

20 Übertragung von Gesellschaftsanteilen

Alexander Schopper/Joseph P. Moser

Literatur: *Aigner*, Unternehmenskauf – Besonderheiten der Erwerberhaftung des § 1409 ABGB beim Share-Deal, *ecolex* 2007, 93; *Aigner*, Unternehmenskauf – inwieweit gilt § 1409 ABGB für den Share-Deal? *ecolex* 2007, 16; *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht VI² (2007); *N. Arnold*, Allgemeines, Gründung und Gesellschaftsvertrag, in *GedS W-D Arnold* (2016) 1; *Artmann*, Gesellschafternachsfolge in der GesbR und das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters, in *FS Hügel* (2016) 45; *Artmann*, Offene Fragen zum Unternehmensübergang nach §§ 38 f UGB, *wbl* 2007, 253; *Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz I⁶ (2018); *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht (2017); *Artmann/Thiery*, GesbR neu – Auswirkungen für die Praxis? *RdW* 2016, 3; *M. Auer*, Doppelvinkulierung bei GmbH & Co KG, *wbl* 2002, 253; *M. Auer*, Zum Formgebot bei (treuhändiger) Übertragung eines GmbH-Anteils, *JBl* 2002, 441; *M. Auer*, Zur Formpflicht gem § 76 Abs 2 GmbHG, *JBl* 2011, 361; *Baumbach/Hopt*, HGB³⁸ (2018); *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz²¹ (2017); *Bergmann/Ratka*, Handbuch Personengesellschaften² (2016); *Bittner*, Die Auslegung des neuen § 78 Abs 1 GmbH-Gesetz – ein Problem, das keines sein sollte, *NZ* 1991, 100; *Birnbauer*, Anmerkung zu 6 Ob 244/06k, *GeS* 2007, 162; *Birnbauer*, Ausscheiden eines Kommanditisten einer KG infolge Ablebens, *GES* 2011, 118; *Birnbauer*, Kommanditistenwechsel mit Zwischeneintragung und Rechtsnachfolgevermerk, *GeS* 2006, 71; *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft⁸ (2016); *Bork/Schäfer*, GmbHG³ (2015); *Brogányi*, Grundbegriffe und Funktionen der Legal Due Diligence, in *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf & Due Diligence I² (2015) 1; *Brugger*, Zur Formpflicht bei der Fristverlängerung für ein Angebot auf GmbH-Anteilsabtretung, *NZ* 1993, 1; *Brugger*, Zur Reduktion der Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG – eine Übersicht, *NZ* 2012, 257; *D. Bydlinski*, Anteilsübertragung und Notariatsaktspflicht, *ecolex* 2010, 1069; *P. Bydlinski*, Der Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, *ÖJZ* 1992, 85; *P. Bydlinski*, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen (1991); *S. Bydlinski/R. Fritz*, GesbR-RG: Reformgesetz zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts (2015); *Cetin*, Zur Formpflicht bei der Begründung von Treuhandbeteiligungen, *ecolex* 2014, 1064; *Danzl*, Anmerkungen zum Rundschreiben des HG Wien „Anmeldung zum Firmenbuch“, *ecolex* 1991, 164; *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte und ihre Erfüllung (1998); *Diregger/Eckert*, Gedanken zur unechten Personengesellschaft, *RdW* 2013, 579; *Dokalik*, Der Nachweis der Aktionärserschaft nach dem Entwurf eines ARÄG 2009 *GesRZ* 2008, 329; *Dovalt/Novotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz² (2012); *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007); *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch³ (2014); *Fantur/Zebetner*, Vinkulierte Geschäftsanteile (Teil I), *ecolex* 2000, 428; *Fantur/Zebetner*, Vinkulierte Ge-

schäftsanteile (Teil II), *ecolex* 2000, 506; *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB – Klang³ (ab 2000); *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG (2017); *Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, Ausgewählte Fragen zum Recht der Namensaktie nach dem GesRÄG 2011, GES 2013, 180; *Frenzel/Gero*, Die Absicherung syndikatsvertraglicher Überbindungspflichten durch Satzungsgestaltung bei der GmbH, GesRZ 2016, 260; *C. Fritz/Perktold*, Die „neue“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts (2015); *Frizberg/Frizberg*, Die Formpflicht für die Regelung von Aufgriffsrechten für GmbH-Anteile durch satzungsändernden Gesellschaftsbeschluss, *ecolex* 1996, 753; *Geist*, Zur Wirkung von Veräußerungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen, ÖJZ 1996, 414; *Gellis*, Die Vererblichkeit des Geschäftsanteils an der Gesellschaft m.b.H., NZ 1933, 173; *Gellis/Feil*, GmbH-Gesetz Kommentar⁷ (2009); *Grassner*, Immobilisierungsmaßnahmen bei GmbH-Geschäftsanteilen (2010); *Gratzl/Hausmaninger/Justich*, Handbuch zur Aktiengesellschaft (2016); *Gruber*, Auswirkungen der GesbR-Reform auf alte und neue Arbeits- und Bietergemeinschaften – erste Überlegungen (Teil III), ZVB 2015, 402; *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018); *Gurmann*, Gedanke zur Notariatsaktspflicht bei nachträglichen Änderungen eines Kauf- und Abtretungsvertrages, GES 2009, 288; *Gurmann/Sakowitsch*, Vinkulierung von Geschäftsanteilen und Rechtsfolgen der Umgehung, Ges 2008, 136; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht (2009); *Haberer/Krejci*, Konzernrecht (2016); *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges Recht“ (1996); *Harrer*, Aktuelle Haftungsprobleme des Kommanditisten, wbl 1992, 10; *Harrer*, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens (2010); *Harrer*, Die Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wbl 2015, 121; *Harrer*, Kommanditgesellschaft und HGB-Reform, GesRZ 2004, 85; *Hasenauer/Pracht*, Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence I² 93; *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht³ (2016); *Hochedlinger*, Die Übertragung von Unternehmen und Geschäftsanteilen nach § 142 HGB (Teil I), GesRZ 2002, 185; *Hochedlinger*, UGB: Neuerungen im Recht der stillen Gesellschaft, *ecolex* 2006, 906; *Hochedlinger/H. Fuchs*, Stille Gesellschaft (2007); *Hoffmann*, Gewillkürte Stellvertretung und Berufung auf die erteilte Vollmacht im Firmenbuchverfahren, NZ 2005, 225; *Hopt/Wiedemann*, Großkommentar AktG⁴ (2008); *Huber*, Eintragungsfehler bei der Abtretung von Kommanditanteilen, ZGR 1984, 146; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ (2018); *van Husen*, Zur Haftung gemäß den §§ 38 ff UGB sowie § 1409 ABGB, in Althuber/Schopper, Unternehmenskauf & Due Diligence I² 211; *Jabornegg*, Haftung bei Übertragung von Kommanditanteilen und Rechtsnachfolgevermerk, GesRZ 1998, 66; *Jabornegg/Artmann*, Unternehmensgesetzbuch I² (2010); *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR (2012); *Jud/Hauser*, Die Vinkulierung von Namensaktien als Instrument der konzernrechtlichen Eingangskontrolle NZ 1995, 121; *Kalss*, Kapitalschutzregeln in der GmbH & Co KG, in GedS W-D Arnold (2016) 37; *Kalss/Dauner-Lieb*, Töchter unerwünscht? Weder die einzelne Gesellschaft noch die Wirtschaft können sich das leisten, GesRZ 2016, 249; *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, in Kodek/Konecny (Hrsg), Insolvenzforum 2007 (2008) 65; *Kalss/Eckert/Schörghofer*, Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & Co KG? GesRZ 2009, 65; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013); *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht (2008); *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017); *Karollus*, Zur Neuregelung der Anfechtungsfrist für Generalversammlungsbeschlüsse, RdW 1996, 516; *Karollus/Artmann*, Zur Auslegung einer Vinkulierungsklausel – individuelles Zustimmungsrecht, Ersetzung der Zustimmung durch das Gericht und mittelbare Anteilsverschiebung, GesRZ 2001, 64; *Kastner*, Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft im österreichischen Wirtschaftsleben, in GedS Gschnitzer (1969) 211; *Kastner*, Die Unterbeteiligung, JBl 1965, 72; *Kastner*, Gesellschafterwechsel und ähnliche Änderungen bei der

