

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

06^{138.}
JAHRGANG
2006


NOTAR.AT

MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT

Aus dem Inhalt:

RA Dr. Alexander Hofmann, LL.M.

Neuerungen für die Unternehmensnachfolge durch das
Handelsrechts-Änderungsgesetz (HaRÄG)

Seite 161

Univ.-Prof. DDr. Hans Georg Ruppe

Erbschaftssteuer und Grundstückseinheitswerte

Seite 166

MANZ 

UNTER STÄNDIGER WISSENSCHAFTLICHER MITARBEIT VON: NOTAR UNIV.-DOZ. MAG. DDR. LUDWIG BITTNER,
HOLLABRUNN | EM.O. UNIV.-PROF. DR. DR.H.C. HANS HOYER, WIEN | O. UNIV.-PROF. DDR. WALDEMAR JUD, GRAZ | O. UNIV.-
PROF. DDR. HANS GEORG RUPPE, GRAZ | O. UNIV.-PROF. DR. RUDOLF WELSER, WIEN | A. UNIV.-PROF. DR. WOLFGANG ZANKL, WIEN

NZ 2006/32

Neuerungen für die Unternehmensnachfolge durch das Handelsrechts-Änderungsgesetz (HaRÄG)

Von RA Dr. **Alexander Hofmann**, LL.M., Rechtsanwalt in Wien (zugelassen auch in New York), www.hofmannlaw.at¹

A. Einleitung

Am 27. 10. 2005 wurde das HaRÄG (BGBl I 2005/120) verlautbart. Die Änderungen des in Unternehmensgesetzbuch (UGB)² umbenannten HGB betreffen nicht nur die Schaffung eines zeitgemäßen Unternehmerbegriffes, der die überholte und zu enge Kaufmannsdefinition der §§ 1 bis 7 HGB ablöst. Der Gesetzgeber hat das HGB über die redaktionelle Anpassung einzelner Regelungen an den neuen Grundtatbestand (Unternehmer statt Kaufmann) hinaus, unter anderem, auch in Bereichen geändert und neu gefasst, die die Planung, Regelung und Abwicklung der Nachfolge in Unternehmen und Personengesellschaftsanteile betreffen. Im Folgenden soll gezeigt werden, welche Neuerungen die HGB-Reform im Detail auf diesem Gebiet bringt. Eine Zusammenfassung der Ergebnisse des Gesetzgebungsprozesses für den behandelten Themenbereich erscheint auch deshalb angebracht, weil sich durch die Berücksichtigung von Kritik und Anregungen³ zum Ministerialentwurf⁴ sowie durch einen im Justizausschuss zur Regierungsvorlage⁵ eingebrachten Abänderungsantrag noch Abweichungen gegenüber zuletzt publizierten Darstellungen⁶ des Reformvorhabens ergeben haben.

B. Erweiterung des Anwendungsbereiches der unternehmensrechtlichen Bestimmungen

§ 1 definiert einen dem modernen Wirtschaftsleben entsprechenden, einheitlichen und größenunabhängigen Unternehmerbegriff, an den die Bestimmungen des UGB als neuen Grundtatbestand anknüpfen. Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt (§ 1 Abs 1). Als Unternehmen gilt jede auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, auch wenn

sie nicht auf Gewinnerzielung gerichtet ist (§ 1 Abs 2). Die Definition stimmt mit dem Unternehmerverständnis des § 1 Abs 2 KSchG überein und führt zu einer Harmonisierung des UGB mit dem Verbraucherschutzrecht. Auf die Art der wirtschaftlichen Tätigkeit (§ 1 Abs 2 HGB) oder die Größe des Geschäftsbetriebes (§ 2 HGB) kommt es nicht mehr an. Dadurch wird auch der Anwendungsbereich der für die Unternehmensnachfolge relevanten Bestimmungen erweitert.

C. In-Kraft-Treten

Die neuen Bestimmungen treten – sofern besondere Übergangsbestimmungen (§ 907), auf die im Folgenden jeweils hingewiesen wird, nichts anderes anordnen – am 1. 1. 2007 in Kraft. Auf Sachverhalte, die sich vor Ablauf des 31. 12. 2006 ereignet haben, sind demnach die bisher geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden (§ 906 Abs 14).

