

AUFSÄTZE

Der internationale Unternehmenskauf vor dem Schiedsgericht: Anwendbares Recht

Unternehmenskaufverträge enthalten häufig eine Schiedsvereinbarung, weil die Parteien bei komplexen Sachverhalten Schiedsgerichten mehr Entscheidungseffizienz zubilligen als den staatlichen Gerichten. Auch Geheimhaltungsinteressen spielen eine starke Rolle bei der Bevorzugung von Schiedsgerichten als Streitbeilegungsinstanz bei Unternehmenskäufen. Dabei weisen Unternehmenskaufverträge sehr häufig ein internationales Element auf, weil die Erschließung eines neuen Marktes häufig über eine Akquisition erfolgt. Speziell in Österreich spielen ausländische Direktinvestments traditionell eine große Rolle. Aufgrund des grenzüberschreitenden Charakters zahlreicher Unternehmenskäufe stellt sich dem Schiedsgericht daher häufig die Frage nach dem anwendbaren Recht.

Auf den ersten Blick lässt sich diese Frage manchmal schnell beantworten, weil Unternehmenskaufverträge als stark von spezialisierten Juristen geprägte Verträge fast immer eine Rechtswahlklausel beinhalten. Die Rechtswahlklausel erweist sich jedoch häufig nur als Anfangs- und nicht als Endpunkt der Suche nach dem anwendbaren Recht, weil sie über die oft entscheidende Frage nach ihrer Reichweite – also welche Rechtsverhältnisse von ihr erfasst werden – nichts aussagt und infolge der Rechtswahlresistenz vieler Rechtsnormen auch nichts aussagen kann. Die Frage nach dem anwendbaren Recht ist daher in den meisten Fällen komplexer, als es zunächst den Anschein hat.

Deskriptoren: Schiedsverfahren, Schiedsvereinbarung, Internationales Privatrecht, Vertragsübergang, Unternehmenskauf.

Normen: § 583 ZPO, § 603 ZPO, § 38 UGB, § 76 GmbHG, Rom I-VO, IPRG.

Von Dietmar Czernich

1. Die Schiedsvereinbarung im Unternehmenskaufvertrag (SPA)

§ 583 ZPO fordert für die Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung ein von beiden Parteien unterzeichnetes Schriftstück. Dieses Schriftstück ist häufig der zugrundeliegende Hauptvertrag. In Zusammenhang mit Unternehmenskaufverträgen führt das Schriftformerfordernis kaum zu Schwierigkeiten, weil diese aufgrund ihres hohen Austauschwertes und ihrer Komplexität ausnahmslos schriftlich abgeschlossen werden. Zu beachten bleibt, dass für die Schiedsvereinbarung die sog. „*Theory of Separability*“ gilt.¹ Demnach ist eine Schiedsvereinba-

rung ein eigenständiger Vertrag, der vom Hauptvertrag rechtlich getrennt zu sehen ist, auch wenn er sich in derselben Urkunde befindet. Diese Trennung bewirkt insbesondere, dass die Unwirksamkeit des Hauptvertrages grundsätzlich keine Folgen für die Schiedsklausel hat; diese bleibt weiterhin aufrecht, sodass das Schiedsgericht zuständig bleibt.² Hierbei hat die Schiedsvereinbarung auch kollisionsrechtlich ein eigenes Schicksal. Sie kann einem anderen Recht unterstehen als demjenigen, das auf den Hauptvertrag anwendbar ist.³

Die Schiedsklausel im Unternehmenskaufvertrag entfaltet aber grundsätzlich keine Wirkung Dritten gegenüber. Dies ist insbesondere beim *asset deal* von Bedeutung: Die Schiedsklausel im Unternehmenskaufvertrag erstreckt sich nicht auf Verträge, die der Käufer im Zuge der Unternehmensübernahme übernimmt. Streitigkeiten aus dem Rechtsverhältnis des Käufers gegenüber dem Dritten unterliegen jenem Streitbeilegungsmechanismus, dem der übernommene Vertrag unterliegt, im Zweifel dem ordentlichen Gericht. Dabei bleibt es auch, wenn der Unternehmenskaufvertrag erst den Rechtsgrund des Vertragspartnerwechsels (§ 38 UGB) darstellt.

1 Zeiler, Schiedsverfahren² (2014) § 581 Rz 93.

2 4 Ob 142/07x RdW 2007, 734.

3 Born, International Commercial Arbitration (2014) Vol I 412.

4 Czernich, Schiedsklauseln bei österreichischen Kapitalgesellschaften, SchiedsVZ 2014, 86.

D

Die 2. denen noch mit we gen be Seit de 200 ne und za berück die Ne umfass Kartell und Au und Ge nissen Der Sch Ausgle enthält auch an den Au Vertrag Gerade den Fra in der F führlich welche Ausglei derung Abzinsu

Erfolgt der Anteilskauf im Wege einer Kapitalerhöhung und enthält die Satzung des *target* eine Schiedsklausel, so erstreckt sich diese nicht automatisch auf den Beteiligungsvertrag. Die Übernahms- und Beitrittserklärung (GmbH) oder der Zeichnungsvertrag (AG) unterliegt jedoch der Schiedsklausel in der Satzung, weil statutarische Schiedsklauseln sich auch auf Dritte beziehen, die erst Gesellschafter werden.⁴ In diesen Fällen kann es dazu kommen, dass der Unternehmenskaufvertrag der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterliegt, soweit er keine Schiedsklausel vorsieht, während der Übernahms- und Beitrittsvertrag der Schiedsgerichtsbarkeit unterliegt, die die Satzung bestimmt. Um dieses unliebsame Ergebnis zu vermeiden, sollte auf einen Gleichlauf der Streitbeilegungsklauseln geachtet werden.

2. Vom Schiedsgericht anzuwendende Kollisionsnormen

Hat das Schiedsgericht seinen Sitz in Österreich, so bestimmt § 603 ZPO vordergründig das anzuwendende Recht. Demnach unterliegt der Vertrag zunächst dem von den Parteien gewähltem Recht; fehlt eine Rechtswahl, so wendet das Schiedsgericht jene Rechtsvorschriften an, die ihm angemessen erscheinen. § 603 ZPO würde es dem Schiedsgericht somit grundsätzlich auch erlauben, ein anderes als das österreichische Kollisionsrecht zur Bestimmung des auf den Vertrag materiell anzuwendenden Rechts heranzuziehen.⁵ Nach richtiger,⁶ aber nicht unbestrittener Meinung,⁷ wurde § 603 ZPO durch das Inkrafttreten der Rom I-VO materiell derogiert. Die Rom I-VO beansprucht als sekundäres Gemeinschaftsrecht Vorrang vor nationalem Recht und ist – wie jede andere europarechtliche Norm – auch im Schiedsverfahren anzuwenden. Somit bestimmt die Rom I-VO das auf einen internationalen Unternehmenskaufvertrag anwendbare Recht auch für das Schiedsgericht, wenn dieses seinen Sitz in Österreich hat und zumindest eine der Parteien ihren Sitz in der EU hat. Überschreitet die Rechtsfrage ihren sachlichen Anwendungsbereich, bestimmt § 603 ZPO das anzuwendende Recht, soweit keine andere Kollisionsnorm des Europarechts den Sachverhalt erfasst. Soweit die Sache einen Österreich-Bezug hat, hat das Schiedsgericht die Kollisionsnormen des IPRG heranzuziehen, weil diese zur Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Inlandsbezug „angemessen“ iS § 603 Abs 2 ZPO sind. Ein ausreichenden

der Inlandsbezug liegt immer dann vor, wenn zumindest eine der Parteien des Unternehmenskaufvertrages ihren Sitz in Österreich hat oder das kaufgegenständliche Unternehmen in Österreich belegen ist.

3. Share Deal

3.1 Bestimmung des anwendbaren Rechts

3.1.1 Ausdrückliche Rechtswahl

Im Bereich der GmbH unterliegt der Abtretungsvertrag der Notariatsaktsform und damit der Schriftform. In dem schriftlichen Vertrag findet sich beim Auslandsbezug regelmäßig eine Rechtswahlvereinbarung (Verweisungsvertrag). Auch Aktienkaufverträge, selbst wenn sie keiner Formpflicht unterliegen, sind fast immer verschriftlicht und weisen bei Auslandsbeziehung eine Rechtswahlvereinbarung auf. Das so gewählte Recht bestimmt im Rahmen des Vertragsstatuts das gesamte Rechtsverhältnis. Für die Rechtswahl im Unternehmenskaufvertrag gelten die allgemeinen Regeln ohne Besonderheiten.⁸ Häufig werden Rechtswahlvereinbarungen zu umständlich formuliert und beschwören eher die Gefahr von Missverständnissen herauf, als zur sicheren Regelung beizutragen. Unternehmenskaufverträge weisen regelmäßig einen erheblichen Umfang auf und Vertragsverfasser neigen dazu, die Rechtswahlklausel an diesen Umfang anzupassen. Dies geschieht häufig dadurch, dass etwa Regelungen über den Umfang des Vertragsstatuts aufgenommen werden („... dieser Vertrag einschließlich seiner Gültigkeit, seines Zustandekommens und seiner Auflösung etc unterliegt österreichischem Recht ...“). Von derartigen Klauseln ist – trotz ihrer weiten Verbreitung – abzuraten: Der Umfang des Vertragsstatuts wird umfassend von Art 12 Rom I-VO vorgegeben. Regelungen über dessen Umfang in der Rechtswahlklausel sind somit nicht erforderlich, wenn von der gesetzlichen Regelung nicht abgegangen werden soll. Indem die Rechtswahlklausel selbst einige Rechtsfragen ausdrücklich herausgreift, die dem Vertragsstatut unterliegen sollen, aber ohnehin von der gesetzlichen Regel des Art 12 Rom I-VO erfasst sind, besteht die Gefahr, dass ein Schiedsgericht zur Auffassung gelangen könnte, dass die nicht aufgezählten Bereiche auch nicht von der Rechtswahlklausel umfasst sein sollen. Diese Gefahr besteht

⁵ Zeiler, Schiedsverfahren² § 603 ZPO Rz 2.

