

■ RdW 2007/671, 654

Der findige Erblasser

Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.

(Gegen das Gesetz handelt, wer tut, was das Gesetz verbietet; das Gesetz umgeht dagegen, wer unter Wahrung des Wortlauts seinem Sinn zuwiderhandelt.)

D 1, 3, 29

Umgehungsgeschäfte sind – im Gegensatz zu den Scheingeschäften – von den Parteien wirklich gewollte Geschäfte, die den Zweck haben, unerwünschte Rechtsfolgen – meist die Nichtigkeit – zu unterlaufen. Wenn dadurch der Normzweck vereitelt würde, ist die umgangene Norm auch auf das Umgehungsgeschäft anzuwenden. Dazu wird die direkt anwendbare Norm einschränkend ausgelegt oder teleologisch reduziert und die umgangene Norm in erweiterter Auslegung oder analog herangezogen (siehe etwa *Koziol/Welser* I¹³, 178).

Diese Technik funktioniert nicht, wenn der Eintritt der Rechtsfolge verhindert wird. Dies zeigt eine von *Honsell* (in

Kramer-FS 199) unter Berufung auf *Gaius* referierte Geschichte aus dem alten Rom: Das Gesetz erlaubte nur eine begrenzte Zahl von testamentarisch angeordneten Sklavenfreilassungen und bestimmte die Streichung der die zulässige Höchstzahl überschreitenden Namen. Ein schlauer Erblasser schrieb die Namen der Freizulassenden nun nicht nacheinander, sondern in einer kreisförmigen Anordnung. Da man nicht wusste, welche Namen man streichen sollte, mussten wegen des favor libertatis (in dubio pro libertate) alle im Testament genannten Sklaven freigelassen werden.

Max Leitner

■ RdW 2007/672, 654

Das „Bankenprivileg“ nach dem ÜbRÄG 2006

Das Übernahmerechts-Änderungsgesetz (ÜbRÄG 2006)¹⁾ brachte neben der Einführung einer formellen Kontrollschwelle als wohl prominenteste Änderung des Übernahmegesetzes (ÜbG) auch eine Reihe weniger beachteter Neuheiten, die in der Praxis vor allem im Vergleich zur Rechtslage vor dem ÜbRÄG 2006¹⁾ Probleme bereiten können. Die Übernahmekommission (ÜbK) hat eines dieser Probleme kürzlich in einer bislang nicht veröffentlichten Stellungnahme adressiert und das „Bankenprivileg“ in Anlehnung an die alte Rechtslage (vor dem ÜbRÄG 2006) interpretiert³⁾.

Dr. Albert Birkner, LL.M.
Mag. Christian Thaler
Wien

1. Ausnahme für Kreditinstitute für Paralleltransaktionen gem § 16 Abs 4 ÜbG

Das ÜbG trägt durch punktuelle Ausnahmen für Kreditinstitute von der Anwendung einzelner Bestimmungen des ÜbG dem Umstand Rechnung, dass Kreditinstitute Beteiligungspapiere im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs erwerben, ohne damit kontrollrelevante Sachverhalte verwirklichen zu wollen. So ist nach § 16 Abs 4 ÜbG ein Kreditinstitut als Bieter oder gemeinsam vorgehender Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG vom Verbot von Paralleltransaktionen iSd § 16 ÜbG ausgenommen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Es handelt sich um Transaktionen betreffend die Positionen des Handelsbuchs (§ 2 Z 35 BWG) des Kreditinstituts (iSd § 1 BWG), die Vermögensverwaltung für Einzelkunden und auf Sammelkonten für Kundengemeinschaften (§ 1 Abs 1 Z 19 lit b BWG), das Investmentfonds- und Beteiligungsfondsgeschäft iSd § 1 Abs 1 Z 13 und 14 BWG

sowie das Effektenkommissionsgeschäft und Depotgeschäft iSd § 1 Abs 1 Z 5 und Z 7 BWG⁴⁾. Die Transaktionen haben einem Vergleichbarkeitstest standzuhalten und es darf keine Hinweise dafür geben, dass die Transaktionen Vermögensinteressen der Beteiligungspapierinhaber gefährden. Darüber hinaus statuiert das ÜbG umfangreiche Meldeverpflichtungen und Überprüfungspflichten durch Sachverständige. Ähnliches gilt auch für die Nachzahlungspflicht (§ 16 Abs 7 ÜbG) und die Preisbildungsvorschriften (§ 26 Abs 4a ÜbG).