D. Recht zur Firmenfortführung bei Unternehmenserwerb

§ 22 regelt im Wesentlichen wortgleich mit § 22 HGB die Firmenfortführung beim Unternehmenserwerb und gilt auch für Erwerber von Todes wegen (Erbe oder Legatar). Demnach darf der Erwerber die Firma des Rechtsvorgängers mit oder ohne Beifügung eines Nachfolgezusatzes fortführen, wenn der bisherige Unternehmer oder dessen Erben (falls diese nicht selbst erwerben) ausdrücklich einwilligen. Neu ist der Einschub, dass das Fortführungsrecht auch dann besteht, wenn die fortgeführte Firma den Namen des bisherigen Unternehmers enthält. Es handelt sich hierbei jedoch nur um eine Klarstellung. Schon § 22 HGB galt als Ausnahme vom Grundsatz der Firmenwahrheit, die ihre Grenze am Täuschungsverbot fand, um durch die Firmenkontinuität bei Veräußerung des Unternehmens die Vernichtung eines werthaltigen Goodwills hintanzuhalten.⁷ Nach den Erläuterungen⁸ erschien die klarstellende Ergänzung deshalb angezeigt, weil § 18 Abs 1 auch einem Einzelunternehmer die Führung einer Sach- und Fantasiefirma erlaubt und § 18 Abs 2 – als Korrektiv zu diesem Liberalisierungsschritt – das Irreführungsverbot umfassender ausgestaltet (Verbot von irreführenden Angaben über geschäftliche Verhält-

¹ Der Verfasser dankt Dr. *Theodor Hofmann*, öffentl Notar iR, für die kritische Durchsicht des Manuskriptes.

² In der Folge beziehen sich Paragrafenangaben ohne nähere Bezeichnung auf das UGB.

³ Siehe *Schmidt*, Zum Stand der HGB-Reform, JBl 2003, 144f; *Schuhmacher*, Firmenrecht, Übergang von Rechtsverhältnissen bei Unternehmensfortführung, in *Harrer/Mader* (Hrsg), Die HGB-Reform in Österreich, 32ff; www.bmj.gv.at/_download/gesetzes/stellungnahmen_hraendg2004.pdf

⁴ ME JMZ 10.000K/27-I.3/2003 (ME).

⁵ RV 1058 BlgNR 22. GP (RV).

⁶ *Beig*, Vertragsübernahme bei Unternehmensübergang, eolex 2004, 9ff.

⁷ *Schuhmacher* in *Straube*, HGB³ I § 22 Rz 1, 15.

⁸ RV 27.

nisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind). Zur Vermeidung einer Täuschung über ihr Haftungspotenzial dürfen Einzelunternehmer und eingetragene Personengesellschaften⁹ außer dem eigenen oder dem Namen eines persönlich haftenden Gesellschafters keinen anderen Namen verwenden (§ 20). § 22 durchbricht diese Einschränkungen. Andererseits muss auch eine nach § 22 fortgeführte Firma in jedem Fall zwingend einen Rechtsformzusatz enthalten (§ 19 Abs 1), was die Rsp zu § 22 HGB nicht einheitlich beurteilte.¹⁰

E. Firmenbucheintragung

1. Verlassenschaftsprovisorium

Durch das Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004 (BGBl I 2004/58) wurde im Zuge der Reform des Verlassenschaftsverfahrens § 810 Abs 1 ABGB neu gefasst, wonach der Erbe die Befugnis zur Vertretung (Benützung und Verwaltung) der Verlassenschaft nicht erst durch Beschluss des Gerichtes übertragen erhält, sondern ex lege mit Antritt der Erbschaft und hinreichendem Ausweis des Erbrechtes erwirbt, solange das Verlassenschaftsgericht nichts anderes anordnet. Mehrere erbantrittserklärte Personen vertreten gemeinschaftlich, soweit sie nichts anderes vereinbaren. § 32 Abs 2, der die Regelung des Verlassenschaftsprovisoriums für den Fall des Ablebens eines im Firmenbuch eingetragenen Einzelunternehmers oder des vertretungsbefugten Gesellschafters einer Offenen Gesellschaft¹¹ aus § 32a Abs 2 HGB übernimmt, trägt der Änderung des § 810 Abs 1 ABGB Rechnung. Auf Antrag ist im Firmenbuch einzutragen, wer berechtigt ist, die Verlassenschaft zu vertreten. Der Bezug auf einen Beststellungsakt des Gerichtes und die Einschränkung des Vertretungskreises „auf die Führung eines Unternehmens oder die Ausübung von Gesellschafterrechten“ (§ 32a Abs 2 HGB) entfällt. An der Rechtslage ändert das nichts. Die Vertretungsmacht iSd § 32 Abs 2 kommt entweder dem ausgewiesenen Erben (ohne eigene Übertragungshandlung des Gerichtes) oder einem Verlassenschaftskurator¹² zu. Schon vor der Festschreibung des handelsgewohnheitsrechtlichen Abhandlungsprovisoriums in § 32a HGB durch das FBG war es einhellige Rsp, dass Gegenstand und Zweck der Abhandlung die Zuständigkeit des Verlassenschaftsgerichtes begrenzen und nur innerhalb ihres Rahmens Ersatz für die Führung von Einzelunternehmen oder die Ausübung von Gesellschafterrechten geschaffen werden kann. Die Bestellung eines Prokuristen oder

Handlungsbevollmächtigten durch das Abhandlungsgericht ist daher ebenso wenig möglich wie die Bestellung eines Vertreters für die Gesellschaft, wenn in den Nachlass ein Gesellschaftsanteil fällt.¹³ Ein Vertreter kann aber auch nur dann eingetragen werden, wenn seine Befugnis die Agenden der provisorischen Unternehmensführung oder Anteilsverwaltung umfasst. Insofern ist § 32 Abs 2 nach seinem Zweck einschränkend auszuulegen.

