

§ 1409 ABGB und IPR: Probleme des internationalen Unternehmenskaufes

Übersicht

- I. Einleitung
- II. Die IPR-Anknüpfung des § 1409 ABGB
 - A. Der *Schwindsche* Lösungsansatz
 - B. Das IPRG und die neuere Lehre
 - C. Eigene Wertung
 - D. Die Übernahme eines multinationalen Unternehmens
 1. Problemstellung
 2. Lösungsmodelle
 3. Eigene Präferenz
- III. Sonderfragen
 - A. Haftungsgrenze gemäß § 1409 Abs 1 Satz 2 ABGB (Erschöpfungseinrede)
 - B. Haftungsausschluß nach § 1409 a ABGB (ausländisches Verfahren)
- IV. Nicht-rechtsgeschäftliche Vermögens- oder Unternehmensübernahme

I. Einleitung

Übernimmt jemand ein Vermögen oder ein Unternehmen, so ist er den Gläubigern aus den zum Vermögen oder

Unternehmen gehörigen Schulden unmittelbar verpflichtet (§ 1409 Abs 1 ABGB; Haftung *pro viribus*). Ähnliches gilt nach § 419 BGB¹⁾ (Haftung aber *cum viribus*).

Bei einem Unternehmenskaufvertrag mit Auslandsbeziehungen stellt sich die Frage, welche Rechtsordnung nach den Regeln des IPR für die Beurteilung der Übernehmerhaftung anzuwenden ist; diese Frage verschärft sich besonders dann, wenn man bedenkt, daß eine Haftungsnorm wie jene des § 1409 ABGB „eine Spezialität des deutschen und des österreichischen Rechtes“²⁾ ist, aber den anderen großen ausländischen Rechtssystemen fehlt³⁾. Insbesondere kennen das französische⁴⁾, das schweizerische⁵⁾

1) Diese Bestimmung war Vorbild für den durch die III. TN eingeführten § 1409 ABGB; vgl *Honsell* in *Schwimmann* (1987) Rn 1 zu § 1409 ABGB.

2) *Schwind*, FS von Caemmerer (1978) 757.

3) So *Wilburg*, FS Larenz (1973) 670.

4) Gläubiger können nur ihnen nachteilige Rechtshandlungen eines Schuldners bei dessen Benachteiligungsabsicht anfechten, wenn der Erwerber sich der Benachteiligungsabsicht bewußt war (Art 1167 CC; „*action Paulienne*“).

5) Nach schweizerischem Recht (Art 181 OR) haftet der Übernehmer nur, wenn er sich selbst dazu durch Mitteilung an die Gläubiger verpflichtet.

und das englische⁶⁾ Recht keine gesetzliche Übernehmerhaftung⁷⁾.

II. Die IPR-Anknüpfung des § 1409 ABGB

A. Der Schwindsche Lösungsansatz

Offenbar als erster im deutschsprachigen⁸⁾ Raum hat sich *Schwind*⁹⁾ 1978 mit dieser IPR-Frage ausführlich auseinandergesetzt. *Schwind* unterscheidet zunächst die nach dem Vertragsstatut zu beurteilende Wirksamkeit des Titelgeschäftes (Unternehmenskaufvertrag) und die – zumindest nach österr Recht – davon abhängige sachenrechtliche Tradition (Modus) des Vermögens. Da § 1409 ABGB eine Haftung kraft Übernahme normiert, ist eine Anknüpfung der § 1409-Haftung an das schuldrechtliche Titelgeschäft unsachlich; die § 1409-Haftung ergibt sich nämlich nicht aus dem Verpflichtungsgeschäft. Maßgeblich „unter dem Gesichtspunkt der engsten Beziehung“ ist nach *Schwind* vielmehr der (sachenrechtliche) Vermögensübergang, der mit dem „quasideliktischen Tatbestand“¹⁰⁾, daß jemand trotz Schulden sein Vermögen überträgt (und so dem exekutiven Zugriff der Gläubiger entzieht), zusammentrifft. Diese Kombination von Eigentumsübergang und quasideliktischem Vorgang ist aber am ehesten dort zu lokalisieren, wo der Eigentumsübergang an jedem einzelnen Vermögensstück sich vollzieht¹¹⁾.

B. Das IPRG und die neuere Lehre

Das am 1. 1. 1979 in Kraft getretene IPRG¹²⁾ hat zwar in vielerlei Hinsicht das österr IPR geändert. Es enthält jedoch für eine Anknüpfung der § 1409-Haftung keine ausdrückliche Regelung (auch die Gesetzesmaterialien schweigen zu diesem Thema).

§ 37 IPRG knüpft nur einseitig verpflichtende Verträge und schuld begründende einseitige Rechtsgeschäfte nach dem gewöhnlichen Aufenthalt (der Niederlassung) des Schuldners an; die Haftung nach § 1409 ABGB erfließt jedoch nicht aus einem einseitig verpflichtenden Vertrag oder einem einseitigen Rechtsgeschäft des Haftenden mit den Gläubigern des Unternehmensverkäufers. § 37 IPRG ist daher unanwendbar.

Auch § 45 IPRG ist unanwendbar¹³⁾, weil die Haftung nach § 1409 ABGB kein abhängiges „Rechtsgeschäft“ ist, sondern vielmehr – umgekehrt – ein Rechtsgeschäft (Unternehmenskaufvertrag) voraussetzt.

⁶⁾ Gläubiger können nur ihnen nachteilige Rechtshandlungen eines Schuldners, der in der Absicht handelt, seine Gläubiger zu benachteiligen (defraud), anfechten, wenn dem Erwerber diese Schädigungsabsicht des Veräußerers bewußt oder fahrlässig unbewußt war (Section 172 Law of Property Act).

⁷⁾ Ausführlich dazu *N. Meier*, Die Vermögensübernahme nach französischem, englischem, schweizerischem und österreichischem Recht, ZVglRWiss 84 (185) 54.

⁸⁾ Aus diesem Grunde kann auf dt Lit nicht zurückgegriffen werden; neuere dt Lit zum Thema ist dem Autor nicht ersichtlich.

⁹⁾ *Schwind*, FS von Caemmerer (1978) 757 bis 760.

