

1 Einleitung

1.1 Problemstellung

Wie bei jedem anderen Kauf kann es auch beim Asset Deal oder Share Deal zu einer Abweichung des Geleisteten vom Geschuldeten kommen. Man denke beispielsweise an funktionsuntüchtige Maschinen, an unvollständige Lagerbestände oder an kontaminierte Betriebsgrundstücke. Liegt eine Schlechtleistung des Veräußerers vor, so ist mangels abweichender Parteienvereinbarung grundsätzlich auch bei Unternehmenskäufen das gesetzliche Gewährleistungsrecht der §§ 922 ff ABGB¹ anzuwenden. Da die Bestimmungen auf den Erwerb von „Einzelsachen“ ausgerichtet sind,² ergeben sich in dieser Hinsicht jedoch diverse Rechtsprobleme. *Wilhelm* bezeichnet die Anwendung der gesetzlichen Gewährleistungsregeln auf den Unternehmenskauf sogar als „Ratespiel“.³

Im Schrifttum wird zwar auf diverse Rechtsfragen hingewiesen. Eine Lösung zu den Auslegungsproblemen der §§ 922 ff ABGB bietet die Lehre jedoch vielfach mit Verweis auf vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten nicht.⁴ Da das gesetzliche Gewährleistungsrecht im Hinblick auf den Unternehmenskauf häufig als ungeeignet empfunden wird,⁵ sei es nach diversen Ansichten empfehlenswert, abweichende Regelungen zu treffen.⁶

Obwohl die Parteien einer Unternehmenstransaktion tatsächlich häufig von den dispositiven Regeln abweichen,⁷ ist die Klärung der wesentlichen Rechtsfragen in Bezug auf die Anwendung des gesetzlichen Gewährleistungsrechtes jedoch auch für

1 GS 1811/946 idF BGBl I 2018/100.

2 *I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 1.

3 *Wilhelm*, *ecolex* 2005, 741.

4 So zB *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 354 f.

5 Siehe nur *Wilhelm*, *ecolex* 2005, 741; *Karollus-Bruner*, *ecolex* 2007, 827; *Röper*, *GesRZ* 2009, 136; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Wiesinger in Mittendorfer*, Unternehmenskauf (2012) 336; *Thierrichter*, *RdW* 2012, 319; *Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 36.

6 So etwa im Hinblick auf die Gewährleistungsbefehle *I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 46; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Wiesinger in Mittendorfer*, Unternehmenskauf (2012) 348; *Karollus-Bruner*, *ecolex* 2007, 829. Ähnlich in Bezug auf die Vermutung des § 924 ABGB *Egermann/Winkler*, *RdW* 2002, 199.

7 Siehe nur *Duursma/Duursma-Kepplinger/Wiesinger in Mittendorfer*, Unternehmenskauf (2012) 336; *Brugger*, *ecolex* 2008, 803; *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 353 ff. Speziell im Hinblick auf die Gewährleistungsbefehle vgl *Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 37; *J. Reich-Rohrwig in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 97, 112 und 140; *Thierrichter*, *RdW* 2012, 319 und 324; *Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, *Mergers & Acquisitions* (2007) 492; *Karollus-Bruner*, *ecolex* 2007, 827.

die Praxis von größter Bedeutung. Wie *I. Welser/Siegiwart* betonen, fehle nämlich oft „ein allgemeines Problembewusstsein dafür, welche Regeln eingreifen, wenn die Parteien nichts Besonderes vereinbaren oder wenn der Vertrag die Rechtsfolgen von Abweichungen des Kaufgegenstandes nicht vollständig regelt.“⁸

Eine lückenhafte Parteienvereinbarung erscheint speziell bei Veräußerungen von Anteilen mit relativ geringem Wert oder Transaktionen innerhalb von Familienverbänden⁹ denkbar, weil hier gewährleistungsrechtlich relevante Fragen wohl auch aus Kostengründen nicht immer bis ins letzte Detail vertraglich geregelt werden.¹⁰ Das Problem unvollständiger Gewährleistungsregelungen ist aber offenbar keineswegs auf derartige Fälle beschränkt. Wie nämlich *J. Reich-Rohrwig* betont, seien die vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien schon ganz allgemein „häufig rudimentär oder zu wenig durchdacht“¹¹.