2. Anmeldepflicht

§ 28 regelt die Verpflichtung zur Anmeldung eintragungspflichtiger Tatsachen an Stelle von § 29 Abs 1 HGB. Durch Verweis auf §§ 4 Z 2 und 3 FBG wird ausdrücklich bestimmt, dass das Verlassenschaftsprovisorium sowie Substitutionen und die ihnen gleichzuhaltenden Anordnungen (§§ 707 bis 709 ABGB) zu den eintragungspflichtigen Tatsachen zählen, die gem § 28 anzumelden sind.¹⁴ Die Erfüllung der Anmeldepflicht kann vom Firmenbuchgericht erzwungen werden (§ 24 FBG). Gleiches gilt für die Anmeldung eines Nachlassvertreters und von Substitutionsanordnungen in Bezug auf Gesellschafterrechte an einer Offenen Gesellschaft oder Kommanditgesellschaft (§§ 106, 162 Abs 1). Aus Gründen der Publizitätsfunktion des Firmenbuches¹⁵ ist bei der Kommanditgesellschaft nur für einen vertretungsbefugten Gesellschafter ein Nachlassvertreter zur Eintragung anzumelden (§ 32 Abs 2).

Die Anmeldepflicht trifft den Erben, bei mehreren Erben diese gemeinschaftlich oder einen von ihnen bestimmten Vertreter; wenn die Voraussetzungen für die Bestellung eines Verlassenschaftskurators vorliegen, diesen. Einzelne Erben einer uneinigen Erbgemeinschaft werden sich von der Anmeldepflicht dadurch befreien können, dass sie den Vertretungsnotstand dem Verlassenschaftsgericht mitteilen und die Bestellung eines Verlassenschaftskurators initiieren.

F. Unternehmensübergang

Von Todes wegen kann jemand ein Unternehmen als Vermächtnisnehmer oder als Erbe erwerben. Dem Legatar wird das Unternehmen in Erfüllung des Vermächtnisses vom Erben durch Rechtsgeschäft im Wege der Einzel-

¹³ OGH 10. 6. 1992, 3 Ob 565/91; SZ 28/110; SZ 23/316; SZ 25/300.

¹⁴ Zur alten Rechtslage haben *Birkner/Löffler/Oberhofer/Santner* (Anträge und Anmeldungen zum Firmenbuch Bd 1 Reg 2 Kap 4.1.1) die Ansicht vertreten, die Eintragungskataloge der §§ 3ff FBG seien nur als taxative Aufzählung aller eintragungsfähigen Tatsachen gedacht, die keine Anmeldepflichten begründen würden; aA *Schuhmacher in Straube* (HGB³ § 32a Rz 12), der eine Verpflichtung zur Anmeldung des Nachlassvertreters annimmt. Er be ruft sich auf ältere Rsp (SZ 10/317, SZ 25/300, SZ 28/110), aus der sich aber keine spezifischen firmenbuch-(register-)rechtlichen Pflichten ableiten lassen.

¹⁵ *Schuhmacher in Straube*, HGB³ I § 32a Rz 8.

⁹ Das gilt nur für die ursprüngliche Firma (RV 26). Nach Änderungen im Gesellschafterbestand darf die bisherige Firma fortgeführt werden (§ 24 Abs 1).

¹⁰ *Schuhmacher in Straube*, HGB³ I § 22 Rz 18.

¹¹ Die Offene Handelsgesellschaft wird in Offene Gesellschaft umbenannt (§ 105).

¹² § 156 AußStrG – Vertretungsvorsorge; § 173 AußStrG – Uneinigkeit der Erben oder Vorliegen widersprüchlicher Erbantrittserklärungen; § 175 AußStrG – Nachlassseparation.

rechtsnachfolge übertragen.¹⁶ Dabei kommen die in den Vierten Abschnitt mit dem Titel Unternehmensübergang des Ersten Buches aufgenommenen §§ 38, 39 zum Tragen,¹⁷ die die §§ 25, 26 HGB ablösen und die Übernahme von Rechtsverhältnissen durch den Erwerber, die Haftung des Erwerbers und Veräußerers sowie die Haftungsbegrenzung des Veräußerers vorsehen bzw. durchgreifend neu regeln. Der Unternehmensübergang auf den Erben hingegen vollzieht sich durch Gesamtrechtsnachfolge nach Maßgabe der im Falle der Fortführung greifenden besonderen unternehmensrechtlichen Erbenhaftung des § 40, der an die Stelle des § 27 HGB tritt.