stillen Gesellschaft, JBI 1964, 113; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990); *Keinert*, Handbuch des Wertpapierrechts I (2014); *Keller*, Zur Beschränkung der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, *ecolex* 2012, 789; *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01, 1.02} (ab 2014); *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, Firmenbuchgesetz (2005); *Koenigs*, Die stille Gesellschaft (1961); *Koller/Kindler/W.-H. Roth/Morck*, HGB⁸ (2015); Kölner Kommentar zum Aktiengesetz³ (2012); *Koppensteiner*, Haftungsprobleme bei der Übertragung von Kommanditanteilen, *GesRZ* 1982, 119; *Koppensteiner*, Die GesBR neuer Prägung und der allgemeine Teil des Gesellschaftsrechts, *wbl* 2015, 301; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz Kommentar³ (2007); *Kornblum*, Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften (1972); *Koziol/P. Bydliński/Bollenberger*, ABGB – Kurzkomentar⁵ (2017); *Kralik*, Bemerkungen zum Veräußerungsverbot und zur Verpfändung nach § 76 GmbHG, in *FS Kastner* (1972) 215; *Krejci*, GesBR-Reform: Zum ministeriellen Diskussionsentwurf, *GES* 2012, 4; *Krejci*, Reform-Kommentar UGB (2007); *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ (2013); *Krejci*, Vinkulierte Namensaktien, *ecolex* 1992, 560; *Kurat*, Konzernwirkung von Vinkulierungsklauseln, *GesRZ* 2009, 92; *Kusznier/Perner*, Das neue Aktienbuch – Änderungen durch das Aktienrechts-Änderungsgesetz, *ecolex* 2009, 768; *Lehmann*, Finanzmarktinstrumente (2010); *Lessiak*, Formgebundenheit der Übertragung von GmbH-Anteilen im Treuhandverhältnis? *GesRZ* 1988, 217; *Lindinger*, Miet-, Gebühren- und Gesellschaftsrechtliches zum Totalwechsel der Gesellschafter einer Personengesellschaft, *wbl* 1989, 113; *Lutter*, Theorie der Mitgliedschaft, *AcP* 180 (1980) 84; *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz¹⁹ (2016); *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH-Gesetz³ (2017); *Micheler*, Wertpapierrecht zwischen Schuld- und Sachenrecht (2003); *Moser*, Gerichtsstand des Erfüllungsorts nach der EuGVVO 2012 für Ansprüche aus Staatsanleihen, *ÖJZ* 2017, 897; Münchener Kommentar zum Aktiengesetz^{3,4} (2008, 2012, 2016); Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁷ (2017); Münchener Kommentar zum GmbHG³ (2018); Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch⁴ (2016); *Nowotny*, Anteilbuch, Firmenbuch und Gesellschafterstellung in der GmbH, *RdW* 1991, 71; *Nowotny*, UGB – Was bringt es Neues für die Personengesellschaften? *RdW* 2007, 142; *Oetker*, HGB⁵ (2017); *Pinetz/Schragl/Siller/Stefaner*, GrEStG Kommentar (2017); *Raschauer*, Gewerbe-rechtliche Aspekte des Unternehmens- und Anteilskaufs, in *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf & Due Diligence I² 823; *Rauter*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach der Reform (Teil II), *JAP* 2014/2015, 168; *Reich-Rohrwig*, Anpassung der Gesellschaftsverträge an die GmbHGNov 1980, *ÖJZ* 1981, 281; *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht (1983); *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht I² (1997); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004); *Reich-Rohrwig*, Rechtsnachfolge in Verträge und vertragliche Rechtsnachfolgeklauseln, *GesRZ* 2016, 126; *Reich-Rohrwig*, Übertragung vinkulierter Anteile, *ecolex* 1994, 757; *Reich-Rohrwig*, Unternehmenskauf und Beteiligungserwerb (Teil II), *ecolex* 1990, 219; *Reich-Rohrwig*, Verbreitung und Gesellschafterstruktur der GmbH, in *FS Kastner* (1992) 371; *Reich-Rohrwig*, Verpfändung und Pfändung von OG- und KG-Anteilen, *ecolex* 2011, 4; *Reich-Rohrwig/Thiery*, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf, *ecolex* 1991, 89; *Reich-Rohrwig/Wallner*, Zur Nachhaftung des OG/KG-Gesellschafters, *ecolex* 2007, 80; *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, Die Reform der GesBR (Teil II), *ecolex* 2015, 476; *Reichert*, GmbH & Co KG⁷ (2015); *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht⁴ (2016); *G. Roth*, Grundriß des österreichischen Wertpapierrechts² (1999); *G. Roth/Fitz*, Unternehmensrecht: Handels- und Gesellschaftsrecht² (2006); *Rüffler*, Kapitalherabsetzung und Liquidation, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 107; *Rüffler/Told*, Folgen des Konkurses eines ARGE-Mitglieds,

GES 2014, 221; *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch; *Rummel/Lukas*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴; *Schauer*, Landesbericht Österreich, in *Laimer/Perathoner*, Gesellschaftsrechtliche Nebenvereinbarungen in Europa (2013) 271; *Schauer*, Rechtspolitische Perspektiven im Recht der Personengesellschaften: das Beispiel Österreichs, ZGR 2014, 143; *Schauer*, Worauf bezieht sich das Formgebot bei der Abtretung von GmbH-Anteilen? RdW 1986, 358; *Schauer/Hofmair*, Die Grundzüge der GesBR-Reform, SWK 2014, 1549; *Schlegelberger*, Kommentar Handels-gesetzbuch III/1⁵ (1992); *Schmidsberger*, Beschränkungen der Übertragung von Geschäftsanteilen, in *Kalss/Rüffler*, Satzungs-gestaltung in der GmbH (2005) 93; *H. Schmidt/Andrieu*, Der verpfändete Kommanditanteil als Kreditsicherheit, ÖBA 2016, 631; *K. Schmidt/Lutter*, Aktiengesetz Kommentar³ (2015); *Scholz*, GmbHG I¹² (2018); *Schopper*, Gerichtliche Gestattung der Übertragung von vinkulierten Aktien und Benennung eines Ersatzerwerbers durch die AG, NZ 2019, 365; *Schopper*, Gesellschafterwechsel durch Anteilsübertragung in der Kapitalgesellschaft & Co, in *FS Reich-Rohrwig* (2014) 207; *Schopper/Walch*, Offene Fragen zur gründungsprivilegierten GmbH im System der Kapitalaufbringung, NZ 2014, 186; *Schummer*, Zum Formgebot bei Übertragung eines GmbH-Anteils, *ecolex* 1991, 319; *Schwimmann/Kodek*, ABGB – Praxiskommentar V⁴ (2014); *Schwimmann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar⁴ (2017); *Spindler/Stilz*, AktG³ (2015); *Spitzer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Vermögensordnung und Insolvenz, in *FS Nowotny* (2015) 413; *Staub*, HGB III⁵, IV⁵ (2009, 2014); *Straube*, Kommentar zum HGB I³ (2003); *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbHG (2017); *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum Unternehmens-gesetzbuch I⁴ (2017); *Thiery*, Anmerkung zu 6 Ob 640/91, *ecolex* 1992, 634; *Thöni*, Vertrags- und Gesetzesumgehung durch Treuhand an Gesellschaftsanteilen, *ecolex* 1992, 236; *Tichy*, Einführung und Aufhebung von Vinkulierungsklauseln und statutarischen Aufgriffsrechten mittels Mehrheitsbeschlusses? RdW 1998, 55; *U. Torggler*, §§ 38 f UGB: Unternehmens-erwerb de lege lata et ferenda, JBl 2008, 137; *U. Torggler*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor der Reform, wbl 2011, 517; *U. Torggler*, GmbHG (2014); *U. Torggler*, Grenzver-schiebungen im Gesellschaftsrecht: Zum Anwendungsbereich der „GesBR neu“, wbl 2016, 742; *U. Torggler*, Unternehmensgesetzbuch – Kommentar² (2016); *Trenkwalder*, Über-tragung von Anteilen an österreichischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung, in *Kalss*, Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen (2003) 23; *Ulmer/Habersack/Löbbecke*, GmbHG Großkommentar I² (2013); *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG Großkommen-tar I (2005); *Umfahrer*, GmbHG⁶ (2008); *Umlauf*, Das Formgebot für die Begründung eines Aufgriffsrechtes nach dem GmbHG, *GesRZ* 1996, 170; *Vergeiner*, Unterbeteiligung (1983); *Vetter*, Altschuldenhaftung auf fehlerhafter Vertragsgrundlage (1995); *Walch*, Anmerkung zu 6 Ob 4/15d, *GesRZ* 2015, 261; *Walch*, Die Gewährleistungspflicht für Unternehmensmängel bei der Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils, NZ 2013, 171; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit der GesBR-Bestimmungen im GmbH-Recht nach der GesBR-Reform, RdW 2015, 78; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG (2014); *Walch*, Zur Notariatsakts-pflicht der Geschäftsanteilsübertragung bei zeit-lichem Auseinanderfallen von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, NZ 2015, 126; *Warto*, Zum Modus bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, ÖJZ 2012, 437; *Weigand*, Die eingetragenen Personengesellschaften, in *Dehn/Krejci*, Das neue UGB² (2007), 74; *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen (2008); *Welser/Siegwart*, Die praktische Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen aus Unter-nnehmens- und Anteilskaufverträgen, in *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf & Due Diligence I² 113; *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften (1965); *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II (2004); *Wilhelm*, Zur