⁶ Mankowski, Rom I-VO und Schiedsverfahren, RIW 2011, 30, ihm folgend Czernich, Die Bestimmung des anwendbaren Rechts im Schiedsverfahren: Rom I-VO vs nationales Sonderkollisionsrecht, wbl 2013, 554.

⁷ Busse, „Rom I“ und „Rom II“: Anwendbarkeit vor Schiedsgerichten, ecolx 2012, 1072; Schmidt-Abrendt/Höttler, Anwendbares

Recht bei Schiedsverfahren mit Sitz in Deutschland, SchiedsVZ 2011, 267; Grimm, Applicability of the Rome I and Rome II Regulations to International Arbitration, SchiedsVZ 2013, 189; Nueber, Nochmals Schiedsgerichtsbarkeit ist vom Anwendungsbereich der Rom I-VO nicht erfasst, SchiedsVZ 2014, 186.

⁸ Dazu umfassend Czernich, Die Rechtswahl im internationalen österreichischen Vertragsrecht, ZfRV 2013, 157.

insbesondere bei Schiedsgerichten mit Schiedsrichtern, die in den Interpretationsregeln des *Common Law* juristisch sozialisiert wurden.

Zu beachten ist, dass der Verweisungsvertrag, mit dem die Rechtswahl getroffen wird, ein vom Hauptvertrag getrenntes rechtliches Schicksal hat.⁹ Wie die Schiedsklausel kann auch die Rechtswahlvereinbarung die „*Theory of Seperability*“ für sich in Anspruch nehmen: Kommt es später zu einer Aufhebung oder Nichtigerklärung des Hauptvertrages, so überlebt die Rechtswahlklausel den Hauptvertrag selbst dann, wenn dieser *ex tunc* aufgehoben wird, wie dies bei einer kartellrechtlich bedingten Nichtigkeit des Vertrages der Fall wäre. Das in der Rechtswahlvereinbarung vereinbarte Recht bestimmt dann gemäß Art 12 Abs 1 lit e Rom I-VO auch die Rückabwicklung der bereits ausgetauschten Leistungen.¹⁰ Dasselbe gilt, wenn der Hauptvertrag formnichtig ist: Auch in diesem Fall bleibt die Rechtswahlklausel aufrecht.¹¹

3.1.2 Schlüssige Rechtswahl

Haben die Parteien ausnahmsweise keine Rechtswahl getroffen, so ist grundsätzlich objektiv anzuknüpfen. Allerdings darf die Abwesenheit einer Rechtswahl nicht vorschnell angenommen werden. Es genügt für deren Vorliegen, dass sich die Parteien schlüssig auf ein bestimmtes Recht geeinigt haben. Art 3 Rom I-VO verlangt hierfür eine Vereinbarung zwischen den Parteien.¹² Sie müssen daher zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses den realen Willen gehabt haben,¹³ ein bestimmtes Recht zur Anwendung bringen zu wollen, haben es aber aus bestimmten Gründen unterlassen, eine ausdrückliche Rechtswahl zu treffen. Der Parteiwille muss in Form eines realen kollisionsrechtlichen Gestaltungswillens¹⁴ vorliegen,¹⁵ dh die Parteien mussten die Absicht haben, eine Rechtswahl zu treffen.

Fehlt es an diesen Voraussetzungen, kommt es zu keiner Rechtswahl und der Vertrag ist objektiv anzuknüpfen. Insbesondere ist die Annahme der Parteien, ein

bestimmtes Recht sei anwendbar, nicht ausreichend, weil getrennte Annahmen jeder Partei mangels Erklärung des Willens nicht zu einer Vereinbarung führen können.¹⁶ Ebenso wenig genügt eine hypothetische Rechtswahl, bei der es darauf ankäme, welches Recht die Parteien gewählt hätten, wenn sie an die Notwendigkeit einer Rechtswahl gedacht hätten.¹⁷

Die schlüssige Vereinbarung hat sich aus den Bestimmungen des Vertrages oder den Umständen des Einzelfalles zu ergeben.¹⁸ Ein starkes Indiz für eine schlüssige Rechtswahl ist die Bezugnahme auf bestimmte Normen einer bestimmten Rechtsordnung.¹⁹ Dem Vertragsabschlussort kommt nur geringe Indizwirkung zu,²⁰ ebenso wenig wie dem Abschluss des Vertrages vor einem (österreichischen) Notar. Die Solemnisation des GmbH-Geschäftsanteilsvertrages durch einen österreichischen Notar ist nur eine Folge der Anordnung des § 76 Abs 2 GmbHG und daher kollisionsrechtlich eher bedeutungslos: Durch den Abschluss des Anteilskaufvertrages in der Form eines Notariatsaktes wollten die Parteien dem Formgebot des § 76 Abs 2 GmbHG genügen und nicht eine Rechtswahl zugunsten österreichischen Rechts treffen. Hier wird es regelmäßig am erforderlichen realen kollisionsrechtlichen Gestaltungswillen fehlen.

Häufig wird auch Streitbeilegungsklauseln Indizwirkung für eine schlüssige Rechtswahl in der Form beigemessen, dass das Recht am Ort der Streitschlichtung maßgeblich sein soll. Die Indizwirkung der Schiedsgerichtsklausel ist aber gering.²¹ Die Wahl des Sitzes des Schiedsgerichtes in einem bestimmten Staat bewirkt nicht automatisch eine schlüssige Rechtswahl zugunsten des Rechts dieses Staates.²² Parteien wählen bei internationalen Verträgen ein Schiedsgericht häufig gerade deshalb, um eine Entscheidungsinstanz zu gewinnen, die zu keiner der Parteien in einem staatlich-territorialen Naheverhältnis steht. Hat das von den Parteien gewählte Schiedsgericht seinen Sitz in einem „neutralen“ Drittstaat, so liegt in dessen Wahl keine schlüssige Rechtswahl zugunsten des Rechts des Sitzstaates.²³ Die Wahl eines neutralen Staates bringt ja gerade den Willen der Parteien zum Ausdruck, dass der

9 Magnus in Staudinger, BGB¹³ (2002) Art 27 EGBGB Rz 32; Heiss in Czernich/Heiss, EVÜ – Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen (1999) Art 3 Rz 48.

10 Martiny in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht⁷ (2010) Rz 456.

11 Martiny in MünchKomm BGB X⁵ (2010), Art 3 Rom I-VO Rz 109.

12 Magnus in Staudinger, Art 27 EGBGB Rz 32.

13 Martiny in MünchKomm BGB X⁵, Art 3 Rom I-VO Rz 46.

14 Verschraegen in Rummel, ABGB II/2 (2004), Art 3 EVÜ Rz 8; Leible in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, NK-BGB² (2012) Art 27 EGBGB Rz 46; Mankowski, Stillschweigende Rechtswahl und wählbares Recht, in Leible, Das Grünbuch zum internationalen Vertragsrecht (2004) 63 (65).

15 BGH IHR 2005, 76 (78); Magnus in Staudinger, Art 27 EGBGB Rz 60.

16 Von Hein in Rauscher, EuZPR/EuIPR (2011) Art 3 Rom I-VO Rz 12; Heiss in Czernich/Heiss, Art 3 EVÜ Rz 8.

17 Wagner, Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom-I-Verordnung), IPRax 2008, 377 (378); BGH II ZR 276/02 NJW-RR 2000, 1002 (1003); Verschraegen in Rummel, ABGB II/2, Art 3 EVÜ Rz 5.

18 Ferrari in Ferrari, Internationales Vertragsrecht² (2012) Art 4 Rom I-VO Rz 27.

19 Martiny in MünchKomm BGB X⁵, Art 3 Rom I-VO Rz 57ff.

20 So auch Ferrari in Ferrari, Internationales Vertragsrecht, Art 4 Rom I-VO Rz 35.

21 AM Martiny in MünchKomm BGB X⁵, Art 3 Rom I-VO Rz 51.

22 Ferrari in Ferrari, Internationales Vertragsrecht Art 3 Rom I-VO Rz 30; aA Magnus in Staudinger, Art 27 EGBGB Rz 68.

23 Anders die Rsp in England, die in einer Wahl eines neutralen englischen Schiedsortes gleichzeitig eine schlüssige Wahl englischen Rechts sieht, Egon Oldendorff v. Libera Corporation [1995] 2 Lloyd's Rep 64 (70).

D:

Die 2. denen nochm mit we gen be Seit de 200 ne und za berück die Nei umfass Kartell und Au und Ge nissen | Der Sch Ausgle enthält auch at den Au Vertrag Gerade den Fra in der F führung welche Ausglei derung Abzinsu

Dr. Mich lich zertif nach §§ 2 Schiedsve tionen zu

Tel: +43-1

Sitz gerade keine Verbindungen zu den Parteien oder zur Sache haben soll, und es widerspricht den Interessen der Parteien, das materielle Recht des neutralen Staates im Wege der Annahme einer schlüssigen Rechtswahl zur Anwendung zu bringen.