Darüber hinaus besteht sogar bei Vorliegen eines umfassenden Vertragswerkes die Gefahr, dass die getroffenen Regelungen am Ende unwirksam sind und daher letztlich doch wiederum auf das gesetzliche Gewährleistungsrecht zurückgegriffen werden muss.¹² So kann etwa ein Ausschluss der gewährleistungsrechtlichen Haftung in Bezug auf Mängel, welche eine grobe Äquivalenzstörung auslösen, sittenwidrig iSd § 879 ABGB sein.¹³ Daneben ist jedoch auch an einen möglichen Verstoß gegen die (relativ) zwingenden Bestimmungen des KSchG¹⁴ zu denken. Selbst bei einem Asset Deal oder einem Share Deal ist es nämlich keinesfalls ausgeschlossen, dass letztlich ein Verbrauchergeschäft vorliegt.¹⁵ Ist dies der Fall, so dürfen die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers gem § 9 Abs 1 KSchG grundsätzlich weder ausgeschlossen

8 *I. Welser/Siegiwart*, ZUS 2011, 62.

9 Falls eine Gegenleistung und somit Entgeltlichkeit vorliegt, ist das Gewährleistungsrecht grundsätzlich anwendbar – auch wenn dies den Parteien vielleicht oft gar nicht bewusst ist. Zur praktischen Bedeutung der Weitergabe von Unternehmen innerhalb von Familien vgl *Gassner/Kusternigg*, ZUS 2011, 3 mwN.

10 Vgl auch *Gassner/Kusternigg*, ZUS 2011, 5, wonach der Gewährleistungskatalog bei Übergaben von Gesellschaftsanteilen an Familienangehörige oder an im Betrieb tätige Personen aufgrund der guten Kenntnis des Unternehmens meist eher kurz gehalten sein werde.

11 *J. Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 101, welcher außerdem darauf hinweist, dass die getroffenen Regelungen „wohl auch nicht alle denkbaren Konstellationen vorhersehen und sachgerecht regeln“ können.

12 Vgl *Duursma/Duursma-Kepplinger/Wiesinger* in *Mittendorfer*, Unternehmenskauf (2012) 336. Siehe auch *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 361, welche hervorheben, dass die Zulässigkeit von Gewährleistungsbeschränkungen und -ausschlüssen durch zwingendes Recht eingeschränkt ist.

13 *Thierrichter*, RdW 2012, 324 mwN. Zur möglichen Sittenwidrigkeit von Gewährleistungsbeschränkungen vgl auch *J. Reich-Rohrwig* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 112; *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 67; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Wiesinger* in *Mittendorfer*, Unternehmenskauf (2012) 351 f; *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 357 f.

14 BGBl 1979/140 i d F BGBl I 2018/58.

15 Siehe Kap 2.4.

noch eingeschränkt werden.¹⁶ Somit besteht nicht nur ein theoretisches, sondern auch ein praktisches Interesse an einer tiefergehenden Untersuchung des gesetzlichen Gewährleistungsrechtes im Hinblick auf den Unternehmenskauf. Dies gilt insb auch vor dem Hintergrund, dass umfassende wissenschaftliche Untersuchungen großteils aus der Zeit vor dem Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz 2001 (GewRÄG 2001)¹⁷ stammen¹⁸ und sich in der Zwischenzeit auch durch die geänderte Rechtslage¹⁹ weitere, neue Rechtsfragen ergeben haben.²⁰ In der jüngeren Literatur werden jedoch meist nur Teilaspekte behandelt – mit Ergebnissen, die, wie im Folgenden gezeigt wird, einer kritischen Gesamtbetrachtung bedürfen.

1.2 Gegenstand und Gang der Untersuchung

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es daher, die wesentlichen Rechtsprobleme zu klären, welche sich bei der Anwendung der §§ 922 ff bzw 1397 ff ABGB auf den Asset Deal und Share Deal²¹ ergeben. Soweit möglich, sollen die auszuarbeitenden Lösungsansätze hierbei einen grundsätzlichen Gleichklang zwischen den beiden Erwerbsformen sicherstellen. Der Share Deal ist letztendlich ja nur eine durch das Gesellschaftsrecht eröffnete Möglichkeit, sich durch den Erwerb eines Anteiles an einer unternehmenstragenden Gesellschaft²² indirekt an einem Unternehmen zu beteiligen, weswegen Differenzierungen *bei der gewährleistungsrechtlichen Behandlung* nach der hier vertretenen Ansicht sachlich begründet werden müssten.²³

Kein Ziel ist es dabei, alle in diesem Zusammenhang denkbaren Konstellationen und Sonderprobleme (insb auch aus gesellschaftsrechtlicher Sicht) zu erörtern oder eine vollständige Auflistung sämtlicher Literaturmeinungen zu bieten. Ebenso kein Ziel ist es, gängige Klauselvarianten auf ihre Rechtmäßigkeit zu untersuchen oder

16 Vgl Skarics, GmbH-Gesellschafter (2017) 208 f mwN; I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 22; Thierrichter, RdW 2012, 326; Hofmann/Nowotny, GesRZ 2009, 133.