¹⁰⁾ So *Schwind* auch schon kurz im Handbuch des österr IPR (1975) 345.

¹¹⁾ *Schwind*, FS von Caemmerer, 760.

¹²⁾ BGBl 1978/304.

¹³⁾ Ebenso *Schwimann* in Rummel² (1992) ABGB II Rn 3 zu § 45 IPRG.

Judikatur zu dieser Frage fehlt weiterhin¹⁴⁾.

In der Literatur hat sich *Schwimann* unter dem Regime des IPRG dem Lösungsvorschlag *Schwinds* angeschlossen¹⁵⁾. Er formuliert, daß sich der Haftungsübergang bei Vermögensübernahme „nach dem Statut der Vermögensübernahme“ bzw „nach dem für die Vermögensübernahme berufenen Sachrecht“ richte. Da *Schwimann* sich ausdrücklich auf *Schwind* beruft, ist seine Ausführung nicht dahingehend fehlzudeuten, daß er das (auch den Unternehmenskaufvertrag bestimmende) Schuldstatut berufen wollte, sondern richtigerweise im Sinne von *Schwind* dahin zu verstehen, daß das Statut des (für die Vermögensübernahme erforderlichen sachenrechtlichen) Eigentumsübergangs anzuwenden ist.

Weitere Stellungnahmen in der Lehre sind nicht ersichtlich¹⁶⁾.

C. Eigene Wertung

Seit Inkrafttreten des IPRG ist die § 1409-Haftung nach dem Grundsatz der stärksten Beziehung (§ 1 IPRG) anzuknüpfen. § 1409 ABGB¹⁷⁾ und ebenso § 419 BGB¹⁸⁾ knüpfen die Haftung an den Sachübergang¹⁹⁾; durch diesen wird den Gläubigern auch die Befriedigungsmöglichkeit entzogen. Die Argumente von *Schwind*, der sich auf den „Gesichtspunkt der engsten Beziehung“ berief, können daher weiterhin Geltung beanspruchen. Sie sind mit § 1 Abs 1 IPRG – Grundsatz der stärksten Beziehung²⁰⁾ – gut zu vereinbaren.

Zusätzlich könnte auf dem Boden des IPRG auch mit folgender Parallele argumentiert werden: Da nach § 1409

¹⁴⁾ Der OGH hat (vor Inkrafttreten des IPRG) in der E JBl 1971, 259, in der die gesetzliche Haftung nach § 1409 ABGB entscheidungsrelevant war, diese nicht nach IPR beurteilt, sondern das IPR-Problem schlicht übergangen; idS vgl auch die kritische Anmerkung aaO FN 1.

¹⁵⁾ *Schwimann*, Grundriß des Internationalen Privatrechts (1982) 146. Ebenso *Schwimann* in Rummel (1984) ABGB II Rn 1 zu § 45 IPRG (unter ausdr Berufung auf *Schwind*); in Rummel² (1992) ABGB II Rn 3 zu § 45 IPRG fehlt der Hinweis auf *Schwind*.

¹⁶⁾ Insbesondere erwähnen *Duchek/Schwind*, Internationales Privatrecht (1979), und *Schwind*, Internationales Privatrecht (1990), dieses Problem nicht.

¹⁷⁾ Weder der Abschluß des Titelgeschäftes noch der Zeitpunkt des rechtsgeschäftlich festgelegten Übergangs von Gefahr und Nutzen oder die Besitzerräumung bewirken bereits den gesetzlichen Schuldbeitritt; so die überw Rspr: EvBl 1979/93 = JBl 1980, 95 = SZ 52/12 = HS 10.095; EvBl 1981/160 = NZ 1982, 156 = SZ 54/67; abw die ältere Rspr: JBl 1971, 134 – außerbüchliches Eigentum – (krit *Bydlinski*) = SZ 43/163 = HS 7044 sowie EvBl 1979/239.

¹⁸⁾ Maßgeblich für die Haftung nach § 419 BGB ist der Rechtsübergang durch Übereignung und (oder) Abtretung (BGHZ 54, 103), auch wenn in zeitlicher Hinsicht der Schuldbeitritt auf den Zeitpunkt des Abschlusses des obligatorischen Vertragsabschlusses rückbezogen wird; *Heinrichs* in Palandt⁴⁷ Anm 4a zu § 419 BGB; BGH DB 1985, 1130 = ZIP 1985, 356; kritisch dazu *Holzappel/Pöllath*, Recht und Praxis des Unternehmenskaufs⁵ (1992) Rn 556.

¹⁹⁾ Dies entspricht auch der überwiegenden Judikatur: Die Übergabe und (als deren Gegenstück) die Übernahme ergeben zusammen das „Veräußerungsgeschäft“ iSd § 1409 ABGB; JBl 1971, 134 = SZ 43/163; SZ 44/170; EvBl 1979/93 = JBl 1980, 95 = SZ 52/12 = HS 10.095.

²⁰⁾ Der in § 1 Abs 1 IPRG normierte Grundsatz der stärksten Beziehung hat einen etwas breiteren Inhalt als der klassische von *Schwind* verwendete Begriff der engsten Beziehung; vgl *Schwimann*, Grundriß des Internationalen Privatrechts (1982) 55 f mwN.

ABGB zum Schutz der Gläubiger ein Vermögen als Haftungsfonds nicht sanktionslos an Dritte übertragbar sein soll, wenn der Dritte die Schulden „kannte oder kennen mußte“, dann ist diese Haftungsnorm mE durchaus einer schadenersatzrechtlichen Haftungsnorm vergleichbar; § 48 Abs 1 Satz 1 IPRG knüpft an den Ort des den Schaden verursachenden Verhaltens an, welches im Bereich von § 1409 ABGB dort anzusiedeln wäre, wo das Vermögen in sachenrechtlich wirksamer Weise übertragen wird. Es zeigt sich, daß das Ergebnis des *Schwindschen* Lösungsansatzes²¹⁾ daher auch mit der gesetzlichen Wertung des § 48 Abs 1 Satz 1 IPRG übereinstimmt.