Formalität verdeckter Schenkungen von GmbH-Anteilen, NZ 1994, 250; *Wolkerstorfer*, Außergerichtliche Pfandverwertung von in Sammelurkunden verbrieften Aktien, RdW 2015, 12; *Zebetner/Zebetner*, Schutz vor unliebsamen Mitgesellschaftern: Vinkulierung von Geschäftsanteilen, GBU 2004/12/13, 48; *Zib*, Auslandsbeurkundung bei Übertragung von Geschäftsanteilen österreichischer und deutscher GmbH, JBl 2013, 344; *Zib*, Zur Verweigerung der Zustimmung bei Übertragung vinkulierter Namensaktien, in FS Straube (2009) 249; *Zib/Dellinger*, UGB (2016).

Inhaltsübersicht

	Rz
I. Begriffsbestimmung und Abgrenzung	20/1
A. Gesellschaftsanteil	20/1
B. Share Deal vs Asset Deal	20/5
II. Personengesellschaften	20/6
A. Gesellschaft bürgerlichen Rechts	20/6
1. Gesetzliches Leitbild	20/6
2. Privatautonome Gestaltungsmöglichkeit	20/12
3. Form	20/15
4. Zuständigkeit und Kosten	20/19
5. Rechtsfolgen	20/20
B. Offene Gesellschaft	20/28
1. Gesetzliches Leitbild	20/28
2. Privatautonome Gestaltungsmöglichkeit	20/34
3. Form	20/37
4. Zuständigkeit und Kosten	20/41
5. Rechtsfolgen	20/45
C. Kommanditgesellschaft	20/50
1. Gesetzliches Leitbild	20/50
2. Privatautonome Gestaltungsmöglichkeit	20/52
3. Form	20/53
4. Zuständigkeit und Kosten	20/56
5. Rechtsfolgen	20/57
D. Stille Gesellschaft	20/64
1. Gesetzliches Leitbild	20/64
2. Privatautonome Gestaltungsmöglichkeit	20/70
3. Form	20/72
4. Zuständigkeit und Kosten	20/73
5. Rechtsfolgen	20/74
III. Kapitalgesellschaften	20/78
A. Gesellschaft mit beschränkter Haftung	20/78
1. Gesetzliches Leitbild	20/78
2. Privatautonome Gestaltungsmöglichkeit	20/79
3. Form	20/86
4. Zuständigkeit und Kosten	20/93
5. Rechtsfolgen	20/97
B. Aktiengesellschaft	20/101
1. Gesetzliches Leitbild	20/101
2. Privatautonome Gestaltungsmöglichkeit	20/103

	Rz
3. Form	20/110
4. Zuständigkeit und Kosten	20/118
5. Rechtsfolgen	20/119

I. Begriffsbestimmung und Abgrenzung

A. Gesellschaftsanteil

20/1 Bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen (kurz Anteilsübertragung) handelt es sich um den Übergang eines Gesellschaftsanteils bzw eines Teils¹ davon von einem Gesellschafter (Veräußerer) an einen anderen Rechtsträger (Erwerber). Der Begriff „Gesellschaftsanteil“ wird meist synonym zu „Geschäftsanteil“ und auch „Beteiligung“ gebraucht.² „Gesellschaftsanteil“ bezeichnet die Gesamtheit der gesellschaftsvertraglichen (bzw gesetzlichen) Rechte und Pflichten, die einem Gesellschafter zukommen.³ Der Gesellschaftsanteil drückt die Rechtsstellung eines Gesellschafters aufgrund des Gesellschaftsvertrages innerhalb der Gesellschaft aus, wobei er keine Aussage über Umfang und Inhalt der mit ihm einhergehenden Rechte und Pflichten trifft.⁴ Im Rahmen einer Anteilsübertragung findet die Übertragung der Mitgliedschaft(srechte) statt.

20/2 Der Gesellschafter kann rechtlich über den Gesellschaftsanteil verfügen, er kann ihn zB veräußern oder vererben. Die einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens unterliegen aber grundsätzlich nicht der Verfügungsbefugnis des Gesellschafters, weshalb deren Übertragung von der Verfügung über den Gesellschaftsanteil zu unterscheiden ist. Nur die ordnungsgemäß vertretene rechtsfähige Gesellschaft kann als Berechtigte (Eigentümerin) über die

1 Zur Zulässigkeit der Teilübertragung s etwa *K. Schmidt* in MüKo HGB⁴ (2016) § 105 Rz 211 und 221, wonach für diese dieselben Voraussetzungen gelten wie für eine Vollübertragung; vgl zur GmbH § 79 GmbHG. Für die Zwecke dieses Beitrags ist die Teilübertragung jedoch nicht weiter von Bedeutung, weil mit ihr kein Gesellschafterwechsel einhergeht. Vielmehr kommt es dabei lediglich zum Eintritt eines neuen Gesellschafters, nicht jedoch zum Ausscheiden des Veräußerers, der aufgrund des bei sich verbleibenden Gesellschaftsanteils Gesellschafter bleibt.

2 Siehe RIS-Justiz RS0004168; vgl auch *Schopper* in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG² (2018) § 75 Rz 5. Der Begriff „Geschäftsanteil“ beschränkt sich jedoch üblicherweise auf die Rechtsform der GmbH, s dazu Fn 268.

3 Vgl dazu § 1182 Abs 1 S 1 ABGB, dessen Legaldefinition ungeachtet einzelner terminologischer Unterschiede für alle Gesellschaftsformen von Bedeutung ist, s *Koppensteiner*, Die GesBR neuer Prägung und der allgemeine Teil des Gesellschaftsrechts, wbl 2015, 301 (313).