3.1.3 Objektive Anknüpfung

Liegt auch unter Anwendung dieser Kriterien keine (schlüssige) Rechtswahl vor, so bestimmt Art 4 Rom I-VO das anwendbare Recht. Für das UN-KaufR bleibt kein Raum, weil es auf den Erwerb von Sachgütern beschränkt ist und den Rechtserwerb von seinem sachlichen Anwendungsbereich ausschließt.²⁴ Ebenso wenig fällt der Unternehmenskaufvertrag unter die besondere Kollisionsnorm des Art 4 Abs 1 lit a Rom I-VO, wonach Kaufverträge dem Recht am Sitz des Verkäufers unterliegen, weil diese Vorschrift nur den Kauf beweglicher und körperlicher Sachen erfasst, nicht dagegen von Rechten.²⁵ Es bleibt somit bei der allgemeinen Anordnung des Art 4 Abs 3 Rom I-VO, wonach das Recht derjenigen Partei zur Anwendung zu bringen ist, die die vertragscharakteristische Leistung erbringt. Dies ist regelmäßig der Verkäufer.²⁶ Erfolgt der Anteilskauf im Wege einer Kapitalerhöhung, so liegt die charakteristische Leistung bei der Geschäftsanteile (Aktien) neu ausgeben den Gesellschaft, weil in diesem Fall der Erwerber nur Geld zahlt und somit die nicht charakteristische Leistung erbringt. Zahlt der Käufer den Kaufpreis mit eigenen Anteilen, die er zuvor durch eine Kapitalerhöhung geschaffen hat (Aktientausch), so lässt sich eine vertragscharakteristische Leistung nicht bestimmen. In diesem Fall ist nach Art 4 Abs 4 Rom I-VO aus der Gesamtheit der Umstände jene Rechtsordnung zu ermitteln, zu der die engste Verbindung besteht.

Art 4 Abs 3 Rom I-VO durchbricht die Maßgeblichkeit der charakteristischen Leistung: Besteht nämlich zu einem anderen Recht eine engere Beziehung als zu dem, das die Maßgeblichkeit der charakteristischen Leistung bestimmt, so kommt das Recht zur Anwendung, zu dem die offensichtlich engere Verbindung besteht. Für diese Regeldurchbrechung bleibt grundsätzlich nur in Ausnahmekonstellationen Raum, weil ansonsten die Grundnorm der Maßgeblichkeit der vertragscharakteristischen Leistung durchlöchert würde.²⁷ Eine der Ausnahmekonstellationen kann jedoch gerade beim Anteilskaufvertrag

vorliegen, wenn dadurch gleichzeitig das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen erworben werden soll. In diesem Fall ist der wahre Gegenstand des Kaufvertrages nämlich nicht der Anteil oder die Aktien, sondern das Unternehmen, das durch die Geschäftsanteile verkörpert wird. Davon wird immer dann auszugehen sein, wenn mindestens die Mehrheit der Anteile an der Gesellschaft Gegenstand des Vertrages ist. In diesen Fällen besteht zum Recht am Sitz der Gesellschaft und somit des Unternehmens eine offensichtlich engere Verbindung als zum Recht am Sitz des Verkäufers. Dieses wird in der Regel eher beziehungsarm sein.

Die Abweichung von der Regelanknüpfung begründet sich insbesondere aus dem Umstand, dass das kaufgegenständliche Unternehmen sehr stark durch das Recht an seinem Sitz determiniert wird, etwa durch die Steuerergesetze, die arbeitsrechtlichen Vorgaben, das Umwelthaftungsrecht, die öffentlich-rechtlichen Vorgaben der unternehmerischen Tätigkeit und durch das allgemeine Zivilrecht am Unternehmenssitz, dem die meisten Verträge unterstehen werden. Diese Eingebettetheit in das Recht am Unternehmenssitz rechtfertigt eine Abweichung von der Maßgeblichkeit des Rechts am Sitz der Vertragspartei, die die vertragscharakteristische Leistung erbringt, wenn sich deren Sitz nicht mit dem Sitz des verkauften Unternehmens deckt. In diesem Fall würde der Vertrag einem verbindungsarmen Recht unterstehen, weil das Recht am Sitz des Verkäufers kaum Verbindungen zum Recht am Sitz des verkauften Unternehmens aufweist.²⁸ Diese Lösung steht in Einklang mit dem kollisionsrechtlichen Gedanken des Art 4 Abs 1 lit a Rom I-VO, der Verträge über unbewegliche Sachen dem Recht am Belegenheitsort unterstellt, weil Unternehmen gleich wie unbewegliche Sachen in besondere Weise in die Rechtsordnung ihres Belegenheitsortes eingebettet sind.

Werden dagegen weniger als 50% der Anteile veräußert und bestehen auch sonst keine Anhaltspunkte dafür, dass nach dem Willen der Vertragsparteien das Unternehmen an sich – und nicht nur die Anteile – Gegenstand des Vertrages sein soll, so bleibt es bei der Maßgeblichkeit der vertragscharakteristischen Leistung. Letztlich ist hier immer eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angebracht und es sind alle Elemente heranzuziehen, die für die Beurteilung der Absicht der Parteien maßgeblich sind. Ebenso bleibt es bei der Anknüpfung an den Sitz

24 *Merkt/Göthel in Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht Rz 4401; nach *Brugger*, Unternehmenserwerb in Österreich (1990) 74, bliebe unklar, ob das UN-KaufR anzuwenden sei oder nicht.

25 *Ferrari in Ferrari*, Internationales Vertragsrecht Art 4 Rom I-VO Rz 18.

26 BGH IX ZR 129/96 NJW 1997, 2322; *Heiss in Czernich/Heiss*, Art 4 EVÜ Rz 100.

27 OGH 1 Ob 19/11t EvBl-LS 2011/106 = ZfRV-LS 2011/42 (*Oferner*) RdW 2011/563 (531).

28 AA *Merkt/Göthel in Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht Rz 4407 [durchgehende Anwendbarkeit des Rechts am Sitz des Verkäufers].

des Verkäufers, wenn das Zielunternehmen am Rechtsverkehr seines Belegenheitsstaates nicht oder nur in ganz untergeordnetem Maße teilnimmt, wie dies etwa bei reinen Holdinggesellschaften, *special purpose vehicles* oder Vorratsgesellschaften zutrifft. In diesen Fällen bleibt es bei der Maßgeblichkeit des Rechts des Verkäufers.

3.2 Umfang des Vertragsstatus

Allein die Aussage, der Vertrag unterstehe einem bestimmten Recht, ist für sich genommen nicht ausreichend, eine auszeichnende Grundlage für die Beurteilung der Rechtsanwendungsfrage zu bilden. Das auf den Vertrag anwendbare Recht umfasst nämlich nur jene Rechtsfragen, die vom Vertragsstatut erfasst sind.²⁹ Jene Rechtsfragen, die davon nicht erfasst sind, haben ein eigenes kollisionsrechtliches Schicksal und das auf sie anwendbare Recht muss gesondert ermittelt werden. Insoweit führt die Ermittlung des auf den Vertrag anwendbaren Rechts oft nur zur Mitte des Weges, aber nicht zu seinem Ende.

3.2.1 Vom Vertragsstatut erfasste Fragen

Art 12 Rom I-VO bemisst den Umfang des Vertragsstatus. Die Norm zirkelt seinen Umfang sehr weit, indem sie fast alle vertragsrechtlichen Aspekte in das Vertragsstatut einschließt (Universalität des Vertragsstatuts).³⁰ Dieses umfasst grundsätzlich den Vertrag „von der Wiege bis zur Bahre“. Insbesondere unterliegt ihm das Zustandekommen des Vertrages, seine spätere Abänderung, die Voraussetzungen und Folgen schlüssiger Erklärungen, die Auslegung des Vertrages, die Leistungsstörungen sowie die Erfüllung.³¹ Nach Art 18 Rom I-VO fallen auch – an sich prozessrechtliche Fragen – wie gesetzliche Vermutungen und die Beweislast nicht unter die *lex fori*, sondern unter das Vertragsstatut.

Die Aufrechnung unterliegt gemäß Art 17 Rom I-VO dem Recht, das auf die Forderung anwendbar ist, die zum Erlöschen gebracht werden soll. Möchte der Käufer etwa seine Kaufpreisschuld durch Aufrechnung (etwa mit Ansprüchen aus einem anderen Rechtsverhältnis) zum Erlöschen bringen, so unterliegt die Möglichkeit und Zulässigkeit der Aufrechnung dem auf den Hauptvertrag anwendbaren Recht.³² Haften mehrere Personen für ein- und dieselbe Schuld, so unterwirft Art 16 Rom I-VO die

Regressmöglichkeit des zahlenden Schuldners ebenfalls dem Recht, das auf die zu erfüllende Schuld anwendbar ist, regelmäßig also dem Vertragsstatut.

3.2.2 Vom Vertragsstatut nicht erfasste Fragen

Die Frage nach der Reichweite des Vertragsstatuts ist eigentlich eine Frage nach seinen Grenzen, weil es aufgrund seines universellen Charakters grundsätzlich alle Rechtsfragen umfasst. Diese Grenzen ergeben sich einerseits aus der Rom I-VO selbst, andererseits aus ihrem begrenzten sachlichen Anwendungsbereich. Fällt eine Materie aus ihrem Anwendungsbereich heraus, führt dies automatisch dazu, dass sie auch nicht mehr vom Vertragsstatut gedeckt ist, das in Art 12 Rom I-VO seine Begründung findet.