Auch ein kurzer historischer Exkurs und ein Blick auf den Regelungszweck des § 1409 ABGB zeigen eine weitere Parallele und bestätigen dieses Ergebnis: Der heutige § 1409 Abs 1 und 3 ABGB ist erst durch § 186 der III. TN²²⁾ in das ABGB²³⁾ eingeführt worden²⁴⁾. Die III. TN nahm dabei als Vorbild sowohl § 419 BGB²⁵⁾ als auch – ausgehend von einer Enquete und Umfrage 1911 – den ungarischen Gesetzesartikel 57/1908²⁶⁾. Die Einführung des § 1409 ABGB²⁷⁾ scheint daher Wurzeln bereits in einer Zeit zu haben, als weder die AnfO noch die KO erlassen²⁸⁾ waren und bevor es noch (oder etwa gleichzeitig als es) – seit etwa Ende 1911²⁹⁾ – Bestrebungen gab, das der AnfO vorangegangene und wirkungslose Anfechtungsgesetz³⁰⁾ zu reformieren³¹⁾. Bei der Gesetzwerdung³²⁾ des § 186 III. TN (§ 1409 Abs 1 ABGB) scheinen zwei Grundgedanken³³⁾ zusammengeslossen zu sein: einerseits der deutschrechtliche Gedanke³⁴⁾, daß Schulden eigentlich Lasten des Vermögens sind, damit untrennbar verbunden sind und daher bei dessen Übergang automatisch auch mit übergehen müssen;

und andererseits das Anliegen, daß unsolide Schuldner sich nicht durch Veräußerung ihres Vermögens ihren Verpflichtungen (genauer: ihr Vermögen nicht dem exekutiven Zugriff der Gläubiger) entziehen sollen³⁵⁾.

Es scheint daher, daß § 186 III. TN (§ 1409 ABGB) – obzwar als gesetzlicher Schuldbeitritt³⁶⁾ normiert – teilweise auch eine ähnliche Funktion verfolgte wie die zeitlich parallel entwickelten und nur kurz zuvor (1914) eingeführten Anfechtungsbestimmungen der AnfO und der KO³⁷⁾. Zum IPR der Gläubigeranfechtung (außerhalb des Konkurses) hat *Verschraegen*³⁸⁾ ausführlich dargelegt, daß auf die Frage der Anfechtbarkeit und der Anfechtungsfolgen (per analogiam § 46 Satz 1 iVm § 48 Abs 1 Satz 1 IPRG) jenes Recht anzuwenden sei, in dessen Geltungsbereich sich die Vermögenszunahme des Anfechtungsgegners auswirkt („Wirkungsstatut“). *Schwind* folgt *Verschraegen* im wesentlichen, nuanciert aber: Wenn der Dritte die Schädigungsabsicht des Veräußerers kannte oder kennen mußte, sei § 48 Abs 1 IPRG anzuwenden (es ist also auf den Ort des schädigenden Ereignisses, das ist der Ort der Vermögensübertragung, abzustellen), sonst § 46 IPRG (Ort der Bereicherung; das ist der Ort, an dem der Eigentumsübergang oder die Übertragung des Rechtes stattfindet); beides führt praktisch zum selben Ergebnis³⁹⁾. *Schwimmann* stellt, *Verschraegen* im Ergebnis zustimmend, ebenfalls auf den Lageort des Vermögens ab⁴⁰⁾.

Der Vergleich mit der funktional ähnlichen Gläubigeranfechtung zeigt also, daß die schon oben begründete Anwendung des Statutes des (für die Vermögensübernahme erforderlichen sachenrechtlichen) Eigentumsüberganges (Ort der Vermögensübertragung) zutreffend ist.

D. Die Übernahme eines multinationalen Unternehmens

1. Problemstellung

Der durchaus einleuchtende Lösungsvorschlag von *Schwind* erweist sich dann als unzureichend, wenn – als Beispielfall – ein multinationales Unternehmen Eigentum (Vermögen) in vielen verschiedenen Staaten hat, verkauft und überträgt. Sachenrechtliche Verfügungsakte erfolgen diesfalls nämlich in mehreren Staaten.

2. Lösungsmodelle

Folgende Anknüpfungsmöglichkeiten für die § 1409-Haftung könnten überlegt werden:

³⁵⁾ Darin liegt die ratio legis nach den Gesetzesmaterialien; dazu ausführlich *Fenyves* JBl 1975, 617 (624–627; insb Motivenbericht für den ung Gesetzesartikel 57/1908: 625 FN 45); iGlS auch die Jud: EvBl 1979/93 = JBl 1980, 95 = SZ 52/12 = HS 10.095; RdW 1987, 297 = EvBl 1987/203 = SZ 59/163; ebenso *Ehrenzweig*, System² (1928) II/1, 280; unklar *Gschntzer/Faistenberger/Barta/Eccher*, SchR AT² (1986) 194.

³⁶⁾ Vgl die durch § 181 III. TN eingefügte Überschrift vor § 1404 ABGB. Dennoch kann § 1409 ABGB nicht wie ein (rechtsgeschäftlicher) Schuldbeitritt (nach § 45 IPRG; dazu vgl OGH in IPRE 2/37) angeknüpft werden.

³⁷⁾ Darauf hat mich *Hoyer* hingewiesen, dem ich hierfür danke. Dieses Argument mag möglicherweise nicht für die IPR-Anknüpfung des § 419 BGB gelten, der schon seit 1900 gilt und dem die dKO und das dAnfG schon lange vorausgegangen sind. Die anderen in diesem Aufsatz gebrachten Argumente gelten aber auch für die Anknüpfung der § 419 BGB-Haftung.
³⁸⁾ ZfRV 1986, 272; zustimmend *Schwind*, Internationales Privatrecht (1990) Rn 511 ff.

³⁹⁾ *Schwind*, Internationales Privatrecht (1990) Rn 515.

⁴⁰⁾ *Schwimmann* in Rummel² (1992) ABGB II Rn 7 b vor § 35 IPRG mwN aus der Jud.

²¹⁾ Zu bedenken wäre allerdings, daß – was *Schwind* nicht erwähnt – die Haftung nach § 1409 ABGB und § 419 BGB historisch nicht ausschließlich als quasideliktisch zu verstehen ist. Beide Haftungsnormen beruhen nämlich auch auf dem deutschrechtlichen Gedanken, daß Schulden eigentlich Lasten des Vermögens sind, damit untrennbar verbunden sind und daher bei dessen Übertragung automatisch auch mit übergehen müssen. Trotz dieses historischen Ursprungs sieht man allerdings die ratio legis wohl überwiegend darin, daß der Schuldner nicht sein Vermögen durch Veräußerung dem exekutiven Zugriff der Gläubiger entziehen können soll. Dies rechtfertigt wiederum den quasideliktischen Ansatz *Schwinds*.