17 BGBl I 2001/48.

18 Siehe zB Puck, Unternehmenskauf (1996); Stainer, Gewährleistung beim Unternehmenskauf (1993).

19 Für eine Übersicht zu den wichtigsten Änderungen durch das GewRÄG 2001 s etwa R. Welser, ecolex 2001, 422 f; R. Welser/B. Jud, Gewährleistung (2001) Vorbem Rz 26; Faber, Handbuch (2001) 26 f.

20 Vgl etwa Egermann/Winkler, RdW 2002, 197, wonach das GewRÄG 2001 „Neuerungen von erheblicher praktischer Bedeutung“ in Bezug auf den Unternehmenskauf mit sich gebracht habe.

21 Andere Formen des Erwerbes, wie etwa durch die Übertragung im Wege einer erb- oder gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge, bleiben im Folgenden ausgeklammert.

22 Der Erwerb von Genossenschaftsanteilen wird im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt.

23 Vgl auch J. Reich-Rohrwig/Thiery, ecolex 1991, 89, wonach die Austauschbarkeit von Asset Deal und Share Deal grundsätzlich dazu zwingt, beide Erwerbsformen „wegen ihres gleichen wirtschaftlichen Gehaltes rechtlich weitestgehend gleich zu behandeln.“ Eine denkbare Begründung für eine Ungleichbehandlung könnte auf den ersten Blick jedoch etwa im gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip erblickt werden. Siehe dazu Kap 2.1.2 sowie Kap 3.2.1.

vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten zu erläutern.²⁴ Der Fokus soll vielmehr auf der Erarbeitung neuer, grundlegender Lösungsansätze im Hinblick auf die im Folgenden dargestellten, wesentlichen Rechtsprobleme bei der Anwendung des gesetzlichen Gewährleistungsrechtes auf den Unternehmenskauf liegen.

Die Arbeit gliedert sich dabei grundsätzlich in zwei Abschnitte. Im ersten Abschnitt (Grundlagen, Kap 2) soll im Rahmen einer Einführung ein Überblick über die Unterschiede zwischen Asset Deal und Share Deal (Kap 2.1), die im Rahmen dieser Arbeit verfolgte Einteilung denkbarer Mängel (Kap 2.2), die Bedeutung und die Hintergründe der Due Diligence Prüfung in der Praxis (Kap 2.3) sowie die Voraussetzungen für die Einordnung eines Unternehmenskaufes als Verbrauchergeschäft (Kap 2.4) geboten werden. Wie bereits erwähnt, sind bei Vorliegen eines Verbrauchergeschäftes ja die Bestimmungen des KSchG zu beachten, welche die Möglichkeiten zur vertraglichen Abbedingung der gesetzlichen Gewährleistungsregeln erheblich einschränken.

Darauf aufbauend werden im zweiten Abschnitt (Kap 3) die wesentlichen Rechtsprobleme untersucht, welche sich bei der Anwendung des gesetzlichen Gewährleistungsrechtes auf den Unternehmenskauf ergeben. In Bezug auf den Share Deal stellt sich etwa insb die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine gewährleistungsrechtliche Einstandspflicht des Veräußerers für Eigenschaften des Unternehmens überhaupt in Betracht kommt. Kaufgegenstand sei hier nach verschiedenen Ansichten nämlich grundsätzlich bloß das Anteilsrecht und nicht das Unternehmen selbst.²⁵ Formal betrachtet handle es sich bei einem Anteilskauf nur um einen Rechtskauf.²⁶ Wohl auch vor diesem Hintergrund bejaht ein Teil der Lehre eine gewährleistungsrechtliche Haftung des Übergebers nur dann, wenn das Unternehmen als wirtschaftliches Objekt des Anteilskaufes betrachtet werden kann und stellt dabei vor allem auf das Ausmaß der erworbenen Anteile ab.²⁷ Wie sich zeigen wird, ist ein derartiger Ansatz jedoch verfehlt (Kap 3.2.1).

Eine weitere Forschungsfrage im Zusammenhang mit dem Share Deal ergibt sich aus der Anwendung der Sondervorschriften der §§ 1397 ff ABGB. Grundsätzlich sind die speziellen Gewährleistungsbestimmungen für den entgeltlichen Forderungserwerb laut Rechtsprechung zwar zu berücksichtigen.²⁸ Fraglich ist nach diversen

24 Hierzu liegt bereits eine Wiener Dissertation aus jüngerer Zeit vor. Siehe *Wittmann*, Vertragliche Gewährleistungsregelungen beim Unternehmenskauf (2011).

25 *Wilhelm*, RdW 1985, 266; *Löber*, AnwBl 1992, 527; *Torggler/Hofmann* in *Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe*, Kauf und Verkauf von Unternehmungen (1993) 69; *Puck*, *ecolex* 1995, 247.

