), somit *pro viribus*<sup>34)</sup> – wie konkret das Haftungsvermögen zu berechnen ist. Das Gesetz selbst lässt den Übernehmer „bis zum Wert des übernommenen Vermögens oder Unternehmens“ haften. Der Übernehmer haftet demnach für die in einem sachlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Haftungsfonds stehenden Schulden, die er bei der Übergabe kannte oder kennen musste, persönlich mit seinem ganzen Vermögen. Der gemeine Wert<sup>35)</sup> des Vermögens bzw Unternehmens stellt die Haftungsobergrenze dar.<sup>36)</sup>

Nach der herrschenden Judikatur sind unter Vermögen oder Unternehmen die Aktiva zu verstehen.<sup>37)</sup> Schon die früherer Rechtsprechung ging davon aus, dass der

Wert eines Unternehmens nicht allein mit dem Wert der übernommenen Waren gleichzusetzen sei, da auch alle zum Unternehmen gehörigen Komponenten, wie *good will*, Außenstände, Mietobjekte und dergleichen, zu berücksichtigen wären<sup>38)</sup> und es gerade im Wesen eines Unternehmens läge, dass es einen über die Summe der einzelnen in ihm zusammengefassten Werte hinausgehenden Wert hat, der ein seinem Ruf, seinem Kundenstock und ähnlich wertsteigernden Elementen besteht.<sup>39)</sup>

Bei der Wertermittlung des übernommenen Vermögens oder Unternehmens bleibt aber nach wie vor unklar, ob bei der Ermittlung der Aktiva die Verbindlichkeiten abzuziehen sind. Die bisherige Literatur und Rechtsprechung ist nicht eindeutig.<sup>40)</sup> Es wird in der jüngeren Judikatur vertreten, dass nur eine bereits erfolgte Befriedigung (oder eine der Zahlung gleichgestellte befreiende Schuldübernahme) pfandrechlich gesicherter Forderungen oder an nichtbesicherte Gläubiger geleistete Zahlungen den mit dem Wert der übernommenen Aktiva begrenzten Haftungsfond vermindere,<sup>41)</sup> während die (bloße) Existenz von Pfandforderungen in ihren Auswirkungen unklar bleibt.<sup>42)</sup> Die Frage, ob Passiva für die Anwendbarkeit des § 1409 ABGB zu berücksichtigen sind oder nicht, ist in Judikatur und Lehre widersprüchlich gelöst (zum Themenkomplex der Wertberechnung siehe nachstehend Punkt 4.3.).<sup>43)</sup>

#### 4.2. Parallelität des Spaltungsrechts

Im Kontext der Erwägungen der Berücksichtigung der Passiva drängt sich der aus dem Spaltungsrecht stammende Begriff des Nettoaktivvermögens auf.

28) *Leb*, GeS 2008, 312, 313; *Burgstaller/Pilgersdorfer* in Jabornegg/Artmann, UGB<sup>2</sup> § 3 FBG Rz 51.  
29) *Hopt* in Baumbach/Hopt, HGB<sup>36</sup> zu § 25 Rz 13f.  
30) *Henssler/Strohm*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> § 25 Rz 13 ff.  
31) *Burgstaller/Pilgersdorfer* in Jabornegg/Artmann, UGB<sup>2</sup> § 3 FBG Rz 51.  
32) *Rüffler/Told*, GIES 2014, 494.  
33) Zur zwingenden Natur des gesetzlichen Schuldbeitritts siehe auch *Fellner* in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch M&A 450f; *Fellner* in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf, Rz 124.  
34) Herrschende Rechtsprechung OGH 13.9.2001, 8 Ob 51/01k ua, RS 00110004.  
35) Der Verkehrswert eines Unternehmens ist der Wert, der zu einem konkreten Stichtag zu normalen Marktbedingungen berechnet wird; er entspricht also dem Preis, den ein durchschnittlicher Dritter zum jeweiligen Stichtag zahlen würde. Das Unter-