3.2.2.1 Verfügungsgeschäft

Die Rom I-VO erfasst nur schuldrechtliche Rechtsverhältnisse und klammert den Erwerb dinglicher Rechte aus ihrem Anwendungsbereich aus. Bereits Art 1 Abs 2 lit f Rom I-VO nimmt das Gesellschaftsrecht aus dem Anwendungsbereich der Rom I-VO aus. Unter diese Bereichsausnahme fällt auch die Übertragung von Geschäftsanteilen.³³ Somit untersteht die Frage, unter welchen Voraussetzungen es zum dinglichen Rechtsübergang an den verkauften Geschäftsanteilen kommt, nicht der Rom I-VO. In diesem Fall hat das Schiedsgericht das Kollisionsrecht an seinem Sitz anzuwenden.³⁴ Besteht ein ausreichender Österreich-Bezug, so ist dies das IPRG, sondern dem autonomen Kollisionsrecht der *lex fori*. Bei österreichischer *lex fori* bestimmt grundsätzlich § 31 IPRG iVm § 603 ZPO die Voraussetzungen und Wirkungen des dinglichen Rechtsübergangs (Sachstatut).³⁵ Nach ihrem klaren Wortlaut erstreckt sich diese Norm jedoch nur auf körperliche Sachen, zu denen Geschäftsanteile aber auch dann nicht gehören, wenn sie (wie bei der AG) verbrieft sind. Nach hA unterliegt der dingliche Übergang der Anteile dem Personalstatut der juristischen Person,³⁶ weil zu dieser die engste Verbindung iS § 1 IPRG besteht. Somit bestimmt dieses Recht, ob für den Anteilsübergang überhaupt ein dinglicher Rechtsakt erforderlich ist, wie dieser vorzunehmen ist und welche Wirkungen er hat.

29 Czernich, ZfRV 2013, 171.

30 Ferrari in Ferrari, Internationales Vertragsrecht Art 10 Rom I-VO Rz 2.

31 Spellenberg in MünchKomm BGB X⁴ (2006) Art 31 EGBGB Rz 4.

32 Kieninger in Ferrari, Internationales Vertragsrecht Art 17 Rom I-VO Rz 3.

33 Kieninger in Ferrari, Internationales Vertragsrecht Art 1 Rom I-VO Rz 20.

34 Schlosser in Stein/Jonas, ZPO²² (2002) § 1051 ZPO Rn 1.

35 Neumayr in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB³ (2010) § 31 IPRG Rz 1.

36 Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 391.

D:

Die 2. A
denen
nochm
mit wei
gen bei
Seit der
200 neu
und zal
berück
die Net
umfass
Kartellr
und Au
und Ge
nissen r
Der Sch
Ausglei
enthält
auch au
den Au
Vertrag
Gerade
den Fra
in der R
führlich
welche
Ausglei
derungs
Abzinsu

3.2.2.2. Vollmacht

Das Postulat der Universalität des Vertragsstatuts würde es gebieten, dass auch die Bevollmächtigung einer Person zum Abschluss eines Vertrages dem auf diesen Vertrag anwendbaren Recht untersteht. Dazu konnte sich der Europäische Gesetzgeber jedoch nicht durchringen und nahm in Art 1 Abs 2 lit g Rom I-VO die rechtsgeschäftliche Stellvertretung von ihrem Anwendungsbe- reich aus.³⁷ Damit unterliegt die Bestimmung des auf die Bevollmächtigung anwendbaren Rechts (Vollmachtsstatut) dem nationalen Kollisionsrecht der *lex fori*.³⁸ Dieses kann, muss aber nicht, zum Gleichlauf zwischen Vertragsstatut und Vollmachtsstatut führen. Eine automatische Wirkungserstreckung des Vertragsstatuts auf das Vollmachtsstatut scheidet jedoch aus.³⁹

Bei österreichischer *lex fori* ist das Vollmachtsstatut in § 49 IPRG geregelt. Dieses erfasst alle in Zusammenhang mit der Erteilung, dem Bestand, dem Umfang und dem Widerruf stehenden Rechtsfragen.⁴⁰ Insbesondere regelt das Vollmachtsstatut die Frage, inwieweit der Bevollmächtigte den Vertretenen rechtsgeschäftlich binden kann.⁴¹ Hinsichtlich der Bestimmung des Vollmachtsstatuts lässt § 49 Abs 1 IPRG eine Rechtswahl grundsätzlich zu, fordert jedoch, dass diese dem Dritten erkennbar sein muss. Diese Rechtswahl kann ausdrücklich oder auch nur schlüssig getroffen werden.⁴²

ME steht nichts entgegen, in einer ausdrücklichen Rechtswahl im Hauptvertrag auch eine schlüssige Rechtswahl zugunsten desselben Rechts hinsichtlich der Bevollmächtigung zu sehen, wenn es einen engen Zusammenhang zwischen Hauptvertrag und Bevollmächtigung gibt und wenn dem Dritten der Wille des Geschäftsherrn erkennbar ist, dass sich die Rechtswahl im Hauptvertrag auch auf die Vollmachtserteilung erstrecken soll. Diese Voraussetzungen werden regelmäßig dann vorliegen, wenn die Vollmacht für einen bestimmten Vertrag erteilt wird; dann gehen alle beteiligten Personen davon aus, dass sich die Rechtswahl im Hauptvertrag auch auf die Vollmacht erstreckt, weil sie Hauptvertrag und Bevollmächtigung als Einheit begreifen. Die Voraussetzungen werden dagegen fehlen, wenn die Vollmacht für eine Vielzahl von Geschäften mit verschiedenen Kontrahenten erteilt

wird; dann wird dem Dritten der Zusammenhang zwischen Hauptvertrag und Bevollmächtigung nicht ohne weiteres erkennbar sein. In diesen Fällen untersteht das Vollmachtsstatut gemäß § 49 Abs 2 IPRG dem Recht des Staates, in dem der Stellvertreter tätig wird. Dies wird nur ausnahmsweise dem Vertragsstatut entsprechen, sodass es zu einem Auseinanderfallen von Vollmachtsstatut und Vertragsstatut kommt.

3.2.2.3 Form

Soweit es sich bei der Zielgesellschaft um eine österreichische GmbH handelt, ist die Wirksamkeit der Übertragung der Geschäftsanteile gemäß § 76 Abs 2 GmbHG an die Einhaltung der Notariatsaktsform gebunden. Hierbei erfasst die Formpflicht sowohl das schuldrechtliche Verpflichtungs- als auch das dingliche Verfügungsgeschäft.⁴³ Das Formstatut des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts unterliegt einer anderen Kollisionsregel als das Formstatut des dinglichen Verfügungsaktes, sodass zu differenzieren ist:

3.2.2.3.1 Form des Verpflichtungsgeschäftes

Die Form eines Vertrages wird kollisionsrechtlich gesondert angeknüpft. Die Rom I-VO hat die Tendenz, internationale Verträge möglichst geltungskriterienhaltend zu qualifizieren (*favor negotii*)⁴⁴ und eröffnet daher in Art 11 verschiedene Alternativen, welchem Recht die Formfrage unterliegen soll. Ist der Vertrag nach nur einer dieser so berufenen Rechtsordnungen gültig, so ist der Vertrag insgesamt gültig, selbst wenn er etwa an seinem Erfüllungsort ungültig wäre. Eine gewisse Einschränkung erfährt der Grundsatz des *favor negotii* durch Art 11 Abs 5 Rom I-VO, der Formvorschriften für die Übertragung oder Einräumung obligatorischer Nutzungsrechte an unbeweglichen Sachen zwingend dem Recht an ihrem Belegenheitsort zuweist.

Außerhalb von Verträgen über unbewegliche Sachen richtet sich das Formstatut nach dem auf den Vertrag anwendbaren Recht, bildet also einen Teil des Vertragsstatuts. Hierbei ist es gleichgültig, ob das Vertragsstatut durch Rechtswahl oder objektive Anknüpfung bestimm-

37 Art 7 Rom I-VO in der Entwurfsfassung 2005 sah noch eine eigene Verweisungsregel für die rechtsgeschäftliche Vollmacht vor, die jedoch keinen Eingang in die geltende Fassung der Rom I-VO gefunden hat; vgl dazu näher Hausmann in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht Rz 5422.

38 Schwarz, Das Internationale Stellvertretungsrecht im Spiegel nationaler und supranationaler Kodifikationen, RabelsZ 71 (2007) 729 (744).

39 OGH 4 Ob 137/84 JBl 1987, 60 (Berger); 7 Ob 694/87 WBl 1988, 343 = SZ 61/10; BGH XI ZR 125/03 NJW 2004, 1315; Magnus in Staudinger, Einl zu Art 27-37 EGBGB Rz 110.