26 Siehe zB OGH 30. 3. 2000, 2 Ob 68/00i; OGH 17. 12. 2012, 5 Ob 136/12d; *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 22 mwN; *Kepplinger/Duursma*, ZfRV 2001, 90; *J. Reich-Rohrwig* in *Hanzel/Wunderbaldinger*, *Mergers & Acquisitions* (1993) 289; *J. Reich-Rohrwig/Thiery*, *ecolex* 1991, 89.

27 Siehe nur *Hasenauer/Pracht* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 22 f mwN; *Walch*, NZ 2013, 174 f; *I. Welser/Sieglwart*, ZUS 2011, 63.

28 Vgl etwa OGH 17. 12. 2012, 5 Ob 136/12d; OGH 30. 3. 2000, 2 Ob 68/00i; OGH 6. 9. 1990, 6 Ob 564/90.

Ansichten in der Literatur jedoch, ob dies auch für die Haftungsbeschränkung des § 1397 S 2 ABGB gilt (Kap 3.2.2).²⁹

Sowohl im Hinblick auf den Share Deal als auch in Bezug auf den Asset Deal gilt es anschließend zu klären, unter welchen Voraussetzungen die Beschaffenheit von einzelnen Unternehmensbestandteilen überhaupt einen Unternehmensmangel auslösen kann (Kap 3.3). Teile der Lehre gehen nämlich davon aus, dass nicht jeder „Mangel“ einer zum Unternehmen gehörenden Sache automatisch auch einen Mangel des Unternehmens darstellt.³⁰

Ein weiteres, zentrales Rechtsproblem besteht daneben in Bezug auf die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften. Aufgrund der Einzigartigkeit von Unternehmen wird in der Literatur zT die Meinung vertreten, dass diese mangels Vergleichbarkeit überhaupt keine gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften haben können.³¹ Es gilt daher anschließend zu klären, ob das Vorliegen von gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften beim Unternehmenskauf überhaupt denkbar ist und falls ja, wie diese zu ermitteln sind (Kap 3.4.1). Vor dem Hintergrund der praktischen Bedeutung einer Due Diligence Prüfung³² soll darauf aufbauend erläutert werden, welche Auswirkungen die Offenlegung bzw Untersuchung von Informationen auf das vom Übergeber Geschuldete haben kann (Kap 3.4.2).

Nach einer kurzen Erläuterung des maßgeblichen Zeitpunktes für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit beim Asset Deal und Share Deal (Kap 3.5) sowie der Beantwortung der Frage, ob – bzw unter welchen Voraussetzungen – die gesetzliche Vermutung des § 924 S 2 ABGB grundsätzlich auch beim Unternehmenskauf anzuwenden ist (Kap 3.6), soll ein weiterer Schwerpunkt der Untersuchung auf Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Gewährleistungsbehelfen liegen (Kap 3.7). Dies gilt vor allem angesichts des Umstandes, dass das gesetzliche System von verschiedenen Stimmen in der Literatur im Zusammenhang mit dem Unternehmenskauf als ungeeignet erachtet wird.³³ Im Anschluss werden auf Basis einer tiefergehenden Untersuchung neue Ansätze im Hinblick auf die Länge und den Beginn der Gewährleistungsfristen vorgestellt (Kap 3.8) und eine mögliche Anwendbarkeit der unternehmerischen Mängelrüge erörtert (Kap 3.9). Abschließend erfolgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (Kap 4).

29 Auf dieses Problem hinweisend zB *I. Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 8; *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ (2011) § 1397 Rz 22; *Parschalk/Wahl*, wbl 2003, 354; *Puck*, Unternehmenskauf (1996) 23.

30 Vgl etwa *Stainer*, Gewährleistung beim Unternehmenskauf (1993) 45; *Puck*, Unternehmenskauf (1996) 49 ff; *Kogler*, ecolex 2010, 241 f; *I. Welser/Siegwart*, ZUS 2011, 62.

31 *Oberlechner*, ecolex 2006, 631.