nehmen ist in diesem Zusammenhang eine organisierte Erwerbsgelegenheit, die Sachen, Rechte sowie Vermögenswerte, Verbindlichkeiten, und Risiken beinhaltet. Die Übernahme eines Unternehmens setzt voraus, dass diese Assets im Wesentlichen erfasst sind; OGH 6 Ob 34/00v, eoclex 2000, 794.  
36) OGH 13.9.2001, 8 Ob 51/01k.  
37) OGH 11.6.2001, 8 ObS 273/00f; OGH 13.9.2001, 8 Ob 51/01k ua, RS 00110004; *Rudolf* in Schwimann<sup>2</sup> § 1409 Rz 12.  
38) OGH 23.10.1986, 8 Ob 602/86 ua, RS 0033199.  
39) OGH I Ob 557/83, SZ 56/140.  
40) *Heidinger* in Schwimann<sup>2</sup> § 1409 Rz 12 mwN; *Reimer van Husen* in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf, Rz 78 mwN; für die Berücksichtigung von Passiva bei der Anwendbarkeit des § 1409 ABGB; *Riedler*, JBI 1992, 563; *ders*, JBI 1997, 813; *Wagner*, Haftung 137 ff, ablehnend; OGH 4 Ob 209/09b, wobl 2011, 232.

41) OGH 4 Ob 209/09b, wobl 2011, 232; OGH 13.9.2001, 8 Ob 51/01k; OGH 9 Ob 254/99i, JBI 2000, 593; *Heidinger* in Schwimann<sup>3</sup> § 1409 Rz 14 mwN.  
42) Nicht zu verwechseln mit der Frage der Berechnung der Haftungsgrenze ist die in der Judikatur ebenfalls thematisierte Frage nach der Vermögensberechnung für den Wertvergleich zwischen übernommenen und verbleibenden Vermögen und dem in diesem Zusammenhang allenfalls vorzunehmenden Abzug von Passiven andererseits; siehe OGH 8 Ob 35/66, JBI 1966, 523 ua, RS 0033187, und OGH 3 Ob 327/26, SZ 8/150 ua, RS 00110004, wonach Hypothekarforderungen oder Pfandbelastungen von den Aktiven nicht abzuziehen sind. Zur gebotenen Differenzierung siehe *Riedler*, ÖBA 2011, 53.  
43) *Riedler*, ÖBA 2011, 53; *ders*, JBI 1992, 563; *ders*, JBI 1997, 813; *Wagner*, Haftung 137 ff, ablehnend; OGH 4 Ob 209/09b, Zak 2010, 195.

Darunter verstehen Rechtsprechung und Lehre den Verkehrswert des Aktivvermögens abzüglich des Wertes der zugeordneten Verbindlichkeiten. Im Gegensatz zu § 1409 ABGB wirken im Anwendungsbereich des § 15 Abs 1 SpaltG übernommene, aber noch nicht beglichene Verbindlichkeiten haftungsmindernd.<sup>44)</sup>

Aus einer vergleichenden Zusammenfassung der Regelungszwecke der Spaltungshaftung zur Erwerberhaftung des § 1409 ABGB ergibt sich folgendes Bild:

Gemäß § 1409 ABGB haften sowohl der bisherige Unternehmensinhaber und zusätzlich der übernehmende Rechts-träger bis zur Höhe der übernommenen Aktiva, soweit er sie kannte oder kennen musste.<sup>45)</sup> Das Gesetz ordnet einen Schuldbeitritt des Erwerbers an, er tritt als möglicher Schuldner zum unbeschränkt haftenden Veräußerer hinzu. Zweck des § 1409 ist es, die Gläubiger anlässlich der Unternehmensveräußerung vor Einbußen zu schützen; nicht, die Deckung der Gläubiger zu vermehren (anderenfalls wäre im schlimmsten Fall eine Verdoppelung des Kaufpreises möglich, welche die Veräußerung von Unternehmen praktisch unmöglich machen würde).<sup>46)</sup> Den Gläubigern soll der auf Seiten des Übergebers zur Verfügung stehende Haftungsfonds erhalten oder zumindest nicht entzogen werden.<sup>47)</sup>