2. Ausnahme für Kreditinstitute von der Angebotspflicht – alte Rechtslage

§ 16 Abs 4 ÜbG geht substantiell auf die Ausnahmebestimmung des § 24 Abs 2 ÜbG (alt) sowie auf die Ausführungsbestimmungen dazu in § 10 1. ÜbV (alt) zurück. Im Vergleich zur alten Rechtslage (insbesondere § 11 1. ÜbV [alt]) bestehen die Privilegierungen für bestimmte Beteiligungen von Kreditinstituten nach dem Wortlaut des Gesetzes (Übernahmeverordnungen gibt es seit dem ÜbRÄG aus verfassungsrechtlichen Gründen

1) BGBl I 2006/75.

2) Vgl die Stellungnahme der Übernahmekommission in der Sache voestalpine AG/Böhler-Uddeholm AG zu GZ 2007/1/3 – 59 mit einem eher liberalen Verständnis des § 26a ÜbG.

3) Birkner, Bankenprivileg bei Übernahmen gerettet, Der Standard, 17. 4. 2007.

4) Vgl zu diesen Tatbeständen im Detail Diwok/Göth, Bankwesengesetz § 1 Z 110 ff.

nicht mehr⁵⁾) nicht weiter. So war nach § 11 1. ÜbV (alt) ein Kreditinstitut unter bestimmten Voraussetzungen von der Pflicht zur Stellung eines (Pflicht-)Angebotes befreit. Dies erfolgte insb unter folgenden Voraussetzungen:

- das Kreditinstitut hält unter Berücksichtigung von Hinzurechnungs- und Zusammenrechnungsvorschriften (§ 5 und 9 1. ÜbV [alt]) insgesamt mehr als 20 %, aber nicht mehr als 30 % des ständig stimmberechtigten Grundkapitals;
- nicht mehr als 10 % des ständig stimmberechtigten Grundkapitals sind als Beteiligung (§ 228 HGB) zu beurteilen;
- der Bestand an Aktien der Zielgesellschaft wird an die Übernahmekommission zumindest zum Ende eines jeden Halbjahres unverzüglich gemeldet;
- alle durch das Kreditinstitut in der Hauptversammlung vertretenen Stimmrechte werden unter namentlicher Nennung des Kreditinstitutes offengelegt.

Nach dem Wortlaut des ÜbG idF ÜBRÄG 2006 sind Kreditinstitute auch nicht unter bestimmten Voraussetzungen im Fall der Erlangung einer kontrollierenden Beteiligung von der Verpflichtung zur Stellung eines Pflichtangebots befreit. Die Ausnahme für Kreditinstitute gilt nur für Parallelhandelsverbote, Nachzahlungsverpflichtung und die Preisbildungsvorschriften. Im Vergleich der alten und neuen Rechtslage wird die Meinung vertreten, dass sich materiell durch den Wegfall der Bestimmung des § 11 1. ÜbV keine Änderung ergeben habe, da diese Privilegierung nur für eine Beteiligung von bis zu 30 % des ständig stimmberechtigten Grundkapitals galt⁶⁾. Im Zusammenhang mit der im ÜbG idF ÜBRÄG 2006 enthaltenen formellen Kontrollschwelle von 30 % des ständig stimmberechtigten Grundkapitals sei der Bestimmung des § 11 1. ÜbV der Anwendungsbereich entzogen.

3. Lücke durch Wegfall der Ausnahme für Kreditinstitute von der Angebotspflicht

Die Ausnahmebestimmung des § 11 1. ÜbV ging davon aus, dass ein Kreditinstitut eine kontrollierende Beteiligung iSd § 22 ÜbG (alt) und der 1. ÜbV (alt) hielt. Bestimmte Beteiligungen von Banken waren daher bereits nach alter Rechtslage freistellungsfähig. Unter bestimmten weiteren in § 11 Abs 2 Z 1–5 1. ÜbV genannten Voraussetzungen war darüber hinaus eine Stimmrechtshinzurechnung zwischen Kreditinstituten ausgeschlossen.

