



März/April 2008

# Legal News

## § 38 UGB - ENTSCHÄRFT



Dr. Arno Brauneis  
a.brauneis@bkp.at

**Rechtslage ab 1.1.2007.** § 38 UGB bestimmt, dass derjenige, der ein unter Lebenden erworbenes Unternehmen fortführt, zum Zeitpunkt des Unternehmensübergangs die unternehmensbezogenen, nicht höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse des Veräußerers mit den bis dahin entstandenen Rechten und Verbindlichkeiten übernimmt, sofern nichts anderes vereinbart ist. Für unternehmensbezogene Verbindlichkeiten des Veräußerers bestellte Sicherheiten bleiben für diese Verbindlichkeiten aufrecht. Der Veräußerer haftet nach Maßgabe des § 39 UGB für die unternehmensbezogenen Verbindlichkeiten fort. Dem Dritten wird ein Widerspruchsrecht gegen die Übernahme seines Vertragsverhältnisses eingeräumt, welches er binnen drei Monaten nach Erhalt einer Mitteilung über die Vertragsübernahme ausüben kann. Bis zum Ablauf dieser Frist kann der Dritte seinen Vertrag sowohl gegenüber dem Veräußerer als auch gegenüber dem Erwerber erfüllen und diesbezügliche Erklärungen abgeben. Die §§ 38 ff UGB gelten für Unternehmensübergänge, die nach dem 31.12.2006 vereinbart wurden.

**Alte Rechtslage.** Für vor dem 1.1.2007 vereinbarte Unternehmensübergänge einschließlich daraus resultierender (Nach-)Haftungsfragen gelten die §§ 25 f HGB (Haftung des Übernehmers eines vollkaufmännischen Unternehmens bei Firmenfortführung für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers) weiter.

**Unternehmereigenschaft.** Den §§ 38 ff UGB sind grundsätzlich nur Unternehmer im Sinne der §§ 1 bis 3 UGB unterworfen. Hierbei kommt es auf eine Eintragung im Firmenbuch nicht an. Auf freiberuflich tätige Unternehmer jedoch finden die §§ 38 ff UGB nur dann Anwendung, wenn diese im Firmenbuch eingetragen sind. Gleiches gilt auch für Land- und Forstwirte.

**Fortführung eines unter Lebenden erworbenen Unternehmens.** Die §§ 38 ff UGB sind zunächst auf den Erwerb eines Unternehmens im Wege der Einzelrechtsnachfolge („asset deal“), so z.B. durch

Kauf, Tausch, Schenkung oder Auseinandersetzung, anzuwenden. Nach den erläuternden Bemerkungen (und nach einigen Lehrmeinungen) jedoch sollten die §§ 38 ff UGB auch auf den Übergang eines Unternehmens durch Fruchtgenuss und Pacht eines Unternehmens (z.B. durch Verpachtung eines Hotel- oder Gastronomiebetriebes, aber auch bei Bestandverträge in Einkaufszentren) anzuwenden sein.

**Fruchtgenuss und Pacht.** Eine genaue Analyse ergibt allerdings, dass eine Anwendung der §§ 38 ff UGB auf Fruchtgenuss und Pacht eines Unternehmens schier unlösliche Probleme aufwirft, insbesondere dann, wenn das Unternehmen nach Vertragsschluss wieder zurückzustellen ist. Ferner zeigt eine Interpretation des Gesetzestextes, dass – entgegen den erläuternden Bemerkungen – die §§ 38 ff UGB auf Unternehmenspachtverhältnisse (ebenso wie auf Fruchtgenuss) nicht anzuwenden sind, da in diesen Fällen kein Unternehmen erworben wird, sondern lediglich ein Recht, das Unternehmen zu nutzen (vgl. schon Brauneis, *immolex* 2008, 11).

**Unternehmensrechtsänderungsgesetz 2008.** Der Justizausschuss beschloss nun – insbesondere unter Berufung auf die von mir vertretene Rechtsansicht – am 27.3.2008, das UGB durch Einfügung eines neuen § 38 Abs 5a dahingehend zu ändern, dass die §§ 38 ff UGB nunmehr auf Pacht, Leihe, Fruchtgenuss, Recht des Gebrauchs und Beendigung dieser Verträge nicht anzuwenden sind. Damit sind auch die bei einer Rückübertragung des Unternehmens bei Beendigung des Pachtverhältnisses (des Fruchtgenusses etc.) grundsätzlich unbefriedigenden Rechtsfolgen vermieden. Darüber hinaus werden nunmehr Dritte geschützt, denen zwar die Unternehmensübergabe bekannt ist, nicht jedoch der Rechtsgrund hierfür. Sie können schuldbeitragend an den neuen Unternehmer auch dann leisten bzw. diesem gegenüber Erklärungen abgeben, wenn dieser gar nicht Eigentümer, sondern nur Pächter (Fruchtnießer etc.) ist. Der neue Unternehmer wird in diesen Fällen daher so behandelt, als ob er Eigentümer des Unternehmens wäre.