§ 15 SpaltG spiegelt eine ähnliche Wertung: Gläubiger sollen aufgrund eines Spaltungsvorgangs nicht schlechter gestellt werden als ohne eine solche Maßnahme. Abgesehen von Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften im Rahmen der Spaltung (institutioneller Gläubigerschutz gemäß §§ 3 und 17 SpaltG) sieht § 15 SpaltG bezogen auf den einzelnen Gläubiger ein abgestuftes Haftungssystem für schon bestehende Verbindlichkeiten vor.<sup>48)</sup> Eine Vergrößerung oder Verdoppelung des Haftungsfonds soll aber nicht erfolgen, sodass im Haftungsregime des Spaltungsrechts die Gesellschaft, der das Vermögen und damit eine Verbindlichkeit im Rahmen des Spaltungsplans zugeordnet wird, als

Hauptschuldnerin zeitlich und betragslich für die Verbindlichkeit unbeschränkt haftet. Die sonstigen Gesellschaften, denen die Verbindlichkeit nicht zugeordnet wird, haften nur beschränkt bis zur Höhe des ihnen jeweils zugeordneten Nettoaktivvermögens. Die Haftung ist primär und solidarisch; das bedeutet, dass Gläubiger einer Altverbindlichkeit unmittelbar – und nicht zuerst auf die Gesellschaft, der die Verbindlichkeit im Spaltungsplan zugeordnet wurde (Hauptschuldnerin) – auf eine der sonstigen Gesellschaften zur Befriedigung der gesamten Forderung greifen können, sofern sie im Betrag des Nettoaktivvermögens Deckung findet.<sup>49)</sup> Das Nettoaktivvermögen bestimmt sich nach dem Verkehrswert der Aktiva, nicht nach den Buchwerten.<sup>50)</sup>

Darin liegt der Wertungsgleichlauf des Gesetzgebers: Im Rahmen des § 1409 ABGB ordnet das Gesetz einen Schuldbeitritt des Erwerbers an, er tritt als möglicher Schuldner zum unbeschränkt haftenden Veräußerer hinzu. Das Spaltungsrecht regelt damit vergleichbar das Verhältnis zwischen der unbeschränkt haftenden Hauptschuldnerin und einer – hier mit dem Nettoaktivvermögen beschränkt haftenden – sonstigen Gesellschaft im Sinne von § 15 SpaltG.

#### 4.3. Anwendbarkeit des Nettoaktivvermögens als Wertgrenze im Rahmen des § 1409 ABGB

Im konkreten Fall konnte der Verkehrswert des Bankbetriebs im Zeitpunkt der Übergabe<sup>51)</sup> nicht festgestellt werden, festgestellt wurde lediglich der Kaufpreis für den Bankbetrieb.<sup>52)</sup> Der Oberste Gerichtshof entschied, dass für die betragsmäßige Haftungsbeschränkung des § 1409 ABGB der festgestellte Kaufpreis maßgebend ist.

Anders als von Wenger<sup>53)</sup> vermutet, hat der Oberste Gerichtshof aber nicht mangels Feststellungen zum Verkehrswert, „ersatzweise“ den Kaufpreis als Haftungsgrenze herangezogen.

In der den OGH bindenden Beweiswürdigung der Vorinstanz wurde ausgeführt:

„Das Argument der Beklagten, dass der Kaufpreis dem Verkehrswert des übertragenen Bankbetriebs entsprochen habe (vgl. RIS-Justiz RS0033117), weshalb die Haftung nach § 1409 ABGB nicht eintrete, scheidet schon an der Negativfeststellung zum Verkehrswert des Bankbetriebs im Zeitpunkt der Übergabe. Die Vorinstanzen gehen in dieser Hinsicht davon aus, dass der Verkehrswert tatsächlich höher als der Kaufpreis war.“ (Punkt 4.3.)