4 *Kalss/Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 2/133.

zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Sachen disponieren (s sogleich zum Asset Deal).⁵

Von der Übertragung des Gesellschaftsanteils zu unterscheiden ist die Einräumung einer Unterbeteiligung. Das ist eine Beteiligung an einer Beteiligung. Hier räumt der Gesellschafter dem Unterbeteiligten im Innenverhältnis eine Quote an seinem Gesellschaftsanteil ein. Das Mitgliedschaftsrecht bleibt im Verhältnis zur Gesellschaft unberührt.⁶ Weiters ist von der Übertragung des Gesellschaftsanteils die Frage zu unterscheiden, ob über einzelne Rechte oder Ansprüche aus dem Gesellschaftsanteil (zB Ansprüche auf einen Gewinnanteil oder auf das Auseinandersetzungsguthaben) durch Abtretung verfügt werden kann.⁷ Dies ist hier nicht von Interesse. **20/3**

Keinen Gesellschaftsanteil verkörpern die Mitgliedschaftsstellung in einem Verein sowie die Begünstigtenstellung in einer Privatstiftung. Die beiden Rechtsformen sind deshalb nicht Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung. Ausgeklammert werden auch die Fälle der Gesamtrechtsnachfolge in die Mitgliedschaft, bspw durch Verfügung von Todes wegen, im Rahmen einer Verschmelzung oder Spaltung. **20/4**

B. Share Deal vs Asset Deal

Liegt der Anteilsübertragung ein Kaufvertrag⁸ zugrunde, spricht man auch von einem „Share Deal“ bzw einem „Anteilskauf“. Im Gegensatz dazu kommt es bei einem „Asset Deal“ nicht zur Übertragung des Gesellschaftsanteils des bisherigen **20/5**

5 Siehe hierzu *K. Schmidt* in Schlegelberger (Hrsg), HGB III/1⁵ (1992) § 105 Rz 185; *ders* in MüKo HGB⁴ § 105 Rz 211. Eine diesbezügliche Ausnahme gilt für die GesbR, die selbst nicht rechtsfähig ist. Doch auch hier ist die Verfügung über den Miteigentumsanteil von der Übertragung der Mitgliedschaft zu unterscheiden, s dazu bspw *Told* in Bergmann/Ratka (Hrsg), Handbuch Personengesellschaften² (2016) Rz 2/192; *Artmann* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB – Klang³ (2017) § 1180 Rz 4 ff und § 1182 Rz 10. Eingehend dazu Kapitel A2.1.5.

6 Vgl zur Unterbeteiligung OGH 22.6.1926, 1 Ob 462/26, SZ 8/199; *Kastner*, Die Unterbeteiligung, JBl 1965, 72; *dens*, Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft im österreichischen Wirtschaftsleben, in GedS Gschnitzer (1969) 211 (228 f); *Vergeiner*, Unterbeteiligung (1983); *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR (2012) § 1186 Rz 4; *dies* in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar V⁴ (2014) § 1186 Rz 4; *U. Torggler*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor der Reform, wbl 2011, 517 (525); *Artmann* in Klang³ § 1182 Rz 12.

7 Vgl OGH 22.2.1990, 6 Ob 718/89, ecolex 1990, 484 (zur GesbR). Siehe bspw zur OG § 124 Abs 3 UGB.

8 Darüber hinaus sind auch weitere Titel vorstellbar, die zum Übergang eines Gesellschaftsanteils führen, wie etwa ein Vergleich, Tausch, eine Schenkung oder letztwillige Verfügung.

Unternehmensträgers, sondern zum unmittelbaren Verkauf seines Unternehmens oder von Teilen davon, also zur Übertragung diverser Wirtschaftsgüter und Rechte.⁹ Die Differenzierung hat unterschiedliche Auswirkungen auf die Ausgestaltung und rechtlichen Konsequenzen der Transaktion.¹⁰ Beim Share Deal sind grundsätzlich keine eigenständigen Übertragungen der einzelnen Vermögensgegenstände, Rechte, Pflichten oder mit Dritten bestehenden Vertragsverhältnisse erforderlich. Der Asset Deal ist nicht weiter Gegenstand dieses Beitrags.

II. Personengesellschaften

A. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

1. Gesetzliches Leitbild

- 20/6** Die gesetzlichen Regelungen über die GesbR im 27. Hauptstück des ABGB wurden 2015 durch das GesbR-Reformgesetz¹¹ umfassend novelliert. In der Grundtendenz führte diese Reform zu einer Annäherung des Rechts der GesbR an das Recht für eingetragene Personengesellschaften (OG/KG).¹² Das gilt auch für die Regelungen betreffend einen Gesellschafterwechsel in der GesbR.¹³ Um Wiederholungen zu vermeiden, werden gewisse Aspekte in diesem Kapitel kurz gehalten, die im Rahmen der Ausführungen zum OG-Recht detaillierter erörtert werden bzw auch umgekehrt.
- 20/7** Im Hinblick auf das Inkrafttreten der neuen GesbR-Normen muss zwischen Innen- und Außenrecht der Gesellschaft differenziert werden.¹⁴ § 1182 ABGB

9 Vgl dazu etwa OGH 29.11.2007, 2 Ob 134/07f, RdW 2008, 335; *Hasenauer/Pracht*, Gewährleistungsrecht und Due Diligence, in Althuber/Schopper (Hrsg), Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence, Band I: Legal² (2015) 93 (Rz 8); *van Husen*, Zur Haftung gemäß den §§ 38 ff UGB sowie § 1409 ABGB, in Althuber/Schopper, Unternehmenskauf & Due Diligence I² 211 (Rz 23 ff); *Raschauer*, Gewerberechtliche Aspekte des Unternehmens- und Anteilskaufs, in Althuber/Schopper, Unternehmenskauf & Due Diligence I² 823 (Rz 27 ff).

10 Ausführlich *Brogányi*, Grundbegriffe und Funktionen der Legal Due Diligence, in Althuber/Schopper, Unternehmenskauf & Due Diligence I² 1 (Rz 68).

11 BGBl I 2014/83 (GesbR-RG); dazu statt aller *S. Bydlinski/R. Fritz*, GesbR-RG: Reformgesetz zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts (2015) passim.

12 ErläutRV 270 BlgNR 24. GP 4; vgl auch *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit der GesbR-Bestimmungen im GmbH-Recht nach der GesbR-Reform, RdW 2015, 78 (78); *Harrer*, Die Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wbl 2015, 121 (123).

13 ErläutRV 270 BlgNR 24. GP 12 und 26 ff.

14 Vgl zum Folgenden *Artmann* in Klang³ § 1175 Rz 7 ff; *U. Torggler*, Grenzverschiebungen im Gesellschaftsrecht: Zum Anwendungsbereich der „GesbR neu“, wbl 2016, 742 (742 f).

idgF (Gesellschaftsanteil und Beiträge der Gesellschafter) bspw gilt als Teil des Innenrechts nur für nach dem 1.1.2015 gegründete GesbR (Neu-Gesellschaften) ausnahmslos. Auf vor dem 1.1.2015 gegründete Gesellschaften (Alt-Gesellschaften) ist die Norm erst seit dem 1.7.2016 anwendbar, und das auch nur dann, wenn sich keiner der Gesellschafter für die Beibehaltung des vor der Reform geltenden Rechts ausgesprochen hat. Hat ein Gesellschafter erklärt, die Anwendung des alten Rechts beibehalten zu wollen, gilt § 1182 ABGB idgF erst ab dem 1.1.2022.¹⁵ Außenrechtliche Bestimmungen hingegen, wie etwa § 1201 ABGB idgF (Rechtsübergang bei der Gesellschafternachfolge), sind für alle Gesellschaften – unabhängig vom Zeitpunkt der Gründung – mit 1.1.2015 anwendbar.¹⁶ Für Sachverhalte, die sich vor dem 1.1.2015 ereignet haben, gelten stets die alten Bestimmungen.¹⁷ Aufgrund der noch einige Zeit andauernden Zweigleisigkeit des GesbR-Rechts berücksichtigt dieser Beitrag alte und neue Rechtslage bezüglich des Gesellschafterwechsels, wobei das Hauptaugenmerk auf das neue Recht zu legen ist.