²²⁾ RGBI 1916/69.

²³⁾ Der „authentische“ Text des ABGB ist jener der JGS Nr 946; vgl *Schwind*, ÖJZ 1949, 337. Die Urfassung des ABGB regelte unter § 1409 die Rechtsstellung des Assignaten; vgl *Stubenrauch*, Commentar³ (1876) III, 490.

²⁴⁾ Der heutige § 1409 Abs 2 samt Verweis auf § 32 KO beruht auf der Regelung des § 187 III. TN RGBI 1916/69 und geht in der heutigen Textierung auf das IRÄG BGBI 1982/370 zurück.

²⁵⁾ Vgl *Koziol/Welser* I⁹, 11.

²⁶⁾ Dazu ausführlich *Fenyves*, JBl 1975, 617 (624–627, insb 625 liSp).

²⁷⁾ RGBI 1916/69.

²⁸⁾ RGBI 1914/337.

²⁹⁾ Vgl *Bartsch/Pollak*, Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung² (1927) 3.

³⁰⁾ RGBI 1884/34; vgl *König*, Anfechtung (1985) Rn 7.

³¹⁾ Die dKO und das dAnfG standen formell und inhaltlich Pate für die österr Gesetzesentwürfe; vgl *König*, Anfechtung (1985) Rn 9.

³²⁾ Der erste Entwurf für einen § 1409 ABGB wurde verworfen, weil die Haftung des Erwerbers nicht zwingend (ebenso § 181 schwOR vom 30. 3. 1911) war.

³³⁾ Ebenso für § 419 BGB: *Heinrichs* in Palandt⁴⁷ Anm 1 zu § 419.

³⁴⁾ So *Honsell* in *Schwimmann* (1987) Rn 1 zu § 1409 ABGB.

1. *Schwinds* Anknüpfung nach dem Ort, wo der Eigentumsübergang an jedem einzelnen Vermögensstück sich vollzieht, würde bei undifferenzierter Anwendung bewirken, daß nach vielen verschiedenen Rechtsordnungen gleichzeitig zu beurteilen wäre, ob eine Haftung kraft Vermögensüberganges eintritt oder nicht; dies führt zwangsläufig zu in sich widersprüchlichen Ergebnissen. Jeder Gläubiger des Unternehmensverkäufers wählt die ihm günstigste der nach dem *Schwindschen* Ansatz alternativ zur Verfügung stehenden Anknüpfungsmöglichkeiten; wenn irgendwie möglich, werden die inländischen und ausländischen Gläubiger wahrscheinlich die Anknüpfung an das deutsche Recht oder österr Recht bevorzugen, weil in diesen Rechtsordnungen eine Haftung des Unternehmenskäufers vorgesehen ist. Diese Lösung hätte nur scheinbar die ratio der Überlegung *Schwinds* für sich; das Ergebnis (freie und einseitige Auswahl einer vorteilhaften von mehreren Rechtsordnungen) ist verblüffend und den Grundintentionen des IPR, nämlich eindeutige Berufung eines Sachrechtes, widersprechend.

2. Zu überlegen wäre, daß jeder Gläubiger die Haftung an jene Rechtsordnung anknüpft, die im Lande seines eigenen Wohnsitzes (Sitzes) gilt, sofern dort nur überhaupt ein sachenrechtlicher Verfügungsakt stattfindet. Dann würde zwar ein Wahlrecht des Gläubigers ausgeschlossen, gleichzeitig allerdings in unsachlicher Weise auf den Gläubigerwohnsitz abgestellt.

3. Alternativ wäre zu überlegen, die Haftung an jene Rechtsordnung anzuknüpfen, nach der der sachenrechtliche Verfügungsakt zu beurteilen ist (§ 31 IPRG). Die Haftung ebenso nach der *lex rei sitae* zu beurteilen, wäre dadurch begründbar, daß die Haftung nach § 1409 ABGB auf das engste mit dem von § 31 IPRG geregelten Erwerbmodus von dinglichen Rechten an körperlichen Sachen zusammenhängt und davon abhängt.

Das Ergebnis ist letztlich dasselbe wie im obigen Punkt 1.

4. Wenn man bedenkt, daß die von der Haftungsnorm zu schützenden Gläubiger in ihrem Vertrauen auf den Haftungsfonds des Unternehmensverkäufers nicht enttäuscht werden sollen, ist es sachgemäß, besonders jenes Vermögen als relevant zu betrachten, welches wertmäßig am meisten ins Gewicht fällt. Dies entspricht am besten dem Grundsatz der stärksten Beziehung (§ 1 Abs 1 IPRG⁴¹).

Um außerdem das etwas eigenwillig anmutende und dem Zweck des IPR widersprechende Statutenwahlrecht der obigen Lösungsvarianten 1 und 3 zu vermeiden, wäre daher eine Einschränkung der Anknüpfung auf jene Rechtsordnung denkbar, in deren Geltungsbereich der größte und wertmäßig bedeutendste Teil des Vermögens sachenrechtlich übertragen wird. Hat beispielsweise ein multinationales Unternehmen mit Hauptniederlassung in den USA den (zumindest relativ) größten Teil seines Vermögens am Sitz der österr Zweigniederlassung und nicht am Sitz der Hauptniederlassung oder anderer ausländischer Zweigniederlassungen, wäre demgemäß das Recht jenes Ortes als Haftungsnorm-Statut maßgeblich, an dem dieses Vermögen der österr Zweigniederlassung an den Unternehmenskäufer übertragen wird.

Freilich sind auch hier zufällige Ergebnisse nicht gänzlich zu vermeiden, wenn in mehreren Ländern etwa gleich

großes zu übertragendes Vermögen besteht und (letztlich immer diskutabel) Bewertungsmethoden den geringfügigen Ausschlag für das eine oder andere Land geben. Dieser Nachteil tritt nur bei Sonderkonstellationen ein und kann mE in Kauf genommen werden.