Dennoch zog der Gerichtshof den Kaufpreis heran, obgleich der Verkehrswert des Unternehmens nach den getroffenen Feststellungen nicht ermittelt worden war. In OGH 8 Ob 51/01k – auch dort konnte die Erstinstanz nicht feststellen, ob der Kaufpreis dem Verkehrswert der erworbenen Liegenschaft entsprach – hatte der Oberste Gerichtshof die Sache als nicht entscheidungsreif zurückverwiesen, da es „in fortgesetzten Verfahren der Ermittlung des Wertes des von der Beklagten übernommenen Unternehmens“ bedürfe. Im konkreten Fall folgt der Oberste Gerichtshof der Beweiswürdigung der Vorinstanzen, dass der Verkehrswert höher als der Kaufpreis war, er wendet aber trotzdem den Kaufpreis als Haftungsgrenze an, anstatt die Sache zur Wertermittlung an die Erstinstanz zurückzuverweisen.

Aus der (im Urteil nicht wiedergegebenen) Aktenlage ergibt sich, dass der Kaufpreis durch Gegenüberstellung der Vermögenswerte und der Verbindlichkeiten ermittelt wurde.<sup>54)</sup> Dieser Wert war letztlich für den Obersten Gerichtshof für die Bewertung der betragsmäßigen Haftungsbeschränkung maßgebend, er hat damit – wenn auch nicht explizit – im Ergebnis das Nettoaktivvermögen zur Festlegung der Haftung herangezogen.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen und sie steht in Einklang mit Wertungen der jüngeren Rechtsprechung und Lehre zur Haftungsgrenze des § 1409 ABGB:

44) Heidinger in Schwimann<sup>5</sup> § 1409 Rz 25; Kalss, wbl 2003, 49.

45) Ertl in Rummel<sup>3</sup> § 1409 Rz 6 f.

46) OGH 3 Ob 131/51, SZ 24/88; OGH 13.9.2001, 8 Ob 51/01k; Giebel in Waldus/Pohl, Privatrechtssystem 58 f.

47) OGH 5 Ob 749/78, SZ 52/12 ua, RS 0034895. Aus diesem Grund ist die treuhändige Hinterlegung des Unternehmenskaufpreises in der Praxis eine gern gewählte Vorgehensweise zur Absicherung des Erwerbers. Bei diesem Konzept wird der erlegte Kaufpreis der Befriedigung der Altgläubiger (gemeint sind Gläubiger des Übergebers, dem Vertrauen auf das Vermögen des Übergebers diesem

Kredit gewährt haben) zu widmen.

48) Kalss, wbl 2003, 49 mwN.

49) Kalss, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung<sup>2</sup> § 15 SpaltG Rz 6 f.

50) ErlRV 1132 BgNR XX.GP 117; Kalss, wbl 2003, 49 mwN.

51) OGH 6 Ob 302/66, JBl 1967, 206, RS 0033243; „Für den Umfang der Haftung des Vermögensübernehmers ist der Zeitpunkt der tatsächlichen Übergabe des Vermögens maßgebend.“; aA OGH 13.9.2001, 8 Ob 51/01k mwN: „Der für die Wertermittlung maßgebende Zeitpunkt ist jeder des Abschlusses des dem Erwerb als Rechtstitel dienenden Verpflichtungsgeschäfts, weil bereits zu diesem Zeit-

punkt eine ohne enormes Prozess- und Bonitätsrisiko nicht mehr rückgängig zu machende obligatorische Bindung des Schuldners und Übernehmers bestand.“

52) OGH 26.2.2015, 8 Ob 2/15z: „Der Verkehrswert des übertragenen Bankbetriebs konnte nicht festgestellt werden. Fest steht lediglich der Kaufpreis für den Bankbetrieb.“ (Punkt 4.4.)

53) Wenger, RWZ 2015, 138.

54) Siehe dazu das Urteil des OLG Wien als Rechtsmittelinstanz in diesem Verfahren vom 29.9.2014, 4 R 1/14r; dazu: Rüdiger/Told, GfS 2014, 494.