40 Verschraegen in Rummel, ABGB II/2 § 49 IPRG Rz 12.

41 OGH 12.4.1988, 4 Ob 504/88.

42 Verschraegen in Rummel, ABGB II/2 § 49 IPRG Rz 8.

43 RIS-Justiz RS0115336; statt vieler Koppensteiner/Rüffler, GmbHG (2007) § 76 Rz 26 mwN.

44 Schulze in Ferrari, Internationales Vertragsrecht Art 11 Rom I-VO Rz 1.

wird.⁴⁵ Ist der Vertrag nach diesem Recht (form-)ungültig, so ist alternativ nach dem Recht am Abschlussort zu prüfen, ob der Vertrag formgültig ist. Soweit dies der Fall ist, bleibt es bei der Gültigkeit des Vertrages. Wenn der Vertrag unter Abwesenden geschlossen wird, genügt es nach Art 11 Abs 2 Rom I-VO, wenn zumindest die Form nach dem Recht einer der vertragsschließenden Parteien eingehalten wird.⁴⁶

Diese kollisionsrechtliche Rechtslage hat hinsichtlich der Formpflichtigkeit der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen zur Folge, dass diese (hinsichtlich des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts) auch formfrei erfolgen kann, wenn das Vertragsstatut oder das Recht am Vertragsabschlussort keine Form fordert.⁴⁷ Ein Vertrag über die Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils kann daher auch ohne Einhaltung der Notariatsaktsform gültig abgeschlossen werden, wenn das Formstatut eine formfreie Übertragung zulässt.⁴⁸ Dies wäre namentlich bei Abschluss in der Schweiz oder schweizer Vertragsstatut der Fall, weil in der Schweiz die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen nach Art 785 OR nur an die Schriftform gebunden ist. In diesem Fall kann wirksam auf den Abschluss des Vertrages in Notariatsaktsform geklagt werden.

Die bisherige Rsp des OGH⁴⁹, wonach die Einhaltung der Formvorschrift auch für das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft als Eingriffsnorm qualifiziert werden könnte, lässt sich spätestens seit dem Inkrafttreten der Rom I-VO nicht aufrechterhalten. Nach Art 9 Rom I-VO sind Eingriffsnormen gesetzliche Bestimmungen, deren Einhaltung von einem Staat als entscheidend für die Einhaltung seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation erachtet wird. § 76 Abs 2 GmbHHG kann daher nur dann als Eingriffsnorm qualifiziert werden, wenn die Einhaltung dieser Norm für die (hier) wirtschaftliche Organisation in Österreich von entscheidender Bedeutung ist. Da das österreichische Recht jedoch die Übertragung von Geschäftsanteilen auch in formfreier Weise kennt (Aktien) und dies auch bei Gesellschaftstypen mit wesentlich höherem Haftungsrisiko (OG) zulässt, kann keinesfalls gesagt werden, dass die Einhaltung der Notariatsaktsform gerade bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen von

entscheidender Bedeutung sei. Auch der immer wieder angezogene Immobilisierungszweck kann keine Grundlage für die Qualifikation der Vorschrift als Eingriffsnorm bilden, weil das österreichische Recht bei der Publikums-KG die Verkehrsfähigkeit von Beteiligungen auch an Gesellschaften zulässt, die einen sehr geringen Grad an Anlegerschutz aufweisen. Das österreichische Recht kennt somit an anderer Stelle die formfreie Übertragung von Geschäftsanteilen mit ähnlichem Risikoprofil wie bei einem GmbH-Anteil, sodass die Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHHG nicht zu jenen Vorschriften zählen kann, deren Einhaltung für die wirtschaftliche Organisation Österreichs von entscheidender Bedeutung ist. Es gibt wohl nur ganz wenige Normen, deren Einhaltung für die Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen und sozialen Ordnung in Österreich von entscheidender Bedeutung ist, § 76 Abs 2 GmbHHG gehört jedoch ganz sicher nicht dazu.⁵⁰ § 76 Abs 2 GmbHHG kommt somit nicht der Charakter einer Eingriffsnorm zu, die sich gegen das Formstatut, das Art 9 Rom I-VO beruft, durchsetzt.⁵¹

3.2.2.3.2 Form des Verfügungsgeschäftes

Das Formstatut des dinglichen Verfügungsgeschäfts richtet sich nicht nach der Rom I-VO, weil diese den dinglichen Rechtsübergang von ihrem Anwendungsbereich ausnimmt. Das Formstatut dinglicher Übertragungen richtet sich somit (weiterhin) nach § 8 IPRG. Nach dieser Bestimmung ist die Form einer Rechtshandlung nach demselben Recht zu beurteilen wie die Rechtshandlung selbst. Es genügt jedoch die Einhaltung der Formvorschriften nach dem Recht des Staates, in dem die Rechtshandlung vorgenommen wird.

Nach der ersten Anknüpfungsvariante wird das Formstatut somit akzessorisch an das Recht angeknüpft, dem die Rechtshandlung unterliegt. Die dingliche Übertragung von Anteilen an Gesellschaften, die ihren Sitz in Österreich haben, unterliegt österreichischem Recht.⁵² Nach der ersten Anknüpfungsvariante muss somit die Notariatsaktsform eingehalten werden. Die akzessorische Anknüpfung erfährt durch die zweite Anknüpfungsvariante jedoch eine Öffnung: Demnach ist ein Rechtsgeschäft, das nach dem Verweis auf das Recht der ers-

45 *Schulze in Ferrari*, Internationales Vertragsrecht Art 11 Rom I-VO Rz 14.

46 *Reithmann in Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht Rz 765ff.

47 *Reithmann in Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht Rz 793.

48 So im Ergebnis auch *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht 385ff.

49 OGH 6 Ob 525/89 SZ 62/28 = RdW 1989, 191 = ZfRV 1989, 223 = ZfRV 1991, 47 = GesRZ 1989, 225 = IPRax 1990, 252 (*Kralik*, 255).

50 Sehr klar *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht 388 (... Qualifikation § 76 Abs 2 GmbHHG als Eingriffsnorm „ausgeschlossen“...).

51 So auch *Adensamer*, Zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung von Formfragen bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, wbl 2004, 508 (512).

52 So auch *Adensamer*, wbl 2004, 512.

D:

Die 2. .
denen
nochm
mit we
gen be
Seit de
200 ne
und za
berück
die Ne
umfass
Kartell
und Au
und Ge
nissen
Der Sch
Ausgle
enthält
auch an
den Au
Vertrag
Gerade
den Fra
in der I
führlich
welche
Ausgle
derung
Abzinsi

ten Anknüpfungsvariante (form-)ungültig ist, auch dann (form-)gültig, wenn die Formvorschriften am Ort der Vornahme der Rechtshandlung eingehalten werden (*locus regit actum*-Regel). Somit wäre der dingliche Übertragungsakt an einem GmbH-Geschäftsanteil auch dann gültig, wenn die Notariatsaktsform nicht eingehalten wird und (nur) den Formvorschriften des Rechts am Vertragsabschlussort entsprochen wird. Dies ist etwa im Verhältnis zu Deutschland praktisch, weil dort für den Übergang eines GmbH-Geschäftsanteils notarielle Beurkundung genügt (§ 15 dGmbHG),⁵³ oder im Verhältnis zur Schweiz, dessen Art 785 OR für den Rechtsübergang nur Schriftlichkeit fordert. Die Einschaltung einer Urkundsperson für die Übertragung von Anteilen an Gesellschaften ist im Common Law-Rechtskreis gänzlich unbekannt. Hier genügt regelmäßig eine einfachere Form.

Nun gibt es zwar vereinzelte Stimmen in der Literatur,⁵⁴ die die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen von der Öffnungsregelung nach der *locus regit actum*-Regel ausnehmen wollen und vertreten, sie gelte nicht für die Form der Übertragung von Gesellschaftsanteilen, die immer dem Recht am Sitz der Gesellschaft unterlägen, jedoch ist diese Meinung klar abzulehnen: Das IPRG bietet keine gesetzliche Grundlage für eine „Sonderanknüpfung“ von gesellschaftsrechtlichen Formfragen, sondern unterwirft alle Rechtshandlungen – *lege non distinguente* – der *locus regit actum*-Regel des § 8 IPRG.⁵⁵ Dem Gesetzgeber des IPRG war im Jahre 1979 bewusst, dass die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen bestimmten Formvorschriften unterliegt, und hätte er diese von der allgemeinen Regel des § 8 IPRG ausnehmen wollen, so wäre eine entsprechende gesetzliche Anordnung zu erwarten gewesen. Diese existiert jedoch nicht, sodass es keinen Grund gibt, die in § 8 IPRG angeordnete gesetzliche Regel gerade auf die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen nicht anzuwenden.

3.2.2.4 Übertragbarkeit der Anteile

Die Übertragbarkeit der Anteile richtet sich nicht nach dem Statut des Unternehmenskaufvertrages, sondern nach dem Gesellschaftstatut, also nach dem Recht am Sitz der Gesellschaft.⁵⁶ Dieses entscheidet über die Übertragbarkeit der Anteile, wobei es gleichgültig ist, ob sich die Übertragungsbeschränkungen aus dem Gesetz oder

der Satzung ergeben. Das Personalstatut entscheidet auch über die Rechtsfolgen der Missachtung der Vinkulierungsklausel. Dasselbe gilt, wenn sich die Übertragungsbeschränkungen aus einem Syndikatsvertrag ergeben, den die Gesellschafter untereinander abgeschlossen haben. Auch in diesem Fall richten sich die Übertragungsbeschränkungen nach dem auf den Syndikatsvertrag anwendbaren Recht und nicht nach dem Recht des Anteilskaufvertrages.