Vor der GesbR-Reform fand sich der einzige gesetzliche Hinweis zur Zulässigkeit der Aufnahme neuer Gesellschafter in § 1186 2. Halbsatz ABGB aF, wonach „*kein Mitglied befugt (ist), jemanden in die Gesellschaft aufzunehmen*“. Daraus leitete die hA ab, dass die Übertragung des Gesellschaftsanteils eine Änderung des Gesellschaftsvertrages darstellt, für deren Wirksamkeit nach allgemeinen Grundsätzen die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter benötigt wurde.¹⁸ § 1186 2. Halbsatz aF wurde durch die Novellierung des GesbR-Rechts gestrichen. An der Rechtslage hat das nichts geändert.¹⁹ Denn § 1182 Abs 1 S 2 ABGB idgF ordnet an, dass ein Gesellschafter ohne Zustimmung sämtlicher Gesellschafter nicht über seinen Gesellschaftsanteil verfügen kann. Dies folgt laut Materialien schon aus dem allgemeinen Grundsatz, dass eine Vertragsübernahme nicht gegen den Willen der im Vertrag verbleibenden Parteien erfolgen kann.²⁰ IdZ wurde bzw wird davon gesprochen, dass die Mitgliedschaft an einer Personengesellschaft nach der gesetzlichen Regel unübertragbar ist.²¹

Dennoch ist eine Übertragung des Gesellschaftsanteils nicht generell ausgeschlossen. Er ist vielmehr ipso iure vinkuliert. Ein Gesellschafterwechsel ist

15 § 1503 Abs 5 Z 2 und 3 ABGB.

16 § 1503 Abs 5 Z 1 ABGB.

17 § 1503 Abs 5 Z 1 ABGB.

18 *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR § 1186 Rz 3; *dies* in Schwimann/Kodek V⁴ § 1186 Rz 3; *Grillberger* in Rummel (Hrsg), ABGB³ (2002) § 1186 Rz 4; *Riedler* in KBB⁴ (2014) § 1186 Rz 1 f; *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, Die Reform der GesbR (Teil II), *ecolex* 2015, 476 (476).

19 *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, *ecolex* 2015, 476 (476).

20 ErläutRV 270 BlgNR 24. GP 12.

21 RIS-Justiz RS0061550, zB OGH 18.1.1977, 5 Ob 308/76, GesRZ 1977, 97.

möglich, doch ist ein derartiger Vorgang an die Zustimmung aller Gesellschafter gebunden,²² die – wie bereits nach alter Rechtslage –²³ auch ad hoc erklärt werden kann.²⁴ Der einzelne Gesellschafter kann folglich über den eigenen Anteil nicht nach seinem Belieben disponieren. Die Gesetzeslage bringt die für Personengesellschaften charakteristische Konzentration auf die Person der Gesellschafter zum Ausdruck. Die GesbR ist durch eine geschlossene Mitgliederzahl gekennzeichnet.²⁵ Hintergrund ist, dass die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft ein spezielles Vertrauensverhältnis begründet und oftmals auch die persönliche Mitarbeit der einzelnen Gesellschafter erfordert. Damit verbunden ist eine enge Verbindung zwischen den Gesellschaftern, die einer individuellen Verfügung über die „Parteistellung“ ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter entgegensteht.²⁶

20/10 Anders als im Recht der Kapitalgesellschaften (§ 77 GmbHG, § 62 Abs 3 AktG)²⁷ kann eine gerichtliche Ersatzzustimmung nicht erwirkt werden.²⁸ Da die Interessen des veräußerungswilligen Gesellschafters durch die Kündigungsmöglichkeit gem §§ 1208 f ABGB geschützt sind, ist eine analoge Anwendung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestimmungen über die gerichtliche Ersatzzustimmung ausgeschlossen.²⁹ Aus demselben Grund ist davon auszugehen, dass die übrigen Gesellschafter im Regelfall aufgrund einer allfälligen Treuepflicht gegenüber dem veräußerungswilligen Mitgesellschafter keine Zustimmungspflicht zur Übertragung trifft.³⁰

20/11 Veräußert ein Gesellschafter entgegen § 1182 Abs 1 S 2 ABGB idGF seinen Gesellschaftsanteil ohne Zustimmung sämtlicher Mitgesellschafter, ist der Vertrag über die Anteilsübertragung schwebend unwirksam. Der Widerspruch auch nur eines Mitgesellschafter gegen die Übertragung führt zur endgültigen Unwirksamkeit.³¹ Äußert sich ein Mitgesellschafter nicht, ist dies nach Ablauf

22 ErläutRV 270 BlgNR 24. GP 18; *Schauer/Hofmair*, Die Grundzüge der GesbR-Reform, SWK 2014, 1549 (1556); *Kalss/Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 2/188.

23 Bspw OGH 30.3.2011, 7 Ob 130/10h, RdW 2011, 596; *Riedler* in *KBB*⁴ § 1186 Rz 1.

24 *Kalss/Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 2/133; *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, *ecolex* 2015, 476 (476).

25 *Artmann* in *Klang*³ § 1182 Rz 6 und § 1201 Rz 3; *Artmann/Rüffler*, *Gesellschaftsrecht* (2017) Rz 117.

26 ErläutRV 270 BlgNR 24. GP 12; vgl auch RIS-Justiz RS0022123, zB OGH 21.4.1976, 1 Ob 535/76, NZ 1978, 126.

27 Siehe dazu Kapitel A3.1.2 und A3.2.2.

28 *Artmann* in *Klang*³ § 1182 Rz 6.

29 *Artmann* in *Klang*³ § 1182 Rz 6. Siehe jedoch anders bei einer Kapitalgesellschaft & Co Kapitel A2.2.1.

30 *Artmann* in *Klang*³ § 1182 Rz 6. Zur Ausnahme in Sonderfällen s Kapitel A2.2.1.

31 *Warto* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} (2017) § 1182 Rz 5; *Artmann* in *Klang*³ § 1182 Rz 7.

einer angemessenen Frist als Verweigerung der Zustimmung zu werten.³² Unwirksame Übertragungen können nach hA und Rsp gegebenenfalls als zulässige Einräumung einer Unterbeteiligung wirken.³³ Zu sukzessiven Zustimmungserklärungen und weiteren Aspekten idZ s bei der OG.

2. Privatautonome Gestaltungsmöglichkeit

Bereits nach alter Rechtslage waren nach hA abweichende Vereinbarungen zur gesetzlich vorgesehenen Vinkulierung des Gesellschaftsanteils zulässig.³⁴ So war es anerkannt, die GesbR-Mitgliedschaft bereits im Wege gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen übertragbar auszugestalten.³⁵ Die Zulässigkeit der Anteilsübertragung konnte auch von einem Gesellschafter-(Mehrheits-)Beschluss abhängig gemacht werden.³⁶ **20/12**

Gleiches gilt nach neuer Rechtslage: Nach § 1181 ABGB idGF ist die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zur Anteilsübertragung nur erforderlich, wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbart ist. Das gesetzliche Erfordernis der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zur Anteilsübertragung ist somit dispositiv.³⁷ Die Gestaltungsmöglichkeiten sind breit gefächert. Im Gesellschaftsvertrag kann vereinbart werden, dass ein Gesellschafter ohne Zustimmung der übrigen Mitglieder seinen Anteil jederzeit (oder bei Vorliegen eines wichtigen Grundes) übertragen kann (freie Übertragbarkeit bzw Vorauszustimmung³⁸).³⁹ Der Gesellschaftsvertrag kann die Anteilsübertragung auch an einen Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter binden (s sogleich zur Unzulässigkeit eines Mehrheitsbeschlusses ohne konkrete gesellschaftsvertragliche Grundlage).⁴⁰ Ebenso kann gesellschaftsvertraglich vereinbart werden, dass der Gesellschaftsanteil nur an einen bestimmten Personenkreis (zB Kinder, **20/13**

32 Vgl zum parallelen Aspekt idZm vinkulierten Geschäftsanteilen einer GmbH *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 77 Rz 3 mwN; s dazu auch Kapitel A3.1.2.