Es ist vielleicht nicht völlig einzusehen, daß bei einem multinationalen Unternehmenskauf alle, möglicherweise weltweit verstreuten Gläubiger eine Haftung des Unternehmenskäufers gewinnen, bloß weil Unternehmensteile in Österreich oder Deutschland übertragen werden. § 1409 ABGB und ebenso § 419 BGB knüpfen die Haftung an den Sachübergang⁴²; es ist daher gerechtfertigt, die *pro-viribus-Haftung* (bzw *cum-viribus-Haftung* nach § 419 BGB) bei einem multinationalen Unternehmensverkauf auf jenes Vermögen zu beschränken, welches nach IPR die Anwendung der Haftungsnorm bewirkt hat.

Wenn also der zumindest relativ größte und wertmäßig bedeutendste Teil des Vermögens eines multinationalen Unternehmens sachenrechtlich in Österreich übertragen wird, so wäre die österr Haftungsnorm (§ 1409 ABGB) berufen und die Haftung wäre mit dem Wert dieses „österreichischen Vermögens“ (genauer: in Österreich übertragenen Vermögens) limitiert und nicht etwa auch auf den Wert französischen Vermögens ausgedehnt, wenn das in Frankreich übertragene Vermögen weder die Haftungsnorm nach § 1409 ABGB auszulösen vermochte noch eine ähnliche Haftung nach französischem Recht.

Wenn im dargestellten Beispiel (Hauptniederlassung in den USA; Zweigniederlassung in Österreich und in anderen Ländern) also am Sitz der österr Zweigniederlassung der relativ wertvollste Teil des Vermögens besteht und übergeben wird, wäre österr Sachrecht (mit dem § 1409 ABGB) berufen, die Haftung aber mit dem Wert des Vermögens beschränkt, welches die Anwendung der Haftungsnorm nach IPR auslöst.

Anmerkung: Wird Vermögen am Ort einer österr Zweigniederlassung auf den Unternehmenskäufer übertragen, ist außerdem zu beachten, daß die österr Judikatur⁴³ Auslandsvermögen, welches nur mit größten Schwierigkeiten für einen inländischen Gläubiger greifbar ist, als unbeachtlich ansieht. Diesfalls sei das Inlandsvermögen, selbst wenn es wertmäßig im Vergleich zum sonstigen (im Ausland gelegenen) Vermögen gar nicht ins Gewicht fällt, als „Sondervermögen“ zu betrachten und auf die Übertragung dieses Sondervermögens § 1409 ABGB anzuwenden⁴⁴.

Das ausländische Vermögen könne aber dann nicht außer Betracht bleiben und der Blick könne nicht auf das Inlandsvermögen eingeeengt und dieses so als das „einzig relevante“ Vermögen betrachtet werden („Sondervermögen“), welches die Anwendung von § 1409 ABGB rechtfertigt, wenn das Auslandsvermögen für einen Gläubiger ohne größere Schwierigkeiten greifbar sei; dies sei dann der Fall, wenn durch bilaterale oder multilaterale Übereinkommen (zB Haager Übereinkommen betreffend das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen) einem österr Kläger die Möglichkeit gegeben ist, im Ausland in einem dem inländischen Zivilprozeß gleichwertigen Verfahren seine Rechte gleich einem dortigen Inländer zu verfolgen⁴⁵.

Konsequenz dieser Judikatur wäre, daß bei der Beurteilung, wo der relativ wertvollste Teil des Vermögens übertragen wird, jene Länder außer Betracht bleiben, in denen zwar wertvolle Vermögensteile übertragen werden, in denen diese aber rechtlich durch eine Klage nicht greifbar sind. Diese Argumentation des OGH übersieht und übergeht aber das eigentliche IPR-Problem: Es geht um die Frage, ob ein (in- oder ausländisches) Gericht österr, deutsches oder sonstiges Sachrecht (mit oder ohne Haftungsnorm) an-

⁴¹) Auch § 9 Abs 1 Satz 3 IPRG sieht bei einem Fall mehrfacher Anknüpfungsmöglichkeiten vor, daß zwischen diesen Möglichkeiten jene ausschlaggebend sein soll, zu der die stärkste Beziehung besteht.

⁴²) Dazu oben C.

⁴³) OGH JBl 1971, 259.

⁴⁴) Ebenso A. Riedler, JBl 1992, 628.

⁴⁵) OGH JBl 1971, 259 (260).

zuwenden hat, nicht aber darum, ob eine Klage oder ein Exekutionsverfahren in einem konkreten Land eingeleitet werden kann. Die dargestellte Judikatur zum „Sondervermögen“ setzt ja die vorangegangene Lösung der IPR-Frage und die Bejahung der Anwendung österr Sachrechtes bereits voraus. Dann aber hilft diese Judikatur (nach vorangegangener Berufung des österr Sachrechtes kraft IPR) nur noch bei der Frage, ob eine Übertragung eines „ganzen“ Unternehmens oder des „vollständigen“ Vermögens iSv § 1409 ABGB überhaupt vorliegt oder ob bloß eine nicht darunter subsumierbare Übertragung von einzelnen Vermögensstücken vorliegt.

5. Man könnte noch mehr auf das vertrauensbegründende Element des in den Augen der Gläubiger als wesentlich erscheinenden Vermögens abstellen, indem man auf jenes Vermögen abstellt, welches der die Haftung in Anspruch nehmende Gläubiger subjektiv beim seinerzeitigen Vertragsabschluß angeblich als wesentlichen Haftungsfonds im Vermögen des nunmehrigen Unternehmensverkäufers angesehen haben mag: Ein solches Abgrenzungskriterium wäre aber nicht nur schwer zu judizieren, sondern geradezu eine Aufforderung an den Gläubiger, nachträglich jenes Vermögen als für ihn bonitätsvertrauensbegründend zu deklarieren, das in einem haftungsrechtlich günstigen Staate liegt (obwohl beim seinerzeitigen Vertragsabschluß tatsächlich ganz andere Kriterien bei der Bonitätsbeurteilung maßgeblich waren).

Ein solches Kriterium ist daher mE von vornherein abzulehnen.