1. Übergang auf Vermächtnisnehmer

Unter der Voraussetzung der Fortführung des Unternehmens (Erhaltung der Unternehmensidentität) durch den Legatar (Erwerber) ist nicht mehr bloß dessen Haftung für unternehmensbezogene Verbindlichkeiten und die Fiktion seiner Stellung als Zessionar für Forderungen des Unternehmens normiert (§ 25 Abs 1 HGB), sondern die gesetzliche Übernahme aller zum Unternehmen gehörenden Rechtsverhältnisse, wobei die Haftung des Nachlasses oder Erben (Veräußerers) für die Verbindlichkeiten bestehen bleibt (§ 38 Abs 1). Die Übernahme der Rechtsverhältnisse wird (im Unterschied zur Erwerberhaftung des § 25 Abs 1 HGB) unabhängig von der Fortführung einer Firma bewirkt (§ 38 Abs 1).¹⁸ Die der Eintrittsautomatik der § 12a MRG und § 3 Abs 1 AVRAG nachgeformte Regelung führt zur Übertragung der gesamten (vertraglichen oder gesetzlichen) Rechtsposition des Veräußerers mit allen zum Zeitpunkt des Überganges bestehenden Rechten und Pflichten.¹⁹ Sicherheiten, die für eine übergegangene Verbindlichkeit bestellt wurden, bleiben aufrecht (§ 38 Abs 1). Der privatautonomen Gestaltung bleibt es überlassen, einzelne Rechtsverhältnisse vom Übergang auszunehmen (§ 38 Abs 1). In Anlehnung an die zum Spaltungsplan entwickelten Grundsätze wird eine zumindest bestimmbare negative Aufzählung²⁰ vorzunehmen sein, um die nicht übertragenen bzw. ausgenommenen Rechtsverhältnisse ausreichend zu identifizieren. Die Eintragung oder Bekanntmachung vereinbarter Ausnahmen ist kein Wirksamkeitserfordernis.

Die Regelung ist von großer praktischer Bedeutung, weil sie die Einholung der Zustimmung Dritter zur Übernahme von Rechtsverhältnissen entbehrlich macht und damit die Übertragung von Unternehmen im Wege der Einzelrechtsnachfolge (asset deal) erleichtert. Auch Anwart-

schafts-, Gestaltungs- und Kündigungsrechte sowie erst künftig fällig werdende Forderungen und Verbindlichkeiten gehen mit dem Rechtsverhältnis in die aktive und passive Zuständigkeit des erwerbenden Legatars über. Weil der Veräußerer aus dem Rechtsverhältnis ausscheidet, erstreckt sich auch die Rechtskraft eines gegen ihn erwirkten Exekutionstitels auf den Erwerber.²¹

Allerdings kann der Partner aus einem Vertrag (Dritter) ebenso wie der Besteller einer Sicherheit für eine vertragliche Unternehmensschuld der Vertragsübernahme mit der Wirkung widersprechen, dass das Vertragsverhältnis mit dem Veräußerer fortbesteht.²² Das Widerspruchsrecht steht sohin nur dem Gläubiger oder Schuldner aus einem vertraglichen Rechtsverhältnis zu. Es kann innerhalb von drei Monaten nach Mitteilung vom Übergang, die einen Hinweis auf das Widerspruchsrecht zu enthalten hat, „sowohl gegenüber dem Veräußerer als auch gegenüber dem Erwerber“ ausgeübt werden,²³ wobei offenbar nicht gemeint ist, dass ein gültiger Widerspruch gegenüber beiden Personen gemeinsam erklärt werden muss (§ 38 Abs 2). Solange eine nachweisliche²⁴ Mitteilung an den Dritten oder den Besteller der Sicherheit unterbleibt und in offener Frist für den Widerspruch können diese Personen sowohl gegenüber dem Veräußerer als auch gegenüber dem Erwerber vertragsbezogene Erklärungen (zB die Ausübung von Gestaltungsrechten) abgeben oder Verpflichtungen mit schuld-befreiender Wirkung erfüllen (§ 38 Abs 3). Für die Dauer dieses Schwebezustandes kann die Nachhaftungsbegrenzung des Veräußerers gem § 39 nicht wirksam werden; es besteht vorläufig ein bloßer Schuldbeitritt des Erwerbers.²⁵

Um gegenüber dem unvertretenen Nachlass Widerspruch zu erklären, wird rechtzeitig ein Kurator bestellt werden müssen. Das Gesetz sieht keine Hemmung der Dreimonats-Frist für die Dauer eines Vertretungsmangels vor. Für mehrere gemeinsam vertretungsbefugte Erben (§ 810 Abs 1 ABGB) wird passive Einzelvertretung anzunehmen sein (vgl § 125 Abs 2).

²¹ OGH 24. 2. 1999, 3 Ob 281/98i.

²² Mit dem Dritten wird der Eintritt eines Einzelrechtsnachfolgers in den Vertrag gem § 38 Abs 1 vertraglich ausgeschlossen werden können. In anglo-amerikanischen Verträgen finden sich häufig sog non-assignment clauses, die sich in diesem Sinne deuten lassen und die durch § 38 Abs 1 an Kompatibilität mit dem österreichischen Recht gewinnen (vgl dazu im Allgemeinen *Löber*, Internationale Praxis des Unternehmenserwerbes, in FS Michalek 286f).