32 Siehe dazu Kap 2.3.

33 Siehe bereits Kap 1.1.

2 Grundlagen

2.1 Unterschiedliche Kaufvarianten

Grundsätzlich bestehen mit dem Asset Deal (Unternehmenskauf iS) und dem Share Deal (Anteilskauf³⁴, Beteiligungskauf³⁵, Unternehmenskauf iW³⁶) zwei verschiedene Varianten des Unternehmenskaufes.³⁷ Während der Käufer beim Asset Deal das Unternehmen³⁸ selbst erwirbt, werden beim Share Deal Anteile an jener Gesellschaft veräußert, welche das Unternehmen betreibt.³⁹ Anzumerken ist an dieser Stelle, dass der Begriff des Unternehmenskaufes im Rahmen dieser Arbeit als übergeordneter Begriff für beide Varianten verwendet wird.⁴⁰ Dies gilt beim Anteilskauf rein terminologisch unabhängig vom Ausmaß der veräußerten Anteile,⁴¹ weil der Anteil an einer Gesellschaft aus wirtschaftlicher Sicht in gewisser Weise auch einen Anteil am dahinterstehenden Unternehmen vermittelt. Wohl auch in diesem Sinne geht der OGH davon aus, dass Aktien nicht nur einen Anteil an der Gesellschaft, sondern auch an dem von ihr betriebenen Unternehmen verkörpern.⁴² Im Folgenden soll nun ein kurzer Überblick über beide Formen geboten werden.

34 Torggler/Hofmann in Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe, Kauf und Verkauf von Unternehmen (1993) 69.

35 J. Reich-Rohrwig/Thiery, ecolex 1991, 89.

36 I. Welser/Siegwart, ZUS 2011, 62; Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 90.

37 Vgl. Mittendorfer/Duursma in Mittendorfer, Unternehmenskauf (2012) 141, 180, wonach sich letztlich „sämtliche Gestaltungsvarianten einer M&A-Transaktion auf die Grundformen Asset Deal und Share Deal zurückführen“ lassen würden. Siehe auch I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 2; OGH 29. 11. 2007, 2 Ob 134/07 f.

38 Allgemein wird ein Unternehmen als organisierte Erwerbsgelegenheit, bestehend aus körperlichen und unkörperlichen Sachen, betrachtet. Vgl. etwa Mittendorfer in Mittendorfer, Unternehmenskauf (2012) 28 f.; Hofmann in Schwimann/Kodek, ABGB Praxis-kommentar II⁴ (2012) § 302 Rz 3 f.; Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2017) § 1053 Rz 7; Lukas in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,01} (2015) § 1409 Rz 13; Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 86. Zu grundsätzlichen Unternehmensbestandteilen vgl. etwa RIS-Justiz RS0004228. Beachte auch § 1 Abs 2 UGB sowie § 1 Abs 2 KSchG, welche ein Unternehmen im Sinne dieser Gesetze als „jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein“, definieren.

39 Vgl. A. Reich-Rohrwig, ecolex 2016, 10; Parschalk/Wahl, wbl 2003, 354; I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 2; Kogler, ecolex 2010, 239; Puck, Unternehmenskauf (1996) 1; OGH 29. 11. 2007, 2 Ob 134/07 f.

40 So etwa auch Löber, AnwBl 1992, 525.

41 Ebenfalls nicht auf das Ausmaß der Anteile abstellend etwa Mittendorfer/Duursma in Mittendorfer, Unternehmenskauf (2012) 175; Brogyanyi in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 66; Hofmann/Nowotny, GesRZ 2009, 132; Fellner in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Mergers & Acquisitions (2007) 448.

42 Vgl. OGH 5. 7. 2011, 4 Ob 44/11 s. Näheres zu dieser Entscheidung in Kap 3.2.1.3.2. Zur „wirtschaftlichen Eigentümerstellung“ der Aktionäre in Bezug auf das Gesellschaftsver-

2.1.1 Asset Deal

Der Asset Deal zielt auf den Erwerb des Unternehmens als solches ab.⁴³ Dies soll durch Übertragung der unternehmensbezogenen Vermögenswerte erfolgen.⁴⁴ Der Erwerber, welcher regelmäßig auch die Verbindlichkeiten übernimmt,⁴⁵ wird so zum neuen Unternehmensträger.⁴⁶ Anzumerken ist hierbei, dass ein Unternehmen als Gesamtsache⁴⁷ zwar Gegenstand eines einheitlichen Verpflichtungsgeschäftes sein kann. Eine sachenrechtliche Übertragung in einem einzigen Rechtsakt ist jedoch nicht möglich.⁴⁸ In Bezug auf die einzelnen Unternehmensbestandteile ist daher der jeweils erforderliche Modus einzuhalten.⁴⁹

Hierin liegt auch der große Nachteil des Asset Deals – vor allem, wenn man bedenkt, wie vielfältig sich das Vermögen eines Unternehmens zusammensetzen kann. In diesem Zusammenhang gilt es außerdem zu bedenken, dass die Übernahme von Verbindlichkeiten und Vertragsbeziehungen regelmäßig die Zustimmung (bzw den fehlenden Widerspruch⁵⁰) eines Dritten erfordert.⁵¹ Schwierigkeiten können sich daneben etwa auch aus der Überleitung von öffentlich-rechtlichen Bewilligungen ergeben.⁵² Die Ermöglichung des Überganges von Rechtspositionen auf den Erwerber stellt sich daher beim Unternehmenskauf ieS uU insgesamt als durchaus komplex dar.⁵³