## Zinsanhebung bei Mietergesellschaften



Dr. Orlin Radinsky  
o.radinsky@bkk.at

**Gesetzliche Grundlage:** Bei einer *entscheidenden Änderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten* einer juristische Person oder Personengesellschaft (Mietergesellschaft) als Mieterin eines Mietobjekts kann der Vermieter bei Anwendbarkeit des MRG den Mietzins auf ein angemessenes Niveau anheben.

**Machtwechseltheorie:** Hinsichtlich der Frage, wann eine solche Einflussänderung vorliegt, folgt die Mehrheit der OGH-Senate der sog. Machtwechseltheorie. Der Vermieter ist zur Mietzinsanhebung berechtigt, wenn es zu einem Kippen der Mehrheitsverhältnisse kommt. Ob der Einfluss direkt oder indirekt (durch zwischengeschaltete Gesellschaften) ausgeübt wird, ist unerheblich. Entscheidend ist, dass der neue Machttträger aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Position die Geschicke der Gesellschaft lenken kann. Sind z.B. an der Mietergesellschaft mehrere Gesellschafter beteiligt, von denen keiner die absolute Stimmrechtsmehrheit besitzt, kommt es zu einer Einflussänderung, wenn einer von ihnen die Stimmrechtsmehrheit erlangt.

**Vermögensverschiebungstheorie:** Ein OGH-Senat vertritt eine hiervon abweichende Rechtsauffassung. Der Vermieter soll zur Mietzinsanhebung berechtigt sein, wenn die Mehrheit der Anteile an der Mietergesellschaft anderen Personen als den bei Abschluss des Mietvertrages bestehenden zukomme (Vermögensverschiebungstheorie). Bei einer AG als Mietergesellschaft sei es nicht erforderlich, dass ein Gesellschafter nach einem Aktienabverkauf in Streubesitz die absolute Stimmrechtsmehrheit erlange (OGH 5 Ob 262/02v vom 10.2.2004). Wechseln bei einem Verein, der ein Vereinslokal mietet, über die Jahre mehr als 50 Prozent der Mitglieder, bestünde ebenfalls das Mietzinsanhebungsrecht des Vermieters (OGH 5 Ob 284/97v vom 10.2.1998).

**Conclusio.** Es wäre wünschenswert, dass die bestehende Rechtsunsicherheit durch eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung beseitigt wird. Jedenfalls sind diese Umstände bei Umstrukturierungen entsprechend zu bedenken.

## Deutscher Käse ist niemals „Parmesan“



MMag. Pina Mosier  
p.mosier@bkk.at

**Das Urteil.** Nach einem Urteil des EuGH muss der nach einem traditionellen Verfahren hergestellte „Parmesan“ stets aus der italienischen Region Emilia Romagna stammen. Hintergrund ist eine EU-Verordnung, aufgrund derer die Bezeichnung „Parmigiano Reggiano“ als geschützte Ursprungsbezeichnung eingetragen worden war: Geschützte Ursprungsbezeichnungen werden gegen jede widerrechtliche Aneignung, Nachahmung oder Anspielung geschützt, was auch für die Übersetzung der geschützten Bezeichnung gilt. Handelt es sich bei einem Teil der geschützten Ursprungsbezeichnung jedoch um eine Gattungsbezeichnung, dann ist dieser Teil vom Schutz ausgeschlossen.

**Übersetzung oder Gattungsbezeichnung?** Wesentliche Frage war einerseits, ob die Bezeichnung „Parmesan“ eine Übersetzung von „Parmigiano Reggiano“ ist, und andererseits, ob sie zu einer Gattungsbezeichnung

geworden ist. Der EuGH betonte, dass die Verwendung der Bezeichnung „Parmesan“ jedenfalls eine unzulässige Anspielung auf das italienische Original „Parmigiano Reggiano“ darstellt. Zudem sei nicht erwiesen, dass der Begriff „Parmesan“ zu einer Gattungsbezeichnung geworden ist.

**Konsequenzen.** Zu beachten ist diese Entscheidung nicht nur von Käseherstellern und Händlern, sondern auch in der Gastronomie: Nur „echter Parmesan“ darf auch unter dieser Bezeichnung in Speisekarten angeboten werden. Im österreichischen Markenschutzgesetz sind zum Schutz der Konsumenten und der Anbieter von Originalprodukten bei unbefugter Verwendung einer geschützten Ursprungsbezeichnung nicht nur verschuldensunabhängige Unterlassungsansprüche sowie Schadenersatz, sondern – bei Vorsatz – auch strafrechtliche Konsequenzen vorgesehen.