33 OGH 20.4.1949, 1 Ob 178/49, SZ 22/55; *Grillberger* in Rummel, ABGB³ § 1186 Rz 5; *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR § 1186 Rz 4; *Artmann* in Klang³ § 1182 Rz 7 und 12; *Wittmann-Tirwald* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} (2014) § 1186 Rz 3. Siehe zur Unterbeteiligung Kapitel A1.1.

34 *Grillberger* in Rummel, ABGB³ § 1186 Rz 4, wonach die Unübertragbarkeit nur im Gesellschaftsinteresse angeordnet war.

35 ZB OGH 22.2.1990, 6 Ob 718/89, ecolex 1990, 484; *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR § 1186 Rz 3; *dies* in Schwimann/Kodek V⁴ § 1186 Rz 3.

36 *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/34; *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, ecolex 2015, 476 (476).

37 *Warto* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2017) § 1182 Rz 5; *Artmann* in Klang³ § 1182 Rz 6.

38 *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, ecolex 2015, 476 (476).

39 *Artmann* in Klang³ § 1182 Rz 6 und § 1201 Rz 4.

40 *C. Fritz/Perkold*, Die „neue“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts (2015) 80.

Ehegatten oder Mitgesellschafter) frei übertragen werden darf bzw überhaupt ein anderer Zustimmungsmodus gilt (bspw Zustimmung durch Beirat oder Familienrat).⁴¹ Die Übertragung des Gesellschaftsanteils kann an zahlreiche andere Voraussetzungen bzw Erleichterungen geknüpft sein. Obwohl § 1181 ABGB idGF nur den Gesellschaftsvertrag ausdrücklich erwähnt, können auch spätere Beschlüsse, die mit Zustimmung aller Gesellschafter gefasst werden, der dispositiven Regelung von § 1182 Abs 1 S 2 ABGB idGF vorgehen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass einstimmige Beschlüsse rechtlich als Änderungen des – bei der GesBR formfreien – Gesellschaftsvertrags qualifiziert werden können.⁴² Sieht der Gesellschaftsvertrag keine Regelung zur Anteilsübertragung vor, schreibt aber für einfache Beschlüsse eine einfache Mehrheit und für die Abänderung des Gesellschaftsvertrages eine qualifizierte Mehrheit fest, kann uE ein (qualifizierter) Mehrheitsbeschluss eine Regelung betreffend die Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils mit Wirkung gegenüber dissentierenden Mitgesellschaftern des Veräußerungswilligen nicht herbeiführen. Aufgrund des Eingriffs in die mitgliedschaftliche Stellung der Mitgesellschafter, die bei personalistischen Gesellschaften ein besonderes Interesse an der konkreten Zusammensetzung des Gesellschafterkreises haben, erfordert es die Einzelzustimmung jedes (Mit-)Gesellschafter.

- 20/14** Werden die gesellschaftsvertraglich aufgestellten Anforderungen an die Anteilsübertragung nicht eingehalten, ist der Gesellschafterwechsel unwirksam.

3. Form

- 20/15** Die Anteilsübertragung ist grundsätzlich als einheitliches Rechtsgeschäft zwischen Veräußerer (Ausscheidendem) und Erwerber (Übernehmendem) konstruiert, wodurch die Mitgliedschaft unmittelbar übertragen wird (Übertragungsvereinbarung).⁴³ Bei Personengesellschaften kann der Gesellschafterwechsel auch in zwei getrennten Vereinbarungen (Eintritt und Austritt)

41 *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, *ecolex* 2015, 476 (476); vgl aber OGH 24.1.2019, 6 Ob 55/18h zu einer diskriminierenden Geschlechterklausel in einem Gesellschaftsvertrag einer KG.

42 ErläutRV 270 BlgNR 24. GP 12.

43 Vgl § 1201 Abs 1 ABGB; siehe die hA zum einheitlichen Akt der Anteilsübertragung RIS-Justiz RS0061565, zB OGH 18.1.1977, 5 Ob 308/76, GesRZ 1977, 97; 23.6.1988, 8 Ob 565/87, RdW 1988, 384; zuletzt 4.7.2013, 6 Ob 66/13v, JBl 2013, 787; BGH 28.4.1954, II ZR 8/53, BGHZ 13, 179; *Eckert* in U. Torggler (Hrsg), UGB³ (2019) § 124 Rz 3; *Abazagic* in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB (2016) § 124 Rz 26; *Artmann* in Artmann (Hrsg), UGB I³ (2019) § 124 Rz 7; *dies* in Klang³ § 1182 Rz 8; *Wertenbruch* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg), *Handelsgesetzbuch*³ (2014) § 105 Rz 222; mwN *Schäfer* in Staub (Hrsg), HGB III⁵ (2009) § 105 Rz 291.

erfolgen (Doppelvertrag).⁴⁴ Hierbei werden keine unmittelbaren gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zwischen Alt- und Neugesellschafter begründet.⁴⁵ Die beiden Konstellationen weisen in Einzelheiten unterschiedliche Rechtsfolgen auf, was hier nicht näher zu erörtern ist.⁴⁶ Welche Variante im Einzelfall vorliegt, ist – mangels zu empfehlender vertraglicher Klarstellung – mittels Vertragsauslegung zu ermitteln.⁴⁷ Im Zweifel ist von einer einheitlichen Anteilsübertragung auszugehen, selbst wenn von Ausscheidendem und Eintretendem gesprochen wird.⁴⁸ In Anbetracht der Impraktikabilität des kombinierten Aus- und Eintritts bzw der Einfachheit der unmittelbaren Anteilsübertragung ist ein Gesellschafterwechsel kaum noch als Doppelvertrag ausgestaltet.

Der Gesellschaftsanteil ist eine unkörperliche, bewegliche Sache (§§ 285, 292 f, 452 ABGB).⁴⁹ Für dessen Übertragung gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze, weshalb der Abschluss eines Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäftes erforderlich ist.⁵⁰ Str ist, ob idZ eine Abtretung (Zession, §§ 1393 ff ABGB) oder eine Vertragsübernahme vorliegt.⁵¹ Der Streit ist für die Anteils-

44 Statt vieler *Lieder* in Oetker (Hrsg), HGB⁵ (2017) § 105 Rz 87.

45 *Schäfer* in Staub, HGB III⁵ § 105 Rz 289 f; *Schäfer* in MüKo BGB⁷ (2017) § 719 Rz 18; *Henssler* in Henssler/Strohn (Hrsg), Gesellschaftsrecht³ (2016) § 105 HGB Rz 116.

46 Siehe dazu *Reich-Rohrwig*, Unternehmenskauf und Beteiligungserwerb (Teil II), ecolex 1990, 219 (219 f); *Schäfer* in Staub, HGB III⁵ § 105 Rz 292 ff; *ders* in MüKo BGB⁷ § 719 Rz 23; *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB III/1⁵ § 105 Rz 182 f; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II (2004) 388, 424; *ders*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften (1965) 52; *Hochedlinger*, Die Übertragung von Unternehmen und Gesellschaftsanteilen nach § 142 HGB (Teil I), GesRZ 2002, 185 (191 Fn 100); *ders/H. Fuchs*, Stille Gesellschaft (2007) Rz 1/144.

47 *Henssler* in Henssler/Strohn, GesR³ § 105 HGB Rz 117; *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB III/1⁵ § 105 Rz 182; *Schäfer* in MüKo BGB⁷ § 738 Rz 15; *Hochedlinger*, GesRZ 2002, 185 (191 Fn 100).