Als großer Vorteil des Unternehmenskaufes ieS wird in der Literatur demgegenüber angeführt, dass es dem Käufer auf diesem Wege offen stehe, auch nur Teile eines Unternehmens zu erwerben. Verbindlichkeiten, Altlasten oder unprofitable Unternehmensteile könnten durch die Wahl des Asset Deals als Erwerbsart ganz einfach „zurückgelassen“ werden.⁵⁴ Für den Erwerber sei ein Unternehmenskauf ieS daher

mögen vgl auch Artmann/Karollus in Artmann/Karollus, AktG I⁶ (2018) § 1 Rz 17; Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht (2017) Rz 549.

43 Parschalk/Wahl, wbl 2003, 354.

44 Gassner/Kusternigg, ZUS 2011, 4f.

45 Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 86.

46 Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 86. Vgl auch I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 2; OGH 29. 11. 2007, 2 Ob 134/07 f.

47 Siehe nur Hofmann in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar II⁴ (2012) § 302 Rz 3 f; Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 8 mwN. Ablehnend Wilhelm, ecolex 2005, 741.

48 J. Reich-Rohrwig, ecolex 1990, 141 mwN; Fritz, SWK 2005, W 173.

49 Mittendorfer in Mittendorfer, Unternehmenskauf (2012) 31 f; Hofmann/Nowotny, GesRZ 2009, 130 mwN; Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 86. Siehe auch Wittmann, Vertragliche Gewährleistungsregelungen beim Unternehmenskauf (2011) 13; Fellner in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Mergers & Acquisitions (2007) 439 f.

50 Siehe nur § 38 UGB.

51 Mittendorfer/Duursma in Mittendorfer, Unternehmenskauf (2012) 142 ff; Trettnak/I. Welser, ZIK 2011, 126; J. Reich-Rohrwig, ecolex 1990, 142; Fritz, SWK 2005, W 173.

52 J. Reich-Rohrwig, ecolex 1990, 141.

53 Brauneis, M&A Review 2012, 253.

54 Gassner/Kusternigg, ZUS 2011, 5.

vor allem dann interessant, wenn er nur ausgewählte Vermögenswerte übernehmen möchte.⁵⁵

Dies wirft jedoch die Frage auf, wie viele Unternehmensbestandteile vom Kauf umfasst sein müssen, um diesen als Unternehmenskauf iS § qualifizieren zu können. Während etwa *I. Welser/Siegwart* für die Annahme eines Asset Deals eine Veräußerung *aller* unternehmenszugehörigen Vermögenswerte voraussetzen,⁵⁶ geht *Aigner* davon aus, dass auch ein Verkauf der wesentlichen Bestandteile reicht.⁵⁷ Andere Autoren sind demgegenüber offenbar – wie bereits erwähnt – der Ansicht, dass auch die Veräußerung bloß ausgewählter Unternehmensbestandteile genügt.⁵⁸

Letztendlich wird die Beantwortung der Frage jedoch vor allem auch davon abhängen, vor welchem Hintergrund man diese stellt. Eine Abgrenzung zwischen einem Unternehmenskauf und dem bloßen Erwerb von Einzelsachen kann nämlich nicht nur in Bezug auf § 1409 ABGB oder § 38 UGB⁵⁹ entscheidend sein, sondern vor allem auch im Hinblick auf das Gewährleistungsrecht – so etwa bei der Frage, ob eine teilweise Wandlung bzw Preisminderung zulässig ist.⁶⁰ Auch hinsichtlich der Frage, ob bei einem Vorliegen von Mängeln eine Rügeobliegenheit des Übernehmers besteht, kann es darauf ankommen, ob ein Unternehmenskauf oder nur bloßer Erwerb von einzelnen Sachen vorliegt.⁶¹ Es erscheint nun jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass für jedes Rechtsproblem eine eigene Abgrenzung vorgenommen werden muss.

Gerade im Hinblick auf das im Rahmen dieser Arbeit im Fokus stehende Gewährleistungsrecht, welches die Rechtsfolgen bei einem Abweichen des Geleisteten vom Geschuldeten regelt, wird es richtigerweise wohl vor allem auf den Parteiwillen ankommen. Als Asset Deal gelten daher im Folgenden all jene Fälle, in denen sich der Parteiwille auf den Erwerb eines Unternehmens als Organisationseinheit richtet und nicht bloß ein Kaufvertrag über einzelne Sachen abgeschlossen werden soll.⁶² Sind alle charakteristischen Bestandteile eines bestimmten Unternehmens vom Vertrag erfasst, so ist mangels abweichender Anhaltspunkte wohl von einem derartigen Wil-

55 *Trettnak/I. Welser*, ZIK 2011, 126; *Brauneis*, M&A Review 2012, 253.