²³ Der Widerspruch kann innerhalb der Grenzen des Schikaneverbotes ohne besonderen Grund erklärt werden. Das Erfordernis eines wichtigen Grundes (§ 38 Abs 2 RV) wurde nach der Beratung im Justizausschuss fallengelassen (AB 1078 BlgNR 22. GP).

²⁴ Der für Zwecke der Beweissicherung geforderte Nachweis wird durch Einschreibebrief, Fax oder Mail mit Empfangsbestätigung, allenfalls auch durch ein von den Beteiligten unterfertigtes Protokoll über die Mitteilung erbracht werden können. Ein bestimmtes Formerfordernis für das in Gang setzen der Widerspruchsfrist wird damit nicht normiert.

²⁵ RV 31f.

¹⁶ *Krejci*, Handelsrecht³, 123, 135; *Frotz*, Rechtsfragen der „unbeschränkten Erbenhaftung nach Handelsrecht“, in GedS Schönherr 346f; aA *Kralik*, Erbrecht³, 369.

¹⁷ RV 30.

¹⁸ § 25 Abs 1 ME hatte noch das Kriterium der Firmenfortführung vorgesehen. Aus systematischen Gründen wurden die neuen Regelungen nicht im Abschnitt über die Handelsfirma belassen.

¹⁹ *Schuhmacher*, Firmenrecht, in *Harrer/Mader* (Hrsg), HGB-Reform 37.

²⁰ OGH 4. 11. 1999, 2 Ob 237/99p, RIS-Justiz RS0112576.

Bleibt der Eintritt in das Rechtsverhältnis (durch Vereinbarung oder Widerspruch) ausgeschlossen, haftet der Erwerber trotzdem für die damit verbundenen Verbindlichkeiten des Unternehmens (Schuldbeitritt). Die Haftung kann ausgeschlossen werden, was Dritten gegenüber nur wirksam ist, wenn der Ausschluss in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Unternehmensübergang – alternativ – entweder in das Firmenbuch eingetragen, auf verkehrsübliche Weise bekannt gemacht oder dem Dritten vom Erwerber oder Veräußerer mitgeteilt wird (§ 38 Abs 4). Die Haftung des Erwerbers nach § 1409 ABGB bleibt unberührt (§ 38 Abs 6).

Tritt der Erwerber in das Rechtsverhältnis ein, haftet der Veräußerer fort (§ 38 Abs 1). Gem § 39 findet seine Enthaftung von solchen Verbindlichkeiten statt, die entweder erst nach dem Unternehmensübergang entstehen²⁶ oder nicht innerhalb von 5 Jahren danach fällig werden. Dadurch wird – im Unterschied zu § 26 Abs 2 HGB²⁷ – zur Vermeidung einer „Endloshaftung“ ausdrücklich die endgültige Befreiung des Veräußerers von solchen Verbindlichkeiten aus Ziel- und Dauerschuldverhältnissen bewirkt, deren Entstehung oder Fälligkeit länger aufgeschoben bleibt. Ein Gläubiger, der auf die Verpflichtung vorgeleistet hat, muss die unerwünschte Enthaftung durch Widerspruch abwehren.²⁸ Die für die Verbindlichkeit maßgebliche Verjährungsfrist gilt – beschränkt mit drei Jahren – auch für die Haftung des Veräußerers (§ 39).²⁹

Die §§ 38 und 39 sind auf nach dem 31. 12. 2006 vereinbarte Unternehmensübergänge anzuwenden (§ 907 Abs 6). Maßgeblich ist der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages und nicht dessen (von einer aufschiebenden Bedingung abhängige) Wirksamkeit.

2. Übergang im Erbwege

Der Erbe haftet bei Fortführung des aus dem Nachlass erworbenen Unternehmens für dessen Verbindlichkeiten „*unbeschadet seiner Haftung als Erbe*“ (sohin auch bei Abgabe einer bedingten Erbantrittserklärung) unbeschränkt (§ 40 Abs 1). Dies gilt unabhängig davon, ob die Firma fortgeführt wird (anders § 27 Abs 1 HGB, der

auf § 25 HGB verwies). Der Eintritt des Erben in die Rechtsverhältnisse folgt schon aus der Gesamtrechtsnachfolge, sodass sich eine Bezugnahme auf § 38 Abs 1 erübrigt.³⁰

Im Unterschied zu § 27 Abs 2 HGB beginnt die dreimonatige Frist (Bedenkzeit) zur Einstellung (als Voraussetzung für den Ausschluss der unbeschränkten Haftung) in jedem Fall erst mit der Einantwortung zu laufen, sohin auch dann, wenn der Erbe den Nachlass schon vorher nach § 810 ABGB verwaltet hat (§ 40 Abs 2).³¹ Damit ist die im Schrifttum geführte Diskussion, ob die durch Fortführung ohne Erbenstellung eingetretene Haftung unabhängig von der nachfolgenden Einantwortung bestehen bleibt oder durch diese bedingt ist, hinfällig.³² Daraus folgt mE aber auch, dass den Erben bei Veräußerung des Unternehmens vor Einantwortung die unbeschränkte unternehmensrechtliche Erwerberhaftung nicht mehr treffen kann, weil das Gesetz nun ausschließlich auf die Einantwortung als Zurechnungsgrund für die Haftung abstellt.