3.2.2.5 Gesellschaftsrechtliche Fragen

Rechtsfragen, die im engen Zusammenhang zum Verbandsverhältnis stehen, haben ein eigenes kollisionsrechtliches Schicksal, das vom Vertragsstatut des Unternehmenskaufvertrages zu trennen ist. Die Rechtsfragen aus dem Verbandsverhältnis unterstehen immer dem Personalstatut des Verbandes. Dazu zählen vorweg die Vertretungsmacht der Organe und die damit zusammenhängende Frage, wer einen Unternehmenskaufvertrag rechtswirksam unterzeichnen kann, wenn eine Unterzeichnung auch durch das *target* erforderlich ist. Ebenso bestimmt das Personalstatut, welche gesetzlichen Zustimmungserfordernisse der Verbandsperson für die Anteilsübertragung erforderlich sind. Insbesondere entscheidet das Personalstatut darüber, wer der Gesellschaft gegenüber als Anteilsinhaber anzusehen ist.⁵⁷ Erfolgt der Unternehmenskauf durch Übernahme neuer Anteile, die aus einer Kapitalerhöhung geschaffen werden, unterliegt die Erfüllung der Einlageverpflichtung dem Personalstatut der juristischen Person.

Allerdings fällt nicht jede Rechtsbeziehung eines Gesellschafters zur Gesellschaft unter das Personalstatut. Solche Verträge, die auch Dritte mit der Gesellschaft abschließen können, ohne Gesellschafter zu sein, sind kollisionsrechtlich wie gewöhnliche Verträge zu qualifizieren, sodass sie einer Rechtswahl nach Art 3 Rom I-VO zugänglich sind. Die Abgrenzung ist grundsätzlich unproblematisch. Schwierigkeiten bereitet jedoch die Einordnung des Gesellschafterdarlehens: Grundsätzlich ist die Darlehensgewährung kein Rechtsgeschäft, das rechtlich an die Gesellschafterstellung geknüpft ist, sodass das Gesellschafterdarlehen grundsätzlich dem von den Parteien gewählten Recht unterliegt. Kennt das gewählte Recht keine Sonderqualifikation von Gesellschafterdarlehen und gerät die Gesellschaft in die Krise, so fragt

53 Siehe aber OGH 6 Ob 525/89 RdW 1989, 191 = ZfRV 1989, 223 = ZfRV 1991, 47 = GesRZ 1989, 225 = IPRax 1990, 252 (Kralik, 255), wonach die Beurkundung der Abtretung durch einen deutschen Notar ohnehin dem österreichischen Notariatsakt gleichwertig ist.

54 *Verschraegen in Rummel*, ABGB II/2 § 8 IPRG Rz 9 unter Berufung auf *Bydlinski*, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen (1991) 42 ff.

55 So auch *Adensamer*, wbl 2004, 513.

56 *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht 392.

57 *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht 256.

sich, ob das Darlehen der Rückzahlungssperre des § 14 EKEG unterliegt. Diese Frage wird eher zu bejahen sein, wenngleich die Gegenargumente⁵⁸ beachtlich sind.

4. Asset Deal

Vertragsgegenstand beim *asset deal* sind nicht die Gesellschaftsanteile, die das Eigentum am Unternehmen vermitteln, sondern die einzelnen Wirtschaftsgüter, deren Summe das Unternehmen bilden. Schuldrechtlich erfolgt die Übertragung in einem zusammenhängenden Vertrag, die Erfüllung der Übertragungsverpflichtung richtet sich jedoch immer nach den Modalitäten, die für das einzelne Wirtschaftsgut gelten. Dies hat kollisionsrechtlich zur Folge, dass der Unternehmenskaufvertrag als *asset deal* in seinen schuldrechtlichen Aspekten als einheitlicher Vertrag aufzufassen ist, jedoch hinsichtlich seiner Erfüllungshandlungen nur insoweit, als diese vom Vertragsstatut umfasst sind. Die Erfüllung liegt beim *share deal* in der sachenrechtlichen Übertragung der verkauften Anteile, beim *asset deal* in der Übertragung der einzelnen Sachgüter. Systematisch besteht hier kein Unterschied, sondern eher quantitativ, weil auch beim *share deal* die sachenrechtliche Übertragung aus dem Schuldstatut hinausfällt, beim *asset deal* sind es aber zahlreiche einzelne Übertragungshandlungen, sodass die Durchbrechung der Einheitlichkeit des Schuldstatuts mehr ins Gewicht fällt.⁵⁹

4.1 Bestimmung des anwendbaren Rechts

4.1.1 Rechtswahl

Hinsichtlich des schuldrechtlichen Unternehmenskaufvertrages gelten grundsätzlich dieselben Grundsätze wie für den *share deal*.

4.1.2 Mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht

Beim *share deal* kommt die Anwendbarkeit des UN-KaufR von vorherein nicht in Betracht, weil es auf Kauf von Rechten nicht anwendbar ist.⁶⁰ Der Kauf von

Wirtschaftsgütern ist aber grundsätzlich vom Anwendungsbereich des UN-KaufR umfasst und einzelne Bestandteile des Unternehmenskaufvertrages könnten in den sachlichen Anwendungsbereich des UN-KaufR fallen, namentlich etwa das Warenlager und das Unternehmensinventar. Dennoch ist die teilweise Unterstellung eines Unternehmenskaufvertrages in der Form eines *asset deals* unter das UN-KaufR abzulehnen, weil es in seiner gesamten Regelungssystematik auf Umsatzgeschäfte mit Waren zugeschnitten ist und nicht auf Sachgesamtheiten wie Unternehmen.⁶¹ Nur wenn ein *asset deal* im Wesentlichen nur den Kauf des Warenlagers und des Inventars umfasst, wie dies häufig beim Unternehmenskauf aus der Insolvenz der Fall ist, ist der Anwendungsbereich des UN-KaufR eröffnet.⁶²

Wird dagegen ein lebendes Unternehmen veräußert, so richtet sich die Bestimmung des anwendbaren Rechts nach der Rom I-VO. Wenngleich es der Verkäufer ist, der die vertragscharakteristische Leistung erbringt, so tragen dieselben Gesichtspunkte, die oben⁶³ zum *share deal* ausgeführt wurden, die Abweichung von der Regelanknüpfung hin zur Ausweichklausel, wonach eine engere Verbindung zum Sitz des Unternehmens besteht und somit dieses Recht anzuwenden ist.⁶⁴ Da die einzelnen Rechtsverhältnisse, die übertragen werden, beim *asset deal* nicht durch die Gesellschaftsanteile mediatisiert sind, gilt das Argument der Eingewebtheit der zu übertragenden Rechtsverhältnisse in die Rechtsordnung am Sitz des Unternehmens noch mehr als beim *share deal*. Ohne Rechtswahl unterliegt der Unternehmenskaufvertrag beim *asset deal* somit dem Recht am Sitz des zu übertragenden Unternehmens.⁶⁵

4.2 Reichweite des Vertragsstatuts

Grundsätzlich reicht das Vertragsstatut beim *asset deal* gleich weit wie beim *share deal*. Insoweit kann auf die Ausführungen oben⁶⁶ verwiesen werden. Hinzu kommt aber, dass die Erfüllung der Übertragungsverpflichtung hinsichtlich der sachenrechtlichen Komponente aus dem Vertragsstatut herausfällt und kollisionsrechtlich gesondert zu prüfen ist.

58 Siehe bei Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht 319.

59 Vgl dazu Merkt/Göthel in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht Rz 4469, die erwas abweichend meinen, die Erfüllung falle als Ganzes aus dem Vertragsstatut hinaus. Dies lässt sich aber mit Art 12 Abs 1 lit b Rom I-VO nicht in Einklang bringen, wonach die Erfüllung vom Vertragsstatut umfasst ist; im Ergebnis aber gleich.

60 Ferrari in Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht⁶ (2013) Art 1 CISG Rz 36.

61 So auch Saenger in Ferrari, Internationales Vertragsrecht Art 1 CISG Rz 7.

62 Nach Merkt/Göthel in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht Rz 4461, ist das UN-KaufR anwendbar, wenn der Wert

der körperlichen Waren den Wert der anderen Wirtschaftsgüter übersteigt oder wenn von vorherein zwei getrennte Verträge abgeschlossen werden.

63 Vgl Punkt 3.1.3.

64 AA die hM, nach der immer das Recht am Sitz des Verkäufers Anwendung finden soll; vgl statt vieler Martiny in MünchKomm BGB XI⁴, Art 28 EGBGB Rz 149.

65 AA Merkt/Göthel in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht Rz 4465, die sich für die Anknüpfung an den Sitz des veräußernden Rechtsträgers aussprechen.

66 Vgl Punkt 3.1.3.

D

Die 2. denen noch mit wi gen be Seit de 200 ne und za berück die Ne umfas: Kartell und Au und Ge nissen Der Sch Ausgle enthält auch an den Au Vertrag Gerade den Fra in der f führlich welche Ausglei derung Abzins

4.2.1 Bewegliche Sachen

Die sachenrechtliche Übereignung beweglicher Sachen richtet sich gemäß § 31 IPRG nach dem Recht an ihrem Lageort. Über die Qualifikation als bewegliche oder unbewegliche Sache entscheidet das Recht der *lex fori*.⁶⁷ Befinden sich die Sachen, die im Rahmen des Unternehmenskaufvertrages übereignet werden sollen, in verschiedenen Staaten, so unterliegt die sachenrechtliche Eigentumsverschaffung trotz einheitlichem Vertrag verschiedenen Rechtsordnungen. Das so ermittelte Recht bestimmt auch, ob und welche beschränkten dinglichen Rechte (Pfandrechte, Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung) an den Sachen bestehen.⁶⁸ Für Verkehrsmittel gelten Sondervorschriften: Gemäß § 33 IPRG unterliegt die Übereignung von Wasser- und Luftfahrzeugen dem Recht ihres Registerstaates, jene von Eisenbahnfahrzeugen dem Recht des Sitzes des Eisenbahnunternehmens, das sie in Bestand hält.