6. Eine andere Anknüpfung der Vermögensübertragungshaftung könnte – allerdings unter gänzlicher Außerachtlassung der von *Schwind* entwickelten Kriterien – an das Schuldstatut des Unternehmenskaufvertrages erfolgen, obwohl die § 1409-Haftung zweifellos nicht dem Schuldstatut unterliegt.

Diese bisher in der Lehre offenbar noch nicht vertretene Variante hätte zweifellos nicht nur den Vorteil, daß nicht mehrere, sondern nur eine Rechtsordnung berufen wird, sondern auch den, daß die Vertragspartner des Unternehmenskaufes die Haftung besser vorhersehen und bei der Kaufpreisbildung und Vertragsabwicklung⁴⁶⁾ zum Schutz des Käufers berücksichtigen können.

Durch Rechtswahl (vgl § 35 IPRG), die in den meisten Ländern bei schuldrechtlichen Verträgen zulässig ist, könnte dann allerdings zum Nachteil der Gläubiger eine Haftungsnorm enthaltende Rechtsnorm zugunsten einer unternehmenskäuferfreundlicheren Rechtsordnung abbedungen werden. Eine solche Rechtswahl wäre zwar kein Vertrag zu Lasten Dritter, wohl aber in ähnlicher Weise anrücklich, weil die gesetzliche Haftung des § 1409 ABGB und § 419 BGB⁴⁷⁾ ja unabdingbar ist und sein soll⁴⁸⁾.

Daher ist auch dieses Lösungsmodell abzulehnen (zumindest wäre die Rechtswahl auszuschließen).

3. Eigene Präferenz

Wenn man bedenkt, daß – trotz aller internationalen Verflechtungen und grenzüberschreitender Aktivitäten auch von Gläubigern – die Gläubiger bei einer Bonitätsbeurteilung mittlerer und kleinerer Unternehmen meist auf das Inlandsvermögen abstellen und nur bei wirklich sehr

großen Unternehmen auch das Auslandsvermögen als Sicherheit sehen, würde man den oben aufgezeigten Lösungsvarianten 2 oder 3 den Vorzug geben. Diese Lösungsmodelle und das Lösungsmodell 1 haben jedoch allesamt den den Grundtendenzen des IPR widersprechenden Nachteil, daß eine Mehrzahl von Rechtsordnungen berufen wird⁴⁹⁾. Sie sind daher abzulehnen. Erst im *Lösungsmodell 4* wird – in Fortentwicklung zum *Schwindschen* Lösungsansatz und ähnlich wie in § 9 Abs 1 Satz 3 IPRG – aus der Mehrzahl allenfalls berufener Rechtsordnungen jene ausgewählt, zu der *die stärkste Beziehung* (§ 1 Abs 1 IPRG) besteht. ME ist daher dem Lösungsmodell 4 der Vorzug zu geben.

In der Folge wird daher nur noch vom Lösungsmodell 4 ausgegangen.

III. Sonderfragen

A. Haftungsgrenze gemäß § 1409 Abs 1 Satz 2 ABGB (Erschöpfungseinrede)

Oben habe ich bereits dafür plädiert, die Haftung mit dem Wert jenes Vermögens zu beschränken, welches nach IPR die Anwendung der Haftungsnorm bewirkt. Innerhalb dieses gesteckten Rahmens hat der Unternehmenskäufer den Wert des übernommenen Vermögens allenfalls „nochmals“ zur Gläubigerbefriedigung kraft § 1409-Haftung aufzuwenden, nicht aber mehr; dies ist die bereits behandelte Begrenzung des Haftungsfonds (erste Haftungsgrenze).

Nun geht es um Satz 2 des § 1409 Abs 1 ABGB:

Der Unternehmenskäufer wird von der Haftung insoweit frei („Erschöpfungseinrede“; zweite Haftungsgrenze)⁵⁰⁾, als er schon so viel an mit dem gekauften Unternehmen zusammenhängenden Schulden berichtet hat, wie der Wert des übernommenen (und die Haftung nach IPR auslösenden) Vermögens oder Unternehmens („Haftungsfonds“) beträgt (§ 1409 Abs 1 Satz 2 ABGB).

Beim Lösungsmodell 4 können auch solche Gläubiger diese (auf österr oder deutschem Recht gründende) Haftung in Anspruch nehmen, die nach dem Schuldstatut ihrer Forderung oder nach dem Sitz ihres Unternehmens gar nicht erst in den Schutzbereich einer Rechtsordnung gekommen wären, die eine Haftung des Unternehmenskäufer kennt. Es mag dies auf den ersten Blick unbefriedigend scheinen, wenn beispielsweise österr Gläubiger den in Österreich gelegenen Haftungsfonds eines multinationalen Unternehmens, der die Haftung nach § 1409 ABGB auslöste, nun auch mit allen anderen weltweit verstreuten Gläubigern teilen müssen. Dieses unbefriedigende Ergebnis wird scheinbar noch dadurch verschärft, daß der Unternehmenskäufer die Gläubiger nicht quotenmäßig zu befriedigen hat, sondern das Zuvorkommen⁵¹⁾ entscheidet („first come first serve“) und später kommenden, zB inländischen Gläubigern entgegenhalten kann, daß er bereits von ausländischen Gläubigern bis zur Höhe des übernommenen Vermögens zur Haftung herangezogen worden sei und nun nicht mehr weiter hafte.

⁴⁶⁾ ZB über einen Treuhänder; vgl *Brugger*, Unternehmenserwerb (1990) 38.

⁴⁷⁾ Auf die de lege ferenda geführten Diskussionen zur Abschaffung des § 419 BGB soll hier nicht eingegangen werden.

⁴⁸⁾ Es wäre auch zu überlegen, den § 1409 ABGB als Eingriffsnorm zu sehen und deshalb von der Rechtswahl auszunehmen.

⁴⁹⁾ Eine gleichzeitige Anwendung mehrerer Sachrechte ist keine Lösung einer IPR-Frage; vgl *Schwind*, IPR, 81 f zu Mehrstaatern, bei denen nach dem Personalstatut auch mehrere Rechtsordnungen angewendet würden.

⁵⁰⁾ Vgl OGH JBI 1988, 381 = RZ 1988/52.