Ausgangspunkt und Gegenstand der Analyse einer nicht veröffentlichten Stellungnahme der Übk⁷⁾ war ein (möglicher) Fall des *creeping in* (§ 22 Abs 4 ÜbG). Auch ohne ausdrückliche Nennung im ÜbG ist davon auszugehen, dass ein *creeping in* bei Kreditinstituten möglich ist. Die Tatbestände gem § 24 ÜbG iVm § 11 1. ÜbV, die Kreditinstitute von der Pflicht zur Stellung eines Pflichtangebots nach alter Rechtslage befreiten, waren

Nach einer rezenten Entscheidung der Übernahmekommission sind Kontrolle iSd ÜbG erlangende Kreditinstitute bei sinngemäßer Einhaltung der in § 16 Abs 4 ÜbG formulierten Auflagen, auch im Anwendungsbereich des *creeping in*, von der Verpflichtung zur Legung eines Pflichtangebotes ausgenommen.

nach alter Rechtslage auch für *creeping in*-Tatbestände anwendbar. Da sowohl § 11 1. ÜbV (alt) (*argumentum*: ohne Vorliegen einer kontrollierenden Beteiligung wäre eine Ausnahme von der Pflichtangebotsstellung nicht erforderlich) als auch die 2. ÜbV *creeping in* vom Vorliegen einer kontrollie-

renden Beteiligung ausging, konnten nach alter Rechtslage auch Kreditinstitute vom Anwendungsbereich des *creeping in* und der daraus folgenden Angebotspflicht erfasst sein. Dies gilt auch für die neue Rechtslage nach § 22 Abs 4 ÜbG⁸⁾. Ein spezieller Ausnahmetatbestand für Kreditinstitute von der Pflicht zur Stellung eines Pflichtangebots ist jedoch im ÜbG idF ÜBRÄG 2006 nicht (mehr) vorgesehen. Die Ausnahmefähigkeit von Kreditinstituten im Rahmen des Wertpapiergeschäfts ist von Relevanz, da es ohne derartige Ausnahme zu einer Angebotspflicht kommen könnte, die einerseits keinem der durch das ÜbG verfolgten Zwecke dienlich wäre, andererseits zusätzlich das Wertpapiergeschäft der Kreditinstitute ungebührlich erschweren würde.

4. Analoge Geltung des Bankenprivilegs nach ÜbG idF ÜBRÄG 2006

§ 11 Abs 1 1. ÜbV (alt) nahm inhaltlich Bezug auf die Kontrollvermutung nach § 3 1. ÜbV (alt), wonach eine kontrollierende Beteiligung widerleglich vermutet wurde, wenn der Beteiligte allein oder gemeinsam mit anderen Rechtsträgern mindestens 20 %, aber weniger als 30 % der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte erlangte. Die Voraussetzung des § 11 Abs 1 Z 1 1. ÜbV (alt) stellte somit klar, dass eine Ausnahme nach § 11 Abs 1 1. ÜbV (alt) nicht in Betracht kam, wenn das Kreditinstitut unter Berücksichtigung der Hinzurechnungsregeln und der Zusammenrechnungsregeln über 30 % oder mehr der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte verfügte. Eine solche Ausnahme war jedoch nach § 11 Abs 2 1. ÜbV (alt) möglich, wenn ein Kreditinstitut oder eine Gruppe von Kreditinstituten die 30%-Stimmrechts-Schwelle aufgrund der Erfüllung von Hinzurechnungstatbeständen nach § 5 1. ÜbV erfüllte. Diese Privilegierung war für jene Fälle relevant, in denen zwar die generelle Ausnahme von der Angebotspflicht für Kreditinstitute gem § 11 Abs 1 1. ÜbV (alt) nicht griff, aber das Entfallen von Zurechnungen gem § 5 1. ÜbV (alt) dazu führte, dass die Prozentsätze gem §§ 1–3 1. ÜbV (alt) nicht erreicht wurden. Die Ansicht, dass das Bankenprivileg gem § 24 Abs 2 ÜbG (alt) iVm § 11 1. ÜbV (alt) daher in Anbetracht der formellen Kontrollschwelle des § 22 Abs 2 ÜbG keinen Anwendungsbereich mehr habe⁹⁾, ist daher uE nicht zu folgen. Selbst in jenen Fällen, in denen ein Kreditinstitut oder eine Gruppe von Kreditinstituten eine kontrollierende Beteiligung erlangt, müssten daher jene Fälle des § 11 Abs 1 oder Abs 2 1. ÜbV (alt) denkbar sein, in denen eine Angebotspflicht für das Kreditinstitut oder