Ausdrücklich wird klargestellt, dass die unbeschränkte Haftung „*in sinngemäßer Anwendung des § 38 Abs 4*“ ausgeschlossen werden kann (§ 40 Abs 2). Zu § 27 HGB war dies strittig.³³ Der Verweis auf § 38 Abs 4, der von einer Vereinbarung über den Haftungsausschluss ausgeht, kann nur so verstanden werden, dass eine gleichlautende Kundmachung des Erben in der von § 38 Abs 4 geforderten Form publik zu machen ist (Eintragung im Firmenbuch, verkehrsübliche Bekanntmachung oder Mitteilung an den Dritten). Für den notwendigen zeitlichen Zusammenhang mit dem Unternehmensübergang genügt die Verlautbarung innerhalb der dreimonatigen Bedenkzeit für die Fortführung (§ 40 Abs 2). Von mehreren Erben kann jeder Miterbe die Haftung für sich ausschließen.³⁴

Zu § 27 HGB war auch umstritten, ob die Veräußerung des Unternehmens durch den Erben der Einstellung als Haftungsausschlussgrund gleichzuhalten ist. Die hL bejahte dies, wenn der Erwerber die Firma nicht fortführte.³⁵ Da nach den §§ 38 ff die Firmenfortführung kein haftungsrelevantes Kriterium mehr zum Schutz einer Kontinuitätsvorstellung des Geschäftsverkehrs bildet, muss dieses Problem anders gelöst werden. Im Unterschied zu § 27 Abs 2, nach dem auch der Erbe, der das Unternehmen als Vertreter des Nachlasses fortführte, persönlich haftbar wurde, findet die unbeschränkte unternehmensrechtliche Haftung des Erben ihre Rechtfertigung

²⁶ RV 33.

²⁷ Siehe zu diesem Problem *Schuhmacher*, Firmenrecht, in *Harrer/Mader* (Hrsg), HGB-Reform, 43; *Krejci* in *Krejci/Schmidt*, Vom HGB zum Unternehmensgesetzbuch 28f.

²⁸ RV 33.

²⁹ Von der Haftung des zu veräußernden Nachlasses oder Erben einerseits und des erwerbenden Legatars andererseits gegenüber Dritten nach den §§ 38, 39 oder § 1409 ABGB ist deren Innenverhältnis zu unterscheiden. Dieses richtet sich nach den §§ 662, 686 ABGB, wonach der Legatar die auf dem Vermächtnis zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers haftenden Lasten, einschließlich obligatorischer Schulden des Erblassers, die sich auf die vermachte Sache beziehen, übernimmt (RIS-Justiz RS0116775; NZ 1931, 73). Wird der veräußernde Nachlass oder Erbe von Dritten daraus in Anspruch genommen, kann er beim Legatar Regress nehmen (vgl jedoch *Krejci*, Handelsrecht³, 130).

³⁰ RV 34.

³¹ Im Zusammenhang mit der Hemmung des Ablaufes der Frist gegen unvertretene pflegebefohlene Personen wird der Begriff „*ei-genberechtigt*“ durch den Terminus „*geschäftsfähig*“ ersetzt.

³² *Fromherz* in *Jabornegg*, HGB § 27 Rz 18; *Frotz*, Rechtsfragen, in *GedS Schönherr* 350ff.

³³ *Krejci*, Handelsrecht³, 124f; *Schuhmacher* in *Straube*, HGB³ I § 27 Rz 8; *Frotz*, Rechtsfragen, in *GedS Schönherr* 353ff.

³⁴ *Fromherz* in *Jabornegg*, HGB § 27 Rz 25.

³⁵ *Krejci*, Handelsrecht³, 124; *Fromherz* in *Jabornegg*, HGB § 27 Rz 16; *Schuhmacher* in *Straube*, HGB³ I § 27 Rz 12.

jetzt in der dem Erben durch die Einantwortung vermittelten dauerhaften Verfügung über das Unternehmen und den Haftungsfonds, den es repräsentiert. Der Erbe, der noch innerhalb der Bedenkzeit zur Fortführung die Herrschaft über das Unternehmen durch Veräußerung aufgibt (zu denken ist auch an die Übertragung an einen Miterben im Wege einer Erbteilung), wird ebenso in den Genuss der beschränkten bürgerlich-rechtlichen Erbenhaftung zu kommen haben, wie ein Erbe, dem das Unternehmen aus anderen Gründen (vorzeitige Einstellung des Betriebes) nicht mehr eingewantwortet wird.