In OGH 9 Ob 254/99<sup>55)</sup> hatte die Beklagte pfandrechtlich sichergestellte Forderungen der Bank in einer den Wert der übernommenen Liegenschaften übersteigenden Höhe übernommen, sodass der Oberste Gerichtshof entschied, dass sie durch diese befreiende Schuldübernahme (die einer Zahlung gleichzuhalten ist) ihre Haftungsgrenze jedenfalls auf Null reduziert hat. Nicht geprüft wurde, ob die Haftungsgrenze unabhängig von einer Zahlung um den Wert der pfandrechtlich sichergestellten Forderungen (soweit sie tatsächlich aushafteten) zu reduzieren gewesen wäre. Begründet wurde der Ausspruch damit, dass der Erwerber im Anwendungsbereich des § 1409 ABGB davor geschützt wird, dem Zugriff von Pfandgläubigern ausgesetzt zu sein, obgleich er Forderungen „Zuvorgekommener“ Gläubiger (allenfalls sogar bis zur Höhe der übernommenen Aktiven) befriedigt hatte. Ein solcher Zugriff würde nämlich dazu führen, dass der Erwerber durch die dem übernommenen Pfandgegenstand folgende Sachhaftung insgesamt über die dem Wert der Aktiven entsprechende Haftungsgrenze hinaus für Schulden des Übergebers zahlen müsste.

In OGH 8 Ob 51/01k<sup>56)</sup> bestätigte das Höchstgericht diese Auffassung, „vermindern doch im Wirtschaftsleben Pfandbelastungen einer Liegenschaft nicht deren objektiven Wert, sondern im Fall der Übernahme durch den Käufer lediglich den bar zu bezahlenden Kaufpreis“, sodass „die zur Tilgung der pfandrechtlichen Belastungen der Liegenschaft aufgewendeten Beträge ebenso in Abzug zu bringen [sind] wie die die an die nicht-besicherten Gläubiger bereits geleisteten Zahlungen.“

Der erkennende Senat in OGH 4 Ob 209/09b<sup>57)</sup> hat sich eingehend mit der bisherigen Rechtsprechung auseinandergesetzt und ausgesprochen, dass bei der Feststellung des Werts des übernommenen Vermögens Hypothekarforderungen von den Aktiva nicht (*per se*) abzuziehen sind, sofern keine Befriedigung oder befreiende Schuldübernahme erfolgt. Er spricht aber auch aus, dass Passiva für die Frage der Anwendbarkeit des § 1409 ABGB nicht zu berücksichtigen sind.

Zur Begründung führte das Gericht aus, dass aus der bloß dinglichen Belastung noch nicht darauf geschlossen werden kann, dass der Übernehmer tatsächlich in Anspruch genommen wird und das von ihm übernommene Vermögen

infolge Schuldtilgung vermindert wird. Stattdessen würde die Berücksichtigung von Pfandbelastungen dazu führen, dass bei entsprechend hoher Belastung die Anwendung des § 1409 ABGB mangels Vermögensübernahme zu verneinen wäre. Müsste der Übernehmer für die dinglich sichergestellten Forderungen in der Folge aber nicht selbst aufkommen, wäre der Zweck des gesetzlichen Schuldbeitritts nach § 1409 ABGB, den (pfandrechtlich nicht sichergestellten) Gläubigern des Übernehmers den Haftungsfonds zu erhalten, vereitelt.

Diese Entscheidung wurde unseres Erachtens zu Recht kritisiert: *Riedler*<sup>58)</sup> hat herausgearbeitet, dass es zur Beurteilung der Haftungsgrenze nur darauf ankommen kann, ob eine konkrete Gläubigerbeeinträchtigung droht. Zur Beurteilung dieser Frage, müssen aber von den dem Veräußerer verbleibenden Aktiven (alle) Lasten abgezogen werden, um zu sehen, ob eine Gläubigerbeeinträchtigung vorliegt. Umgekehrt bedeutet dies unseres Erachtens aber auch, dass der Gläubigerschutz nicht zu Lasten einer den Erwerber „überschießenden“ – im Sinne einer zur unbeschränkten Haftung tendierenden – Inanspruchnahme erweitert werden darf: Wenn der Erwerber Aktiva im Wert von 100 übernimmt, diese aber mit Passiva im Wert von 40 belastet sind, haftet der Erwerber im Ergebnis für 140. Damit erweitert sich der Haftungsfond der Gläubiger insofern, als sie berechtigt sind, ihre Forderung nicht nur vom Veräußerer zu verlangen, sondern ihnen auch der Erwerber mit einem „überdeckten“ Haftungsfonds von 40 zur Verfügung steht. Nach OGH 9 Ob 254/99<sup>59)</sup> ist es aber abzulehnen, dass der Erwerber durch die dem übernommenen Pfandgegenstand folgende Sachhaftung insgesamt über die dem Wert der Aktiven entsprechende Haftungsgrenze hinaus für Schulden des Übergebers zahlen müsste; führe dies doch im Ergebnis zu der von der Rechtsprechung unerwünschten „Verdopplung des Haftungsfonds“. Eine Beschränkung auf bloß pfandrechtlich sichergestellte Forderungen greift in diesem Zusammenhang zu kurz.