56 *I. Welser/Siegwart* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 2.

57 *Aigner*, *ecollex* 2007, 16. Ähnlich wohl auch *Mittendorfer/Duursma* in *Mittendorfer*, Unternehmenskauf (2012) 142, welche im Zusammenhang mit dem Asset Deal vom Verkauf der „das Unternehmen bestimmenden Wirtschaftsgüter“ sprechen.

58 So wohl etwa *Brauneis*, M&A Review 2012, 253. In diese Richtung wohl auch *Brogyanyi* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 67.

59 dRGBI 1897, 219 idF BGBl I 2018/58.

60 Vgl dazu Kap 3.7.2.2.1.

61 Zu diesem Problem vgl Kap 3.9.

62 Vgl auch OGH 20. 3. 2002, 3 Ob 290/01 w.

len auszugehen. Insofern können sich letztendlich durchaus Parallelen zu § 1409 ABGB⁶³ bzw § 38 UGB⁶⁴ ergeben.⁶⁵

2.1.2 Share Deal

Ein Share Deal liegt nun demgegenüber vor, wenn nicht das Unternehmen an sich, sondern eine Beteiligung an einer Gesellschaft, welche Rechtsträger eines Unternehmens ist, veräußert wird.⁶⁶ Es erfolgt hier also keine Änderung des Rechtsträgers, sondern bloß ein Gesellschafterwechsel.⁶⁷ Veräußerer ist ein bisheriger Gesellschafter des Unternehmensträgers.⁶⁸ Ein Share Deal setzt daher zwangsläufig voraus, dass es überhaupt Anteile am Unternehmensträger gibt, welche übertragen werden können. Dies ist etwa bei einem Einzelunternehmen, bei welchem der Unternehmensträger stets eine natürliche Person ist, oder bei einem Verein nicht der Fall.⁶⁹ Grundsätzlich denkbar ist ein Anteilskauf jedoch sowohl bei Kapital- als auch bei Personengesellschaften.⁷⁰

Da bei einem Share Deal nur die Anteile, nicht jedoch sämtliche Vermögenswerte des Unternehmens einzeln übertragen werden müssen, bereitet die sachenrechtliche Abwicklung hier im Vergleich zum Asset Deal kaum Schwierigkeiten.⁷¹ Des Weiteren gilt die Kontinuität des Rechtsträgers insofern als Vorteil des Anteilskaufes, als grundsätzlich sowohl öffentlich-rechtliche Genehmigungen als auch Vertragsverhältnisse mit Dritten unberührt bleiben.⁷² Gerade darin ist uU jedoch auch ein Nachteil zu erblicken: Nachteilige Rechtsbeziehungen können beim Share Deal

63 Vgl OGH 13. 4. 2000, 6 Ob 34/00v, wonach die Übertragung des „Unternehmenskerns“ für eine Anwendung des § 1409 ABGB ausreichend sei. Nach Lukas in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} (2015) § 1409 Rz 13 sei in Bezug auf § 1409 ABGB maßgeblich, ob die „wesentlichen Teile“ des Unternehmens übergehen, welche „dessen Substanz und individuellen Charakter ausmachen.“

64 Vgl Dehn in Torggler, UGB³ (2019) § 38 Rz 15 mwN, wonach für eine Anwendung der §§ 38 ff UGB die Fortführung der „Unternehmensidentität“ entscheidend sei. Siehe auch Brauneis, M&A Review 2012, 254.

65 Für eine Heranziehung der Rechtsprechung zu § 1409 ABGB im Zusammenhang mit der Rügeobliegenheit des § 377 UGB I. Welser/Siegwart in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 15.

66 Hofmann/Nowotny, GesRZ 2009, 132.

67 Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Mergers & Acquisitions (2007) 490.

68 Brauneis, M&A Review 2012, 253.

69 Mittendorfer/Duursma in Mittendorfer, Unternehmenskauf (2012) 176. Vgl auch Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 90.

70 Vgl Mittendorfer/Duursma in Mittendorfer, Unternehmenskauf (2012) 176; J. Reich-Rohrwig, eolex 1990, 141. Im Hinblick auf die Möglichkeit des Anteilskaufes bei Personengesellschaften siehe auch OGH 6. 9. 1990, 6 Ob 564/90.

71 Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 90; Gassner/Kusternigg, ZUS 2011, 4.