5) Vgl den Allgemeinen Teil der EB zum ÜBRÄG, 1334 RV 22. GP 3 (?), sowie den Prüfungsbeschluss 14. 12. 2005, B 389/95, B 390/95, B 393/95.

6) Materialien zu § 24 ÜbG ErlRV 1334 BlgNR 22. GP 16; *Diregger/Kalss/ Winner*, Das österreichische Übernahmerecht² Rz 232; *Gall in Huber*, ÜbG § 24 Rz 50, der allerdings berechtigt nur auf § 11 Abs 1 1. ÜbV und nicht auf den gesamten § 11 1. ÜbV verweist.

7) Stellungnahme der Übk 10. 4. 2007, GZ 2007/1/1 – 14; die Verfasser waren am Verfahren beteiligt.

8) *Gall in Huber*, ÜbG § 24 Rz 50, vertritt die Ansicht, dass der Gesetzgeber des ÜBRÄG 2006 einen Ausnahmetatbestand für das *creeping in* von Kreditinstituten vorsehen hätte sollen.

9) Materialien zu § 24 ÜbG ErlRV 1334 BlgNR 22. GP 16; *Diregger/Kalss/ Winner*, Das österreichische Übernahmerecht², Rz 232; *Gall in Huber*, ÜbG § 24 Rz 50, der allerdings berechtigt nur auf § 11 Abs 1 1. ÜbV und nicht auf den gesamten § 11 1. ÜbV verweist.

die Kreditinstitute keinesfalls einem durch das ÜbG verfolgten Zweck dienlich wäre.

Die ÜbK hat in ihrer Stellungnahme festgehalten, dass *per analogiam* zur Rechtslage vor dem ÜBRÄG 2006 (§ 11 Abs 2 1. ÜbV) erwerbende Kreditinstitute mangels Hinzurechnung von Stimmrechten anderer Rechtsträger nicht zur Legung eines Pflichtangebotes verpflichtet sind. Durch den ersatzlosen Entfall des § 11 Abs 2 1. ÜbV ist eine planwidrige Lücke entstanden. Dies gilt auch für den Anwendungsbereich des *creeping in*, wenn Kreditinstitute zu einer kontrollierenden Beteiligung hinzu Erwerbe iSd § 22 Z 4 ÜbG tätigen. Dabei sind die in § 16 Abs 4 ÜbG formulierten Auflagen (vor allem Meldepflichten) einzuhalten, wobei (statt eines wöchentlichen) ein vierteljährlicher Meldungszeitraum als ausreichend erachtet wurde.

5. Zusammenfassung

Das ÜbG idF ÜBRÄG 2006 sieht ungleich der alten Rechtslage für Kreditinstitute keine besonderen Befreiungsbestimmungen