48 *Schäfer* in Staub, HGB III⁵ § 105 Rz 288 und 293 mit Hinweis auf die günstigeren Rechtsfolgen einer unmittelbaren Anteilsübertragung für Gesellschaft und Mitgesellschafter; *K. Schmidt* in MüKo HGB⁴ § 105 Rz 208; *ders* in Schlegelberger, HGB III/1⁵ § 105 Rz 182.

49 *Appl* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 3/168; *C. Fritz/Perktold*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts 79.

50 Vgl zur GmbH *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 4.

51 Vgl zur insoweit parallelen Frage iZm der Geschäftsanteilsübertragung bei der GmbH für Zession: *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG (2014) 153 ff; *G. Roth/Fitz*, Unternehmensrecht: Handels- und Gesellschaftsrecht² (2006) Rz 519; *Warto*, Zum Modus bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, ÖJZ 2012, 437; *Lutter*, Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980) 84 (101); *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges Recht“ (1996) insb 104 ff; *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen (2008) 25 ff; vgl auch *Neumayr* in KBB⁵ (2017) § 1393 Rz 4; für Vertragsübernahme: OGH 23.2.1989,

übertragung praktisch allerdings von geringer Bedeutung.⁵² Vor allem auch im Hinblick auf Formpflichten unterscheiden sich beide Varianten nicht. In beiden Fällen stellt der Modus (Zession oder Einigung über die Übertragung⁵³) einen formfreien Akt dar.⁵⁴ Auch das Verpflichtungsgeschäft, also der Übertragungsvertrag, unterliegt – ebenso wie der Abschluss des Gesellschaftsvertrages selbst – keiner besonderen Formpflicht.⁵⁵ Abweichendes kann durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden. Aus der Formfreiheit folgt, dass in der Praxis Titel- und Verfügungsgeschäft in aller Regel unmittelbar zusammenfallen.⁵⁶ In Bezug auf die Regelung des Innenverhältnisses zwischen ausscheidendem und eintretendem Gesellschafter ist ein schriftlicher Vertrag anzuraten.

- 20/17** Ist im Gesellschaftsvertrag nicht die freie Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils vereinbart, bedarf es entweder der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter oder der Einhaltung der jeweiligen einzelvertraglich bedungenen Erfordernisse (zB Mehrheitsbeschluss). Grundsätzlich bestehen auch für diese Voraussetzungen keine Formgebote.⁵⁷ Den Gesellschaftern ist es unbenommen, hierfür Formverpflichtungen aufzustellen.

6 Ob 525/89, GesRZ 1989, 225; *Geist*, Zur Wirkung von Veräußerungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen, ÖJZ 1996, 414 (416); *Rauter* in Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbHG (2014) § 76 Rz 37; *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht (1983) 617; *ders/Thiery*, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf, ecolex 1991, 89; vgl auch *Ertl* in Rummel, ABGB³ § 1393 Rz 1.

52 *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 159. Zudem ist anerkannt, dass – trotz der Ablehnung einer Zession – zessionsrechtliche Grundsätze zur Anwendung gelangen können, vgl OGH 2.5.1990, 1 Ob 533/90, JBl 1991, 43; 7.9.1971, 4 Ob 588/71, GesRZ 2011, 374; *P. Bydlinski*, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen (1991) 86 f; *ders*, Der Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, ÖJZ 1992, 85 (85 f); *Geist*, ÖJZ 1996, 414 (416). Siehe auch *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht⁴ (2016) 171.

53 Vgl zur OG *Abazagic* in Zib/Dellinger, UGB § 124 Rz 27 und *Eckert* in U. Torggler, UGB³ § 124 Rz 5.

54 *Artmann*, Gesellschafternachfolge in der GesbR und das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters, in FS Hügel (2016) 45 (50).

55 *Artmann* in Klang³ § 1182 Rz 8; *Warto* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁻⁰³ § 1201 Rz 7. Allfällige sonstige Formgebote sind jedoch zu berücksichtigen, vgl dazu Kapitel A2.2.3.

56 *Neumayr* in KBB⁵ § 1392 Rz 5; s auch zur GmbH *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 35. Anderes gilt oftmals bei „großen Transaktionen“, in deren Rahmen das Verpflichtungsgeschäft (Signing) und das Verfügungsgeschäft (Closing) auseinander fallen, wobei zwischen diesen aufschiebende Vollzugsbedingungen (Closing Conditions oder Closing Precedents) eintreten.

57 Vgl zur formfreien Zustimmung der Mitgesellschafter bei der OG *Abazagic* in Zib/Dellinger, UGB § 124 Rz 21; zur Formfreiheit der Beschlussfassung s *Artmann* in Klang³ § 1192 Rz 8.

Im Hinblick auf die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens ist zu differenzieren. Greift § 1201 ABGB idGF, erfolgt der Übergang ex lege. Es bedarf keines Verfügungsaktes. Für unkörperliche Sachen, die im Gesamthandigentum der Gesellschafter stehen, gilt das zum Gesellschaftsanteil Gesagte. Stehen jedoch bürgerliche Rechte im Gesellschaftsvermögen, ist für deren Übertragung das Intabulationsprinzip zu beachten. Ähnliches gilt wohl für gewerbliche Schutzrechte, die dem Gesellschaftsvermögen angehören und deren Übertragung eine Eintragung in öffentliche Register bedarf (zB Patent- oder Markenrechte).⁵⁸ Davon zu unterscheiden ist die Übertragung von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens, bei denen die Übertragung aufgrund sondergesetzlicher Bestimmungen formpflichtig ist, wie zB GmbH-Geschäftsanteile nach § 76 Abs 2 GmbHG (Notariatsaktsform). Ob die Formpflicht auch für die Übertragung des GesbR-Gesellschaftsanteils, in dessen Rahmen ein GmbH-Geschäftsanteil gehalten wird, gilt, ist anhand des Zwecks der Formvorschrift zu beantworten. Das ist im konkreten Fall zu bejahen, weil hier der Immobiliensicherungszweck der Notariatsaktspflicht auf die Übertragung des GesbR-Gesellschaftsanteils durchschlägt.⁵⁹ Auch der vom Notariatsaktsforderndem gem § 76 Abs 2 GmbHG ebenfalls bezweckte Übereilungsschutz von Geschäftspartnern⁶⁰ spricht für dieses Verständnis.⁶¹

4. Zuständigkeit und Kosten

Bei der Übertragung eines Gesellschaftsanteils an einer GesbR per se fallen grundsätzlich keine Gebühren bzw Kosten an. Das hat einerseits mit der fehlenden Rechtsfähigkeit der GesbR zu tun.⁶² Mangels Rechtsfähigkeit ist eine Eintragung in das Firmenbuch nicht möglich. Eine (kostenpflichtige) Anmeldung des Gesellschafterwechsels beim Firmenbuchgericht kommt folglich von vornherein nicht in Betracht.⁶³ Andererseits wirkt sich auch die Formfreiheit der Anteilsübertragung kostenneutral aus. Anderes gilt nur, wenn im Gesellschaftsvertrag ausnahmsweise ein Formerfordernis vereinbart wurde (bspw eine Beglaubigung). Auch wenn für die Übertragung gewisser Vermögensgegenstände der GesbR (zB GmbH-Geschäftsanteile) eine Formpflicht ein-

58 *Artmann* in Klang³ § 1201 Rz 7; *dies* in FS Hügel 45 (51); *Told* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 2/227 und 2/252. Siehe dazu § 43 PatG und § 38 MarkSchG.

59 *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 35; aA *Artmann/Thiery*, GesbR neu – Auswirkungen für die Praxis? RdW 2016, 3 (6) mit dem Argument, dass der Immobiliensicherungszweck nicht beeinträchtigt sei, weil § 76 Abs 2 GmbHG nur den Börsenhandel verhindern wolle und GesbR-Anteile nicht an der Börse gehandelt werden könnten; dagegen *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 34 Fn 173.