72 Mittendorfer/Duursma in Mittendorfer, Unternehmenskauf (2012) 179; Wahl in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Mergers & Acquisitions (2007) 490f; Kepplinger/Duursma, ZfRV 2001, 90; J. Reich-Rohrwig, eolex 1990, 141. Zu möglichen Ausnahmen vgl auch Brauneis, M&A Review 2012, 257; Fritz, SWK 2005, W 169.

nämlich nicht einfach „weggelassen“ werden,⁷³ sondern werden aus wirtschaftlicher Sicht grundsätzlich „miterworben“, weswegen das wirtschaftliche Haftungsrisiko für unbekannte Verbindlichkeiten allgemein als höher erachtet wird.⁷⁴

Insgesamt bleibt daher festzuhalten, dass ein Share Deal regelmäßig einfacher und kostengünstiger abzuwickeln ist, während der Vorteil des Unternehmenskaufes i.e.S. vor allem darin liegt, dass sich das wirtschaftliche Haftungsrisiko erheblich reduzieren und der Vertragsgegenstand besser an die Bedürfnisse des Erwerbers anpassen lässt.⁷⁵

Im Zusammenhang mit den Vor- und Nachteilen von Asset Deal sowie Share Deal ebenso zu erwähnen ist die Frage, ob sich beim Kauf von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft aus dem „Trennungsprinzip“ u.U. Besonderheiten im Hinblick auf die gewährleistungsrechtliche Einstandspflicht des Übergebers ergeben könnten. Grundsätzlich ist nämlich zwischen den Rechts- und Vermögenssphären der Kapitalgesellschaft als juristischer Person einerseits und jenen der Gesellschafter andererseits streng zu unterscheiden.⁷⁶ Daraus folgt nicht nur, dass ausschließlich die Gesellschaft als Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens zu betrachten ist,⁷⁷ sondern auch, dass die Gesellschafter hier – im Gegensatz zu den Personengesellschaften⁷⁸ – grundsätzlich nicht für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften.⁷⁹ Vor diesem Hin-

73 Vgl. Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 9.

74 Vgl. Gassner/Kusternigg, ZUS 2011, 4; J. Reich-Rohrwig, ecolex 1990, 141. Zu den bei der Wahl der Erwerbsform zu berücksichtigenden Kriterien vgl. etwa auch Hasenauer/Pracht in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf I² (2015) Rz 6.

75 J. Reich-Rohrwig/Thiery, ecolex 1991, 89; Trettnak/I. Welser, ZIK 2011, 125 f.; Mittendorfer/Duursma in Mittendorfer, Unternehmenskauf (2012) 180. Ein wichtiges Entscheidungskriterium stellen daneben freilich auch die steuerlichen Auswirkungen dar. Die Vorteilhaftigkeit der unterschiedlichen Erwerbsformen muss jedoch gerade hier im Einzelfall beurteilt werden – die Vornahme einer allgemeinen Wertung ist nicht möglich. Vgl. etwa Pucher/Sauer in Mittendorfer, Unternehmenskauf (2012) 257 f. Zur grundsätzlichen Besteuerung beim Asset Deal und Share Deal vgl. etwa Brugger, Unternehmenserwerb (2014) Rz 370 ff.

76 Siehe etwa Artmann/Karollus in Artmann/Karollus, AktG I⁶ (2018) § 1 Rz 48; Straube/Ratka in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG (2014) Einführung Rz 4; Kraus/Torggler in Torggler, GmbHG (2014) § 61 Rz 7.

77 Vgl. Artmann/Karollus in Artmann/Karollus, AktG I⁶ (2018) § 1 Rz 17.

78 Vgl. Artmann/Karollus in Artmann/Karollus, AktG I⁶ (2018) § 48 Rz 2.

79 Vgl. nur Artmann/Karollus in Artmann/Karollus, AktG I⁶ (2018) § 1 Rz 48; Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht (2017) Rz 549; Straube/Ratka in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG (2014) Einführung Rz 4; Kraus/Torggler in Torggler, GmbHG (2014) § 61 Rz 7; Aicher/Kraus in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG (2015) § 61 Rz 47; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 3/3 f. Als Ausgleich für das darin liegende Gefährdungspotenzial für Gläubiger bestehen strenge Anforderungen bezüglich Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung. Siehe dazu etwa Artmann/Karollus in Artmann/Karollus, AktG I⁶ (2018) § 48 Rz 2; Aicher/Kraus in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG (2015) § 61 Rz 47. Eine persönliche Haftung der Gesellschafter ist jedoch auch bei Kapitalgesellschaften nicht in jedem Fall kategorisch ausgeschlossen. Eine solche kann nach rechtsgeschäftlichen und deliktischen Grundsätzen durchaus in Betracht kommen. Vgl. dazu Aicher/Kraus in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG (2015) § 61 Rz 47.