⁵¹⁾ *Mayrhofer/Ehrenzweig*³, SchR AT (1986) 530 mwN; *Wolff* in *Klang*² (1951) VI 354 unter Berufung auf *Klang*, JBI 1948, 437.

Bei richtiger Anwendung des § 1409 ABGB darf es allerdings zu einem unbefriedigenden Ergebnis nicht in erheblichem Ausmaß kommen: Die Haftung nach § 1409 Abs 1 Satz 1 ABGB besteht nämlich nur für die „zum Vermögen oder Unternehmen gehörige Schulden“. Die „Erschöpfungseinrede“ (§ 1409 Abs 1 Satz 2 ABGB) kann der Unternehmenskäufer konsequenterweise also nicht schon dann erheben, wenn er irgendwelche, sondern nur wenn er zum (österreichischen, die § 1409-Haftung auslösenden) Vermögen oder Unternehmen gehörige Schulden befriedigt hat. Dabei wird es sich in der Regel um inländische und nur seltener um ausländische Gläubiger handeln, so daß das Lösungsmodell 4 auf der Ebene der Erschöpfungseinrede letztlich doch ein ausgewogenes und sachgerechtes Ergebnis zeitigt.

B. Haftungsausschluß nach § 1409 a ABGB (ausländisches Verfahren)

Für den, der ein Vermögen oder Unternehmen im Wege der Zwangsvollstreckung, des Konkurses oder des Ausgleichsverfahrens (auch des fortgesetzten Verfahrens oder der Überwachung des Schuldners durch Gläubigersachwalter) erwirbt, gilt die Erwerbhaftung nicht (§ 1409 a ABGB).

Wenn nach IPR der § 1409 a ABGB berufen ist, stellt sich die Frage, ob diese Haftungsbefreiung auch durch einen Erwerb in einem ausländischen Zwangsvollstreckungs- oder Insolvenzverfahren ausgelöst wird.

1. Maßnahmen, die im Ausland im Rahmen eines Insolvenzverfahrens getroffen werden, insbesondere Entscheidungen, mit denen ein Organ bestellt oder über im Inland gelegenes Vermögen verfügt wird, werden nur dann in Österreich anerkannt, wenn die Gegenseitigkeit durch Staatsverträge oder durch darüber erlassene, im Bundesgesetzblatt kundgemachte Regierungserklärungen verbürgt ist (§ 180 KO, § 78 AO). Daher hat – wenn diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, zB im Verhältnis zu den USA – der im Ausland bestellte Konkursverwalter hinsichtlich des in Österreich gelegenen Unternehmensvermögens keine Verfügungs- oder Vertretungsmacht⁵²⁾; vielmehr ist der ausländische Gemeinschuldner selbst weiterhin über das in Österreich gelegene Vermögen Verfügungsberechtigt⁵³⁾ (allenfalls mag der ausländische Gemeinschuldner verpflichtet sein, dem Konkursverwalter rechtsgeschäftliche Vollmacht zu erteilen, damit der Konkursverwalter auch über das in Österreich gelegene Vermögen, wenn schon nicht kraft seiner insolvenzrechtlichen Bestellung, so doch durch rechtsgeschäftlich vom Gemeinschuldner abgeleitete Verfügungsmacht, in Österreich verfügen kann).

Soweit bilaterale Verträge besondere Bestimmungen über die Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren⁵⁴⁾ enthalten, sind diese zu beachten.

Fehlen solche Verträge oder enthalten sie keine Bestimmungen darüber, sind Verkauf und Übergabe des in Österreich gelegenen Vermögens durch einen im Ausland bestellten Konkursverwalter somit ohne Rechtswirkung⁵⁵⁾. Das gleiche gilt für den Erwerb (eines in Österreich gele-

genen Vermögens) durch Gerichtsverfügung in einem ausl Zwangsvollstreckungsverfahren, weil ein ausl Gericht nicht in Österreich gelegenes Vermögen pfänden oder sonstige Zwangs- und Hoheitsakte setzen kann⁵⁶⁾.

2. Dann verbleibt aber noch die Frage, ob ein vom (kraft Gegenseitigkeit anerkannten) ausl Masseverwalter oder ein vom nicht anerkannten ausl Masseverwalter gemeinsam mit dem kooperationswilligen Gemeinschuldner hinsichtlich des österr Vermögens vorgenommener Unternehmensverkauf (samt Übergabe) dem § 1409 a ABGB unterstellt werden kann, ob also ein ausl Insolvenzverfahren unter § 1409 a ABGB subsumierbar ist. (§ 180 KO und § 78 AO besagen über diese Frage gar nichts.)⁵⁷⁾

Zur Beantwortung dieser Frage sind zwei Ebenen zu unterscheiden: Stellt § 1409 a ABGB generell nur auf österr Insolvenzverfahren ab und – verneinendenfalls – ist ein konkretes ausl Insolvenzverfahren gleichwertig einem von § 1409 a ABGB erfaßten Insolvenzverfahren?

Schon § 188 III. TN sah vor, daß § 1409 ABGB nicht bei einer Unternehmensübergabe im Wege des Konkursverfahrens oder der Zwangsvollstreckung gelten sollte. Begründet war dies ua damit, daß in diesen Fällen den Gläubigern der Haftungsfonds nicht verlorenginge⁵⁸⁾. § 188 der III. TN wurde aufgrund des IRÄG⁵⁹⁾ abgelöst von § 1409 a ABGB als Nachfolgebestimmung mit einem auf Ausgleichsverfahren erweiterten Anwendungsbereich. Nach den Gesetzesmaterialien beruht diese Erweiterung des Anwendungsbereiches auf der Erwägung, daß sich eine Unternehmenssanierung meist nur verwirklichen lasse, wenn der Übernehmer nicht für die Altschulden haftet⁶⁰⁾.

Das Argument, daß der Haftungsfonds bei Veräußerung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens nicht verlorengelange, ist dahin zu verstehen, daß der Erlös aus der Unternehmensveräußerung eine angemessene Gegenleistung ist und wegen der insolvenzrechtlichen Aufsicht (Masseverwalter, Ausgleichsverwalter etc) nicht zur Seite gebracht und dem Gläubigerzugriff entzogen werden kann. Diese Argumente treffen bei einem ausl Zwangsvollstreckungs- oder Insolvenzverfahren, so es sich nur um ein in etwa unseren rechtlichen Standards entsprechendes Verfahren handelt, ebenfalls zu.