4.2.2 Unbewegliche Sachen

Verträge über unbewegliche Sachen unterliegen zwar gemäß Art 4 Abs 1 lit c Rom I-VO dem Recht an ihrem Lageort, eine davon abweichende Rechtswahl ist aber zulässig und wirksam. Die sachenrechtliche Übertragung richtet sich zwingend nach dem Recht ihres Lageortes. Dieses entscheidet auch darüber, welche Publizitätsvorschriften für die Übertragung einzuhalten sind. Soweit das verkaufte Unternehmen Eigentümer einer Liegenschaft in Österreich ist, muss – als Anhang zum Unternehmenskaufvertrag – eine öffentlich beglaubigte Aufsandungserklärung abgegeben werden.

4.2.3 Immaterialgüterrechte

Insbesondere bei innovativen Unternehmen repräsentieren Immaterialgüterrechte einen erheblichen Teil des Vermögenswertes. Die Übertragung dieser Rechte erfolgt auf Basis des Unternehmenskaufvertrages nach dem Recht, das den jeweiligen Schutz ausspricht (*lex loci protectionis*).⁶⁹ Es ist somit erforderlich, für die dingliche Übertragung der Immaterialgüterrechte zahlreiche verschiedene Rechtsordnungen (oft mehrere Dutzend) zu befolgen. Dies ist sehr unbefriedigend und führt in der Vertragspraxis dazu, dass die erfolgreiche Übertragung zur *closing condition* erhoben wird.

4.3 Rechte und Verbindlichkeiten Dritter

Beim *asset deal* bereitet der Schuldbeitritt nach § 1409 ABGB und § 38 Abs 4 UGB sowie die Möglichkeit der Vertragsübernahme nach § 38 Abs 1 UGB kollisionsrechtlich die größten Schwierigkeiten. Diese treten bereits dann auf, wenn der Gläubiger oder Vertragspartner des verkauften Unternehmens (*target*) seinen Sitz im Ausland hat, unabhängig davon, wo sich die Parteien des Unternehmenskaufvertrages befinden. Insoweit stellen sich die folgend zu behandelnden Fragen auch bei nationalen Unternehmenskaufverträgen, wenn das Zielunternehmen Gläubiger oder Vertragspartner im Ausland hat, also fast immer.

4.3.1 Schuldbeitritt und Haftungsübernahme

Nach § 1409 ABGB haftet der Käufer eines Unternehmens für dessen Verbindlichkeiten bis zur Höhe des Kaufpreises, wenn er diese zum Übernahmestichtag kannte oder hätte kennen müssen. Ebenso haftet nach § 38 Abs 4 UGB der Übernehmer eines Unternehmens für bestehende Verbindlichkeiten, soweit keine gegenteilige Vereinbarung getroffen wurde, die dem Gläubiger zur Kenntnis gebracht wurde, etwa durch Eintragung im Firmenbuch. Die kollisionsrechtliche Problematik, welchem Recht dieser Schuldbeitritt unterliegt, kann nun in zwei Konstellationen auftreten: Einmal wenn der Gläubiger seinen Sitz im Ausland hat, und einmal wenn der zur Haftung herangezogene Übernehmer seinen Sitz im Ausland hat, wobei in beiden Fällen das übertragene Vermögen in Österreich belegen ist.

4.3.1.1 Gläubiger mit Sitz im Ausland

Die erste Konstellation wurde vom OGH mit eher referierender als argumentierender Begründung jüngst entschieden:⁷⁰ Eine Bank mit Sitz in Irland erteilt einem österreichischen Weinbauern ein Darlehen, der später seinen Betrieb in eine GmbH & Co KG einbringt. Diese wird von der Gläubigerin (Bank) infolge Zahlungsausfalls des ursprünglichen Darlehensnehmers in Anspruch genommen. Der OGH sprach aus, dass die Haftungsübernahme weder im EVÜ noch in der Rom I-VO geregelt sei, sodass zur Bestimmung des auf die Haftungsübernahme anwendbaren Rechts das IPRG heranzuziehen sei. Da dieses ebenfalls keine eigene Kollisions-

67 OGH 4 Ob 34/99z ÖBA 1999, 911.

68 *Verschraegen in Rummel*, ABGB II/2 § 31 IPRG Rz 5 mwN.

69 *Merkt/Göthel in Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht Rz 4477 mwN.

70 OGH 3 Ob 183/13b JBl 2014, 56 = Zak 2013/824 (443) = RW 2014/11 (37) (Wenger) = ZfRV-LS 2014/9 (Ofner) = ZfK 2014/5 (39).

sionsnorm für die Haftungsübernahme kenne, sei auf die Grundnorm des § 1 Abs 1 IPRG zurückzugreifen, wonach der Sachverhalt jenem Recht unterliege, zu dem die engste Verbindung bestehe. Diese liege nach Ansicht des OGH entweder zum Sitz des fortgeführten Unternehmens oder zum Recht, das auf den Unternehmensübergang anwendbar sei, vor. Da dies in beiden Fällen zu österreichischem Recht führte (die Erwerberin hatte ebenfalls ihren Sitz in Österreich), ließ das Höchstgericht diese Frage auf sich beruhen.

Richtigerweise und um die Ausführungen des OGH fortzuschreiben, liegt die engste Verbindung zum Recht am Sitz des übertragenen Unternehmens⁷¹ oder Vermögens⁷². Die nur akzessorische Anknüpfung an ein anderes Rechtsverhältnis schafft keine besonders enge Verbindung. Sowohl bei § 1409 ABGB als auch bei § 38 Abs 4 UGB handelt es sich der Sache nach um einen Schuldbeitritt aufgrund gesetzlicher Bestimmungen. Die engste Verbindung besteht zweifellos zu jener Rechtsordnung, die diesen Schuldbeitritt anordnet. Das ist das Recht des Belegenheitsortes des übertragenen Vermögens (Unternehmens). Dies entspricht auch der hM⁷³ in Deutschland, die vom BGH jüngst ausdrücklich bestätigt wurde.⁷⁴ Die Unterwerfung des gesetzlichen Schuldbeitritts unter das Recht am Sitz des fortgeführten Unternehmens erscheint auch deshalb sachgerecht, weil jeder Erwerber sich vor der Unternehmensübernahme im Rahmen der *Due Diligence* Kenntnis von den Verbindlichkeiten des übernommenen Unternehmens verschaffen und bei der gebotenen Sorgfalt auch erkennen kann, dass er für diese Verbindlichkeiten haften könnte.

4.3.1.2 Übernehmer mit Sitz im Ausland

Wenn nun der Übernehmer seinen Sitz im Ausland hat, bleibt es bei der Maßgeblichkeit des Rechts am Sitz des übertragenen Unternehmens. Er ist nur dann der Fortführungshaftung ausgesetzt, wenn das Recht am Sitz des Unternehmens diese anordnet. Eine akzessorische Anknüpfung an den Übertragungsvertrag kommt schon alleine deshalb nicht in Betracht,⁷⁵ weil für diesen gemäß Art 3 Rom I-VO Rechtswahlfreiheit besteht und die Parteien (auf Wunsch des Übernehmers) ein Recht wählen könnten, das die Erwerberhaftung nicht kennt. Eine der-

artige Rechtswahl würde jedoch in die geschützte Rechtsposition des Gläubigers eingreifen, der auf die Existenz der Erwerberhaftung im Falle der Unternehmensveräußerung vertrauen durfte.⁷⁶

Aus derselben Erwägung kommt eine Anknüpfung an den Sitz des Erwerbers nicht in Betracht, weil der Gläubiger weder auf diesen noch auf die Veräußerung an sich Einfluss hat und ebenfalls um seinen Haftungsanspruch gegenüber dem Erwerber gebracht werden kann, wenn das Recht an seinem Sitz diesbezüglich hinter dem österreichischen Recht zurückbleibt. Der von § 38 Abs 4 UGB ermöglichte Haftungsausschluss durch Firmenbucheintragung oder verkehrübliche Bekanntmachung ergibt nur dann einen Sinn, wenn es bei der Maßgeblichkeit am Sitz des übertragenen Unternehmens bleibt, weil nur das österreichische Recht eine derartige Eintragung kennt. Somit bleibt es auch bei dieser Konstellation bei der Anwendbarkeit des Rechts am Sitz des übernommenen Unternehmens.

4.3.2 Vertragsübernahme nach § 38 UGB

Wer ein unter Lebenden erworbenes Unternehmen fortführt, übernimmt gemäß § 38 Abs 1 UGB die unternehmensbezogenen, nicht höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse des Veräußerers mit den bis dahin entstandenen Rechten und Verbindlichkeiten. Der Vertragspartner kann der Übernahme seines Vertragsverhältnisses binnen dreier Monate nach Mitteilung sowohl gegenüber dem Veräußerer als auch gegenüber dem Erwerber widersprechen. Im Falle eines wirksamen Widerspruchs besteht das Vertragsverhältnis mit dem Veräußerer fort. Der Sache nach handelt es sich um eine gesetzlich angeordnete Vertragsübernahme, die sich von § 3 AVRAG dadurch unterscheidet, dass der Vertragspartner dem Vertragsübergang widersprechen kann.