Aus dem Telos des § 1409 ABGB ergibt sich, dass es eben nicht zu einer Verdoppelung des Haftungsfonds kommen darf, sondern, dass die Summe der getrennten Vermögen dem Gläubiger dieselbe Befriedigungsmöglichkeit schaffen soll, wie wenn er eine „Haftungseinheit“

vor sich hätte. Dementsprechend konsequent sind die Überlegungen des Obersten Gerichtshofs und die Heranziehung des Nettoaktivvermögens als Haftungsgrenze in der nunmehr ergangenen Entscheidung (OGH 26.2.2015, 8 Ob 2 15z).<sup>60)</sup>

#### 4.4. Treuhanderlag

Bemerkenswert ist, dass der Oberste Gerichtshof betreffend die treuhändige Hinterlegung des Kaufpreises ausgesprochen hat, dass im konkreten Fall nicht gesichert war, ob diese einer „gleichwertigen Befriedigungsmöglichkeit“ im Sinne der herrschenden Judikatur entspricht. Dieser Ausspruch ist im Kontext mit der bisherigen Rechtsprechung zu lesen, die die Haftung nach § 1409 ABGB nur insoweit entfallen lässt, als der Kaufpreis vom Veräußerer tatsächlich für die Befriedigung seiner Gläubiger verwendet wurde bzw ist die Gegenleistung des Erwerbers haftungsbeschränkend dann zu berücksichtigen, wenn diese den Altgläubigern des Veräußerers die gleiche Sicherheit und die gleiche Möglichkeit der Befriedigung wie das Übertragen von Vermögen bietet.<sup>61)</sup> Damit stellt das Gericht jedoch nur klar, dass ein treuhändiger Erlag nur dann unmittelbar die Befriedigung der Gläubiger und damit die gleiche Sicherheit und gleiche Möglichkeit der Befriedigung bewirkt, wenn sichergestellt wird, dass der Treuhandfonds ausschließlich den Altgläubigern der Verkäuferin zur Verfügung steht (und nicht für Neugläubiger oder Ansprüche sonstiger Dritter verwendet wird).<sup>62)</sup>

#### 5. Zusammenfassung

Für Altverbindlichkeiten des Veräußerers ist sowohl ein genereller als auch ein individueller Haftungsausschluss gemäß § 38 Abs 4 UGB zulässig. Nur im letzteren Fall verlangt der Oberste Gerichtshof bei der Kundmachung im Firmenbuch oder durch verkehrsübliche Bekanntmachung (sowie bei einer nicht individuellen in Bezug auf den konkreten Gläubiger formulierten Mitteilung) eine genaue Individualisierung oder zumindest die Angabe genauerer Zuordnungskriterien für die von der Haftung erfassten und nicht erfassten Verbindlichkeiten. In der Praxis empfiehlt sich die Aufnahme eines entsprechenden Verzeichnisses in die Urkundensammlung. Bei einem generellen Haftungsausschluss sind keine weite-

55) OGH 1/12/1999, 9 Ob 254/99f.

56) OGH 13/9/2001, 8 Ob 51/01k.

57) OGH 23/2/2010, eccolex 2010, 660.

58) *Riedler*, ÖBA 2011, 53 mit Hinweis auf *Wagner*, Haftung 137 f und *Heidinger* in *Schwimm* § 1409 ABGB Rz 14.

59) OGH 1/12/1999, 9 Ob 254/99f.

60) *AA Bruggen*, NZ 2015/72.