In einem solchen ausl Verfahren können österr Gläubiger ihre Ansprüche in ähnlicher Weise geltend machen wie in einem inl Verfahren. Der Zweck des § 1409 a ABGB bietet daher im Normalfall keine Handhabe für eine Differen-

⁵⁶⁾ Vgl die Jud, nach der österr Gerichte mangels gegenteiliger Bestimmungen in Staatsverträgen Verbote nicht erlassen dürfen, die im Ausland wirksam werden (vollzogen werden) sollen; zB OGH RdW 1990, 313 = ecolex 1990, 235; RdW 1990, 44 = JBl 1990, 328 = ÖBA 1990/214, 304 (Anm Konecny); RdW 1986, 341 unter Berufung auf Heller/Berger/Stix III (1976) 2822; SZ 55/98; vgl auch die weitere Jud, nach der ausl Exekutionsakte in Österreich unwirksam sind, weil die Zwangsgewalt der Gerichte an der Staatsgrenze endet; OGH RdW 1990, 313 = ecolex 1990, 235; EvBl 1972/288 = ZfRV 1972, 301 (Anm Hoyer).

⁵⁷⁾ Vgl Loewe, Internationales Insolvenzrecht, in Jelinek, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht (1987) 15 (17–18), wo er zutreffend klarstellt, daß die KO und die AO nur die Voraussetzungen für die Ausfolgung österr Vermögens an ein ausl Insolvenzgericht regeln (dies wird im Gesetz nämlich mißverständlich als „Anerkennung“ des ausl Insolvenzverfahrens bezeichnet).

⁵⁸⁾ Ertl in Rummel² (1992) Rn 1 zu § 1409 a ABGB.

⁵⁹⁾ BGBI 1982/370.

⁶⁰⁾ Vgl Ertl in Rummel² (1992) Rn 1 zu § 1409 a ABGB; Honsell in Schwimann (1987) Rn 1 zu § 1409 a ABGB.

⁵²⁾ OGH SZ 39/217 = EvBl 1967/273 = HS 5169.

⁵³⁾ EvBl 1988/152 = JBl 1988, 653.

⁵⁴⁾ Global dazu Loewe, Internationales Insolvenzrecht, in Jelinek, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht (1987) 15.

⁵⁵⁾ Zum Territorialitäts- und Universalitätsprinzip der Konkurswirkungen vgl Walker, IPR³ (1924) 426 ff; Wegan, Insolvenzrecht (1973) 333 f; Bartsch/Heil, Grundriß des Insolvenzrechts⁴ (1983) Rn 197 und 391.

zierung nach inl oder ausl Insolvenzverfahren, stellt also nicht nur auf inl Verfahren ab und erfaßt auch ausl Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzverfahren.

Wenn das ausl Verfahren trotz gewisser Unterschiedlichkeiten des materiellen Rechtes und des Verfahrensrechtes doch im wesentlichen einem inl Verfahren vergleichbar ist und insbesondere wie beim Inlandsverfahren sichergestellt ist, daß der Kaufpreis nicht dem Gläubigerzugriff entzogen wird, kann man die Gleichwertigkeit mit einem inl Verfahren bejahen. Dies wird bei den Rechtsordnungen zivilisierter Staaten ausnahmslos zutreffen.

§ 1409a ABGB schließt also die Haftungsnorm des § 1409 ABGB auch dann aus, wenn das Vermögen oder Unternehmen im Wege eines ausl Insolvenzverfahrens erworben wird. Der Erwerb im Wege eines ausl Zwangsvollstreckungsverfahrens⁶¹⁾ schließt die Haftung⁶²⁾ ebenfalls aus.

⁶¹⁾ Dieses kann nur ausl Vermögen betreffen, nicht jedoch österr Vermögen, vgl oben III B 1 am Ende.

⁶²⁾ Diese Haftung kann nach den obigen Darlegungen allerdings nur dann entstehen, wenn (betreffend den wertmäßig bedeutendsten Teil eines multinationalen Vermögens) sachenrechtliche Verfügungsakte in Österreich (oder allenfalls Deutschland) stattfinden. Ein ausl Vollstreckungsverfahren kann aber nur im Ausland gelegenes Vermögen erfassen. Daher wird dieser hier besprochene Haftungsausschluß (§ 1409a ABGB im Zusammenhang mit einem ausl Verfahren) nur bei Kombination aller drei Umstände (Vermögen liegt im Ausland, wird dort von einem ausl Verfahren erfaßt, wird aber sachen-

IV. Nicht-rechtsgeschäftliche Vermögens- oder Unternehmensübernahme

Gegen die mE berechtigte Kritik der Lehre⁶³⁾ haftet nach der österr Rechtsprechung⁶⁴⁾ auch derjenige, der sich eine Gesamtsache (§ 302 ABGB) ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 1409 ABGB zugeeignet hat; er haftet allerdings grundsätzlich nur mit dem übernommenen Vermögen (cum viribus). Wenn dieser Unternehmenserwerber das Unternehmen weiterveräußert, haftet er pro viribus. Die Judikatur will damit offenbar jene Fälle erfassen, die mangels Rechtsgeschäftes nicht unter § 1409 ABGB subsumierbar sind. Auf die Problematik einer solchen Haftung, die mE praeter legem⁶⁵⁾ aufgestellt wird, soll hier nicht eingegangen werden. Im Rahmen dieses Artikels soll nur festgehalten werden, daß auch diese Haftung nach denselben oben vertretenen Kriterien IPR-mäßig angeknüpft werden kann.

rechtlich in Österreich oder Deutschland übertragen) eintreten können.

⁶³⁾ Vgl die Nachweise bei *Honsell* in *Schwimann* (1987) Rn 10 zu § 1409 ABGB und *Ertl* in *Rummel*² (1992) Rn 1 zu § 1409 ABGB.

⁶⁴⁾ OGH JBl 1972, 39 (41) = HS 8041; kritisch dazu *Bydlinski*, JBl 1972, 41.

⁶⁵⁾ § 302 ABGB, auf den sich die Jud stützt, spricht nämlich nicht von Schuldenhaftung.