§ 40 findet auf die Fortführung eines Unternehmens durch den Erben Anwendung, wenn der Erbanfall nach dem 31. 12. 2006 liegt (§ 907 Abs 7).

G. Personengesellschaften: Auflösung, Ausscheiden, einstweilige Fortführung und Fortsetzung

1. Auflösung

Im Vorfeld der Reformdiskussion wurde erwogen, § 131 Z 4 HGB nach dem Vorbild der deutschen Handelsrechtsreform dahingehend zu ändern, dass der Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters nicht mehr zur Auflösung, sondern zum Ausscheiden des Gesellschafters führt.³⁶ In der Lehre wurde darauf hingewiesen, dass dies den mutmaßlichen Interessen der Gesellschafter nicht entsprechen, zu Wertungswidersprüchen mit der Vererblichkeit der Kommanditbeteiligung (§ 177 HGB) führen und der Zwang zur Abschichtung des Komplementärs auch gegen das Kontinuitätsinteresse der Mitgesellschafter wirken würde.³⁷ Der Gesetzgeber hat diese Bedenken geteilt. Es bleibt bei der bestehenden Regelung (§ 131 Z 4).

§ 136 HGB hat den geschäftsführenden Gesellschafter, der die Auflösung der Gesellschaft weder kannte noch kennen musste und im Vertrauen auf seine fortgesetzte Geschäftsführungsbefugnis werbende Geschäfte tätigt, ausdrücklich vor möglichen Haftungsrisiken geschützt. Weil eine Erfolgshaftung schon nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen ausscheidet, wird diese Bestimmung jedoch als überflüssig betrachtet und aufgehoben.³⁸

2. Ausscheiden

§ 138 HGB hat für den Fall einer vertraglichen Fortsetzungsklausel (Ausscheiden des Gesellschafters, dessen Ableben nach dem Gesetz zur Auflösung geführt hätte,

und Fortführung der Gesellschaft mit den übrigen Gesellschaftern) als Zeitpunkt für das Ausscheiden den der unterbliebenen Auflösung festgelegt. Nach den Erläuterungen der RV³⁹ habe sich diese Bestimmung von selbst verstanden und wird aufgehoben. Eine Änderung der Rechtslage ist damit nicht bezweckt. Fortsetzungsklauseln bleiben gültig und können auch künftig vereinbart werden.

Die Bestimmungen über die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter in Art 7 Nr 15 Abs 2 bis 5 der Vierten Einführungsverordnung (4. EVHGB)⁴⁰ werden ohne wesentliche Änderungen von § 137 Abs 1 bis 4 übernommen. Die Anordnung in Art 7 Nr 15 Abs 1 der 4. EVHGB, wonach der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern anwachse, ist nach den Materialien als systemwidrig zu betrachten und wird aus dem Rechtsbestand entfernt.⁴¹ § 137 Abs 4 vereinfacht die umständliche Regelung des Art 7 Nr 15 Abs 5 der 4. EVHGB und stellt klar, dass der Ausscheidende eine Verbindlichkeit aus dem Gesellschaftsverhältnis (den Saldo von Kapital- und Verrechnungskonto) auszugleichen hat. Ein Verlustanteil wird dem Kapitalkonto im Verhältnis der Beteiligung zugewiesen (§§ 109 Abs 1, 121 Abs 2). Die Haftung des Kommanditisten bleibt auf die bedungene Einlage beschränkt (§ 169).⁴² Art 7 Nr 16 der 4. EVHGB über die Beteiligung des Ausscheidenden an schwebenden Geschäften wird wortgleich von § 138 übernommen.

3. Einstweilige Fortführung

Die Verpflichtung zur einstweiligen Geschäftsbesorgung im Falle der Auflösung der Gesellschaft durch das Ableben eines Gesellschafters wird in § 136 Abs 1 (bisher: § 137 Abs 1 HGB) neu geregelt. Die Verpflichtung des Erben, den Tod des Rechtsvorgängers den anderen Gesellschaftern unverzüglich anzuzeigen und bei Gefahr im Verzug – bis anderweitig Vorsorge getroffen werden kann – an der Vornahme dringender Geschäfte mitzuwirken, entfällt. Die Pflicht zur einstweiligen Fortführung trifft nur mehr die übrigen Gesellschafter.

§ 136 Abs 1 ist anzuwenden, wenn die Gesellschaft nach dem 31. 12. 2006 durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird (§ 907 Abs 10). Andere Anordnungen in bestehenden Gesellschaftsverträgen bleiben davon unberührt, sofern sich die Gesellschafter nicht den jeweils gültigen gesetzlichen Regelungen unterworfen haben.

³⁹ RV 42.

⁴⁰ Die 4. EVHGB wird mit Ablauf des 31. 12. 2006 außer Kraft gesetzt (Art XXIX HaRÄG). Die daraus übernommenen bzw. modifizierten Bestimmungen werden in die Kodifikation des UGB eingearbeitet.