61) OGH 26/2/2015, 8 Ob 2 15z mit Hinweis auf RS 0033123; *Neumayr* in *Koziol*, Bydliński/Bollenberger, KBB<sup>1</sup> § 1409, 1409a ABGB, Rz 1.

62) *Fellner/Lutki*, A special IFLR supplement, November 2009/9, 10; *Fellner/Schweiger/Wiederbauer/Winkler*, Unternehmenserwerb 117 mwN.

ren Individualisierungen im Firmenbuch notwendig.

Im Regelungsregime des § 1409 ABGB ist die Haftungsgrenze des Erwerbers anhand des Nettoaktivvermögens, i.e. Aktiva abzüglich Verbindlichkeiten, zu berechnen.

## Literaturverzeichnis

*Althuber / Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence (2010).

*Baumbach / Hopt*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch<sup>36</sup> (2014).

*Brugger*, Erwerberhaftung nach § 38 UGB und § 1409 ABGB, NZ 2015/72.

*Chini / Oppitz*, Bankwesengesetz Kommentar (2011).

*Dellinger*, Bankwesengesetz Kommentar<sup>7</sup> (2012).

*Ebenroth / Boujong / Joost / Strohn*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch<sup>2</sup> (2009).

*Fellner / Luiki*, Distressed M&A on the rise, A special IFLR supplement, November 2009/9, www.iflr.com.

*Fellner / Schweiger / Wiedenbauer / Winkler*, Unternehmenserwerb in Österreich (2000).

*Foglar-Deinhardstein*, Ergänzungskapital und Bad Bank, ecolex 2015, 636.

*Henssler / Strohn*, Kommentar zum Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2014).

*Hüffer*, Großkommentar zum Handelsgesetzbuch<sup>4</sup> (2002).

*Jabornegg / Artmann*, Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch<sup>2</sup> (2010).

*Jennwein*, Vereinbarung über den Ausschluss der Erwerberhaftung gemäß § 38 Abs 4 UGB, GeS 2012.

*Kalss*, Ausgewählte Fragen der Haftung der sonstigen Gesellschaften gemäß § 15 SpaltG, wbl 2003, 49.

*Kalss*, Verschmelzung-Spaltung-Umwandlung<sup>2</sup> (2010).

*Koziol / Bydlinski / Bollenberger*, ABGB Kurzkomentar<sup>1</sup> (2014).

*Leb*, Zur Bekanntmachung des Haftungsausschlusses im Firmenbuch, GeS 2008, 312.

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch<sup>3</sup> (2010).

*Polster-Grüll / Zöchling / Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions (2007).

*Riedler*, Der Vermögens- und Unternehmensbegriff des § 1409 ABGB, Teil I, JBl 1992, 563.

*Riedler*, Die Haftung bei Übergang eines Unternehmens oder Betriebs, JBl 1997, 813.

*Riedler*, Liegenschaftsübergabe mit Wohnrecht der Veräußerer – Erwerber-

haftung nach § 1409 ABGB? ÖBA 2011, 53.

*Rüffler / Told*, Übergang eines Bankbetriebs und Ausschluss der Haftung für einen Teil der Verbindlichkeiten, GES 2014, 494.

*Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> (2002).

*Schwimmann*, ABGB Praxiskommentar<sup>3</sup> (2006).

*Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar<sup>2</sup> (2012).

*Staub*, Großkommentar zum HGB<sup>4</sup>, Band 1 (1995).

*Straube*, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch, Band I<sup>4</sup> (2011).

*Torggler*, Unternehmensgesetzbuch Kommentar (2013).

*Wagnest*, Die Haftung bei Übergang eines Unternehmens oder Betriebs (1997).

*Waldus / Pohl*, Schriften zur Entwicklung des Privatrechtssystems, Band 7 (2010).

*Wenger*, Eintragung eines Haftungsausschlusses beim Unternehmenserwerb im Firmenbuch, RWZ 2012, 37.

*Wenger*, Asset Deal – Haftung nach § 38 UGB und § 1409 ABGB, RWZ 2015, 138.

*Zib / Dellinger*, Unternehmensgesetzbuch Kommentar (2013).