Im Gegensatz zum gesetzlich angeordneten Schuldbeitritt des Übernehmers nach § 1409 ABGB und § 38 Abs 4 UGB greift der gesetzlich erzwungene Vertragsübergang in die Rechtsposition des Vertragspartners ein: Während er beim Schuldbeitritt nur einen zusätzlichen Schuldner erhält, was denkmöglich seine Rechtsposition verschlechtern kann, läuft er bei der gesetzlich angeordneten Vertragsübernahme Gefahr, einen schlechteren

71 So auch *Martiny* in MünchKomm BGB XI⁴, Art 33 EGBGB Rz 66.

72 *Doener* in *Dauner-Lieb/Heidel/Ring*, NK-BGB² Art 15 Rom I-VO Rz 91; ebenso *Merkt/Dunkel*, Anknüpfung der Haftung aus Vermögensübernahme bzw Firmenfortführung beim Unternehmenskauf, RIW 1996, 533.

73 *Kindler* in MünchKomm BGB XI⁴ (2010), Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rz 253; *Merkt/Dunkel*, RIW 1996, 542.

74 BGH VIII ZR 423/12 RIW 2014, 159.

75 So auch *Kieninger* in *Ferrari*, Internationales Vertragsrecht, Anh Art 16 Rom I-VO Rz 12.

76 So auch *Busch/Müller*, Das Internationale Privatrecht des Gläubigerschutzes bei Vermögens- bzw Unternehmensübertragung, ZVglRWiss 94 (1995) 157 (160); *Hausmann* in *Staudinger*, Art 33 EGBGB Rz 110; *Schnelle*, Die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Haftung aus Vermögensübernahme im deutschen IPR, RIW 1997, 281.

D:

Die 2. denen nochm mit we gen be Seit de 200 ne und za berück die Net umfass Kartell und Au und Ge nissen r Der Sch Ausglei enthält auch at den Au Vertrag Gerade den Fra in der R fürhlich welche Ausglei derung: Abzinsu

Schuldner aufoktroiert zu erhalten. Davor kann es sich zwar durch Ausübung seines Widerspruchsrechts schützen, jedoch trägt er das Risiko, die Frist zu versäumen oder einer Fehleinschätzung hinsichtlich seines Widerspruchsrechts zu unterliegen. Dieses Risiko würde er ohne die gesetzliche angeordnete Vertragsübernahme nicht zu tragen haben, sodass § 38 Abs 1 UGB eindeutig in seine Rechtsposition eingreift.

Die Rom I-VO enthält keine Kollisionsnorm für die Vertragsübernahme, wenngleich sie unter ihren sachlichen Anwendungsbereich fällt. Die sich ergebende Lücke ist daher durch Analogie zu schließen. Analogiefähig ist die Kollisionsnorm zur Forderungsübertragung (Art 14), weil in jedem synallagmatischen Vertrag auch ein Forderungsübergang steckt. Der Vertragsübergang ist gegenüber dem Forderungsübergang ein rechtliches Mehr, weil die gesamte Rechtsposition wechselt, und nicht nur die Inhaberschaft der Forderung. Dennoch kann der kollisionsrechtliche Grundgedanke der Forderungszession auch für die Vertragsübernahme nutzbar gemacht werden: Beiden Instituten ist gemein, dass sich am Inhalt der übertragenen Forderung oder des übertragenen Vertrages allein durch den Wechsel der Parteien nichts ändern soll.⁷⁷ Insbesondere darf es durch den Wechsel der Parteien zu keinem Statutenwechsel kommen, also zu einer Änderung des auf den Vertrag anwendbaren Rechts.

Diese Kontinuität lässt sich aber nur erreichen, indem man die Übertragung der Forderung dem Recht unterstellt, dem sie selbst unterliegt.⁷⁸ Dieser Gedanke ist in Art 14 Abs 2 Rom I-VO positiviert und er ist *per analogiam* auch auf die Vertragsübernahme zu erstrecken. Somit unterliegt die Vertragsübernahme dem Recht, dem der zu übertragende Vertrag selbst unterliegt.⁷⁹ § 38 Abs 1 UGB kommt demnach nur dann zur Anwendung, wenn der zu übertragende Vertrag österreichischem Recht unterliegt.⁸⁰ Unterliegt er dem UN-KaufR, kommt es darauf an, ob er hinsichtlich seiner nicht vom

UN-KaufR geregelten Rechtsfragen ansonsten dem österreichischen Recht untersteht. Dies hat auf der materiell-rechtlichen Ebene die negative Konsequenz, dass die von § 38 UGB verfolgte Absicht, den Vertragsübergang beim *asset deal* zu erleichtern, nicht durchgehend verwirklicht werden kann und dort nicht zum Tragen kommt, wo der zu übertragende Vertrag fremdem Recht unterliegt. Diese Konsequenz muss aber unter Berücksichtigung der Interessen des (ausländischen) Vertragspartners hingenommen werden. Anderes würde nur gelten, wenn es für den Unternehmensübergang an sich eine Kollisionsnorm geben würde, die den Vertragsübergang insgesamt erfasst. Dafür gibt es gegenwärtig jedoch keine gesetzliche Grundlage.

4.3.3 Vertragsübernahme nach § 3 AVRAG

Nach § 3 AVRAG hat der Übernehmer eines Betriebes alle mit dem übernommenen Unternehmen bestehenden Arbeitsverhältnisse zu übernehmen. Analog zum Vertragsübergang nach § 38 UGB richtet sich Art und Umfang der Vertragsübernahme nach § 3 AVRAG nach dem Recht, dem der Arbeitsvertrag selbst unterliegt.⁸¹ Untersteht der Arbeitsvertrag trotz österreichischem Arbeitgeber nicht österreichischem Recht, weil die Parteien eine in den Grenzen des Art 8 Abs 1 Rom I-VO zulässige Rechtswahl getroffen haben, so kann sich § 3 AVRAG zumindest dann durchsetzen, wenn der Sachverhalt keine Beziehungen zu einem Drittstaat aufweist. In diesem Fall bewirkt die Rechtswahl gemäß Art 3 Abs 4 Rom I-VO nämlich, dass von zwingenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts durch Rechtswahl nicht abgewichen werden kann.⁸² Der gesetzliche Vertragsübergang nach Art 3 der BetriebsübergangsRL⁸³ ist zwingendes Gemeinschaftsrecht, das sich gegenüber der Wahl eines drittstaatlichen Rechts durchsetzt. Der Arbeitnehmer kann sich in diesen Fällen somit auf sein Recht zur Vertragsübernahme berufen.

Dr. Mich
lich zertifi
nach §§ 2
Schiedsvei
tionen zur

Tel: +43-1

77 *Martiny* in MünchKomm BGB X⁴, Art 28 EGBGB 62.

78 So schon *Zweigert*, Das Statut der Vertragsübernahme, *RabelsZ* 23 (1958) 643 (656) (zum Übergang des Versicherungsvertrages bei Veräußerung der versicherten Sache und zum Übergang des Mietvertrages bei Verkauf der vermieteten Sache).

79 *Kieninger* in *Ferrari*, Internationales Vertragsrecht Anh Art 16 Rom I-VO Rz 9; *Hausmann* in *Staudinger*, Art 33 EGBGB Rz 106; *Martiny* in MünchKomm BGB XI⁵, Art 14 Rom I-VO Rz 28.

80 Im Ergebnis ebenso *Schäfer*, Die kollisionsrechtliche Einordnung des Unternehmensübergangs nach §§ 38ff UGB, in *FS Torggler* (2013) 1071 (1077).

81 *Martiny* in MünchKomm BGB X⁴, Art 30 EGBGB Rz 88.

82 Dazu näher *Czernich*, *ZfRv* 2013, 167.

83 Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, *Abl L* 2001/82, 16.

Zusammenfassung

Ein grenzüberschreitender Unternehmenskauf wirft zahlreiche kollisionsrechtliche Fragen auf. Nicht alle Rechtsfragen, die in Zusammenhang mit einem Unternehmenskauf auftreten können, sind von der Rechtswahlklausel im SPA erfasst. Insbesondere Formfragen, die dingliche Übertragung, die Übertragbarkeit der Anteile, das Vollmachtsverhältnis und spezifische gesellschaftsrechtliche Fragestellungen teilen ein eigenes kollisionsrechtliches Schicksal, das nicht mit dem Vertragsstatut übereinstimmen muss. Dies gilt insbesondere dann, wenn Dritte vom Unternehmensübergang betroffen sind. Die Mithaftung des Veräußerers nach § 1409 ABGB richtet sich hierbei nicht nach dem Statut des Unternehmenskaufvertrages, sondern nach dem Recht am Belegenheitsort des Unternehmens. Gleiches gilt für den Schuldbeitritt nach § 38 Abs 4 UGB. Das *beneficium iuris* des ex lege stattfindenden Vertragsübergangs nach § 38 Abs 1

UGB kommt nur dann zur Anwendung, wenn der zu übertragende Vertrag selbst österreichischem Recht untersteht.

Das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft zur Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils ist auch dann wirksam, wenn die Notariatsaktsform nach § 76 Abs 2 GmbHG nicht gewahrt wurde und das auf den Übertragungsvertrag anwendbare Recht oder das Recht am Abschlussort eine andere (oder keine) Form für die Wirksamkeit genügen lässt. Dies ergibt sich aus den Vorgaben des sekundären Gemeinschaftsrechts, insbesondere Art 11 iVm Art 9 Rom I-VO. Das dingliche Verfügungsgeschäft untersteht den Vorgaben des österreichischen Kollisionsrechts. § 8 IPRG lässt auch hier die Einhaltung der Formvorschriften am Abschlussort (*locus regit actum-Regel*) genügen. Für eine abweichende Sonderanknüpfung besteht nach der hier vertretenen Meinung keine gesetzliche Grundlage.