⁴¹ RV 42.

⁴² Die §§ 137 Abs 4, 109 Abs 1, 121 Abs 2 sowie 169 sind auf nach dem 31. 12. 2006 errichtete Gesellschaften anzuwenden (§ 907 Abs 9).

³⁶ Siehe dazu *Schauer*, Rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeiten bei der erbrechtlichen Nachfolge in Personenhandelsgesellschaften, in *Kalss/Schauer* (Hrsg), Unternehmensnachfolge 116f.

³⁷ *Schmidt* in *Krejci/Schmidt*, Vom HGB zum Unternehmensgesetzbuch, 136ff; *Schmidt*, Zum Stand der HGB-Reform, JBl 2003, 146f.

³⁸ RV 42.

4. Fortsetzung mit den Erben (Nachfolgeklausel)

§ 139 HGB, wonach im Falle einer Nachfolgeklausel (Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben im Falle des Todes eines Gesellschafters an Stelle der Auflösung) der Erbe den Verbleib in der Gesellschaft von der Einräumung einer Kommanditbeteiligung abhängig machen und bei deren Verweigerung das vorzeitige Ausscheiden erklären konnte, hat bisher nach Maßgabe der durch Art 7 Nr 17 der 4. EVHGB vorgenommenen Anpassungen an den österreichischen Rechtsbereich (Konzept des ruhenden Nachlasses, Verjährung gegen nicht eigenberechtigte Personen) gegolten. Art 7 Nr 17 Abs 1 der 4. EVHGB hat klargestellt, dass die Gesellschaft bis zur Einantwortung mit der Verlassenschaft fortgesetzt wird. Für das Verlangen auf Umwandlung der Beteiligung und die Erklärung über das Ausscheiden sah Art 7 Nr 17 Abs 2 der 4. EVHGB eine Frist von einem Monat vor, die bei nicht eigenberechtigten Personen ohne gesetzlichen Vertreter erst nach Wegfall des Vertretungsmangels zu laufen begann. § 139 Abs 1 und 3 übernimmt diese Adaptionen in eine bereinigte Fassung,⁴³ wobei die Frist für die Ausübung der Rechte des zur Nachfolge berufenen Erben auf drei Monate verlängert wird (Anpassung an die dem Erben gem § 40 Abs 2 eingeräumte Bedenkzeit)⁴⁴ (§ 139 Abs 3).

§ 139 Abs 3 ist auf Erben anzuwenden, denen die Verlassenschaft nach dem 30. 9. 2006 eingewantwortet wird (§ 907 Abs 11).

5. Fortsetzungsbeschluss

§ 141 Abs 1 schreibt das schon nach alter Rechtslage anerkannte Recht der Gesellschafter fest, bei Auflösung

der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters (§ 131 Z 4) den Fortbestand der Gesellschaft zu beschließen. Neu ist, dass die Mitwirkung an der Fassung des Fortsetzungsbeschlusses den verbleibenden Gesellschaftern vorbehalten wird (§ 141 Abs 1 zweiter Satz). Das ist insofern nicht ganz unproblematisch, als der Erbe – wenn der Gesellschaftsvertrag keine Fortsetzungsklausel enthält – an der Abwicklung teilzunehmen hätte und von einem Verzicht auf die Liquidation betroffen ist.⁴⁵

Nach den Übergangsbestimmungen kommt § 141 Abs 1 zweiter Satz auch auf schon vor dem 31. 12. 2006 errichtete Gesellschaften zur Anwendung, wenn sich die Auflösung nach diesem Zeitpunkt ereignet (§§ 906 Abs 14, 907 Abs 9). An bestehenden Verträgen wird die Neuregelung nichts ändern, wenn darin für das Entscheidungsverfahren und die Berücksichtigung der Verlassenschaft bzw des Erben besondere Vorsorge getroffen ist (siehe dazu oben unter Abschnitt G.3.).

H. Schlussbemerkung

Das HaRÄG bringt einige Erleichterungen für die Regelung und Durchführung der Nachfolge in Unternehmen und Anteile an Personengesellschaften. Zu beachten ist insbesondere die Eintrittsautomatik in Rechtsverhältnisse bei der Einzelrechtsnachfolge des Legatars, die Verlängerung der Fristen für die Entscheidung des Erben über die Fortführung des Unternehmens und über den Eintritt nach einem persönlich haftenden Gesellschafter auf drei Monate sowie der Ausschluss des Erben eines Komplementärs von der Verpflichtung zur einstweiligen Geschäftsbesorgung und von der Mitwirkung an der Fassung eines Fortsetzungsbeschlusses.

⁴³ An Stelle von „eigenberechtigt“ heißt es „geschäftsfähig“.

⁴⁴ Vgl RV 43.

⁴⁵ Schauer, Nachfolge in Personenhandelsgesellschaften, in *Kalss/Schauer* (Hrsg), Unternehmensnachfolge 118 ff.