von der Verpflichtung zur Stellung eines Pflichtangebots mehr vor. Die Ausnahmen des § 16 Abs 4 und 8 sowie § 26 Abs 4a ÜbG für Kreditinstitute gelten nur für Parallelhandelsverbote, Nachzahlungsverpflichtungen und Preisbildungsvorschriften. Die alte Rechtslage des § 24 Abs 2 ÜbG iVm § 11 1. ÜbV hatte spezielle Befreiungsbestimmungen für Kreditinstitute von der Legung eines Pflichtangebots vorgesehen. Im Vergleich der alten und neuen Rechtslage wird vertreten, dass sich materiell durch den Wegfall der Bestimmung des § 11 1. ÜbV keine Änderung ergeben habe, da diese Privilegierung nur für eine Beteiligung von bis zu 30 % des ständig stimmberechtigten Grundkapitals galt. Die ÜbK geht in einer Stellungnahme davon aus, dass durch den ersatzlosen Entfall des § 11 Abs 2 1. ÜbV eine planwidrige Lücke entstanden ist. Durch analoge Anwendung der Rechtslage vor dem ÜBRÄG 2006 (§ 11 Abs 2 1. ÜbV) sind Kontrolle iSd ÜbG erlangende Kreditinstitute bei Einhaltung der in § 16 Abs 4 ÜbG formulierten Auflagen von der Verpflichtung zur Legung eines Pflichtangebotes ausgenommen. Dies gilt auch für den Anwendungsbereich des *creeping in*.



Die Autoren:

Dr. Albert Birkner ist Managing Partner, Christian Thaler ist Rechtsanwalt bei CHSH Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, Bratislava/Brüssel/Bukarest/Warschau/Wien. Ihre Tätigkeitsschwerpunkte sind M&A und Übernahmen. Albert Birkner und Christian Thaler sind Autoren zahlreicher Veröffentlichungen, zuletzt gemeinsam zum Thema Verhaltensmaßstäbe für die Zielgesellschaft im Hostile Takeover in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter, Handbuch Mergers & Acquisitions*.



■ RdW 2007/673, 656

Nachhaftung und Vorleistung

Die Nachhaftung des Gesellschafters einer Personengesellschaft ist ein Dauerthema des Unternehmensrechts. Der Gesetzgeber hat im Rahmen der HGB-Reform den Versuch unternommen, die Nachhaftung zu regeln. Eine befriedigende Lösung der sog Vorleistungsfälle ist jedoch auf der Grundlage des neuen Rechts nicht möglich. Insoweit stellt die Reform einen bedauerlichen Rückschritt dar; die Judikatur des OGH ist bei den Vorleistungsfällen im Wege einer richterrechtlichen Rechtsfortbildung zu überzeugenden Ergebnissen gelangt. Gesetzgeberische Zurückhaltung hätte den Vorzug verdient.

o. Univ.-Prof. Dr. Friedrich Harrer
Salzburg

1. Einleitung

Die Konturierung der Nachhaftung oszilliert zwischen den Haftungsinteressen der Gesellschaftsgläubiger und den Enthaftungsinteressen des ausgeschiedenen Gesellschafters¹⁾. Der Sonderstatus der sog Vorleistungsfälle war jedoch weithin anerkannt²⁾. Die praktische Bedeutung dieser Fallgestaltungen ist erheblich. Bekannte Beispiele sind die Darlehensgewährung und der Verkauf einer Liegenschaft gegen Zahlung einer Leibrente:

der Gläubiger leistet vor; die Gegenleistung erfolgt langfristig; namentlich bei größeren Darlehen ist ein Tilgungszeitraum von zehn oder fünfzehn Jahren nicht ungewöhnlich.

Über die Lösung dieser Fälle im Rahmen der Nachhaftung bestand Konsens: der ausgeschiedene Gesellschafter haftet weiterhin³⁾. Der Gedanke einer Enthaftung erscheint in der Tat wenig passend. Der Gläubiger hat seine Leistung zur Gänze erbracht. Die Haftung der Gesellschafter – also auch die Haftung des damals noch nicht Ausgeschiedenen – repräsentiert die Sicherung der Gläubiger. Der ehemalige Gesellschafter kann in

1) Vgl zB Alfred Hueck, Das Recht der OHG⁴ (1971) 448 ff.

2) Eingehend und überzeugend namentlich OGH SZ 58/87; aus dem Schrifttum siehe etwa Hönn, ZHR 149 (1985) 300, 312; Honsell/Harrer, ZIP 1986, 341, 345; Karollus, ÖJZ 1995, 241, 248; Jabornegg in Jabornegg, HGB (1997) § 159 Rz 15.

3) Vgl auch Fenyves, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis (1982) 132.