60 Str, s dazu Kapitel A3.1.3 (Fn 340).

61 Vgl dazu aber *Artmann* in Klang³ § 1201 Rz 7; *dies* in FS Hügel 45 (51).

62 § 1175 Abs 2 ABGB.

63 Vgl auch *Kalss/Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/10 und 2/205.

gehalten werden muss, fallen Kosten an. Gleiches gilt, wenn sich im Gesellschaftsvermögen bürgerliche oder Immaterialgüterrechte befinden. Die für deren Übertragung notwendigen Eintragungsgebühren bestimmen sich nach den jeweilig geltenden Vorschriften.

5. Rechtsfolgen

- 20/20** Nach alter Rechtslage waren zahlreiche Fragen iZm den vermögensrechtlichen Konsequenzen eines Gesellschafterwechsels auf Grund der fehlenden Regelungen im ABGB unklar.⁶⁴ Während nach älterer Ansicht der Vermögensübergang generell mittels Einzelrechtsnachfolge vollzogen werden musste, sprach sich die jüngere Lehre teilweise für eine analoge Anwendung der §§ 38 f UGB aus.⁶⁵ Im Hinblick auf die Haftung war nach dem alten Recht davon auszugehen, dass der ausscheidende Gesellschafter unbeschränkt für Altverbindlichkeiten haftet (keine Enthafungsregelung). Der eintretende Gesellschafter haftete bereits nach altem Rechtsbestand nicht für schon bestehende Verbindlichkeiten. Bezüglich des Abfindungsanspruchs war im Wesentlichen § 137 UGB analog anzuwenden.⁶⁶
- 20/21** Mit der Novellierung des GesbR-Rechts wurden in den §§ 1201 ff ABGB spezielle Regelungen geschaffen. Die neuen Bestimmungen, die mit der Überschrift „Gesellschafternachfolge“ unter einem eigenen Abschnitt zusammengefasst werden, führen zu wesentlichen Änderungen im Vergleich zur früheren Rechtslage.⁶⁷ Im Hinblick auf den zeitlichen Anwendungsbereich ist zu berücksichtigen, dass §§ 1201 und 1202 ABGB außerrechtlicher Natur sind.⁶⁸ Daher sind diese Regelungen auf Sachverhalte anwendbar, die sich nach dem 1.1.2015 ereignet haben (s bereits oben).
- 20/22** Bezüglich der Rechtsfolgen einer Übertragung des Gesellschaftsanteils bei einer GesbR ergibt sich eine Besonderheit, die auf die mangelnde Rechtspersönlichkeit der GesbR zurückzuführen ist. Während bei den rechtsfähigen Gesellschaften das Gesellschaftsvermögen der jeweiligen Gesellschaft zugeordnet ist, steht das der GesbR gewidmete Vermögen betreffend körperlicher Sachen im Miteigentum der Gesellschafter und bezüglich unkörperlicher Sachen im

64 *Told* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 2/251 und 2/275; *Artmann* in Klang³ § 1201 Rz 3; *Rüffler/Told*, Folgen des Konkurses eines ARGE-Mitglieds, GES 2014, 221 (224); *U. Torggler*, wbl 2011, 517 (521); *Schauer/Hofmair*, SWK 2014, 1549 (1555); *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, ecoloex 2015, 476 (476).

65 Siehe mit zahlreichen Nachweisen *Told* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 2/276.

66 Vgl *Told* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 2/275 f; *Artmann* in Klang³ § 1202 Rz 3 f.

67 *Told* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 2/12.

68 Vgl Kapitel A2.1.1 sowie § 1503 Abs 5 ABGB.

Gesamthand Eigentum der Gesellschafter.⁶⁹ Sämtliche im Rahmen der Tätigkeit der Gesellschaft entstehende Rechte und Pflichten sind den Gesellschaftern zuzuordnen, die auch gegenüber Dritten als Vertragspartner auftreten.⁷⁰ Die GesbR selbst ist mangels Rechtsfähigkeit niemals Zurechnungsobjekt.⁷¹

Die Vermögensunfähigkeit der GesbR führt dazu, dass ein Gesellschafterwechsel auf zwei Ebenen erfolgt.⁷² Auf Mitgliedschaftsebene kommt es zum Erwerb bzw zur Aufgabe der Gesellschafterstellung (des Gesellschaftsanteils). Der Gesellschaftsanteil wächst vom ausscheidenden Gesellschafter den verbleibenden Gesellschaftern an. In weiterer Folge wächst er bei diesen wieder ab und es kommt zur Anwachsung beim neuen Gesellschafter, sodass sich am Anteil der verbleibenden Gesellschafter im Ergebnis nichts ändert.⁷³ Einer eigenen sachenrechtlichen Übertragung bedarf es nicht.⁷⁴ Auf Vermögensebene kommt es zu Änderungen bezüglich der Zuordnungen von Eigentum, Rechten und Pflichten, also von sachen- und schuldrechtlichen Positionen. Bezüglich der im Gesamthand Eigentum der Gesellschafter stehenden unkörperlichen Sachen (bspw Immaterialgüterrechte, GmbH-Geschäftsanteile, nicht verbriefte Aktien etc) gilt das Gleiche wie für den Gesellschaftsanteil, da die Berechtigung aus dem Gesamthand Eigentum untrennbar mit der Mitgliedschaftsstellung verbunden ist.⁷⁵ Eine Ausnahme gilt für sonstige schuldrechtliche Beziehungen, etwa isolierte Forderungen und Verbindlichkeiten, weil diese von § 1201 Abs 1 ABGB umfasst sind (dazu sogleich).⁷⁶ Die Übertragung des restlichen Gesellschaftsvermögens (körperliche Sachen und sonstige schuldrechtliche Beziehungen) gestaltet sich schwieriger.

Die aufgezeigte Vermögensverbundenheit der Gesellschafter untereinander erfordert es, dass der ausscheidende Gesellschafter sämtliche seiner ideellen Mit-eigentumsanteile an körperlichen Sachen sowie – wie sich aus § 1201 Abs 1 ABGB ergibt – Mitberechtigungen an sonstigen schuldrechtlichen Beziehun-

69 § 1180 Abs 1 ABGB.

70 RIS-Justiz RS0022132 (T2); RS0022184; RS0113444.

71 Dazu *Kalss/Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *GesR² Rz 2/68 ff*; *Spitzer*, *Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Vermögensordnung und Insolvenz*, in *FS Nowotny* (2015) 413 (415).

72 Vgl *Kalss/Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *GesR² Rz 2/187*.

73 *Told* in *Bergmann/Ratka*, *Hb Personengesellschaften² Rz 2/227 und 2/252*.

74 *Artmann* in *Klang³ § 1201 Rz 5 mwN*.

75 *Warto* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON^{1.03} § 1201 Rz 3*; *Artmann* in *Klang³ § 1201 Rz 5 und 19 mwN*; *dies* in *FS Hügel 45* (50); *Kalss/Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *GesR² Rz 2/192*; *Schäfer* in *MüKo BGB⁷ § 738 Rz 8*.

76 *Artmann* in *Klang³ § 1201 Rz 13 und 15*; aA bezüglich gesellschaftsbezogener Verbindlichkeiten *Told* in *Bergmann/Ratka*, *Hb Personengesellschaften² Rz 2/261*, der allerdings der Wortlaut des § 1201 Abs 1 ABGB entgegenghalten werden kann, der nicht nur von „Vertragsverhältnissen“, sondern vom umfassenderen Begriff „Rechtsverhältnissen“ spricht (vgl *Artmann* in *Klang³ § 1201 Rz 30 Fn 139*).

gen an den eintretenden Gesellschafter übertragen muss.⁷⁷ Hier greift jedoch die gesetzliche Erleichterung des § 1201 Abs 1 ABGB, der § 38 UGB nachgebildet ist.⁷⁸ Danach gehen die gesellschaftsbezogenen, nicht höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse im Verhältnis des jeweiligen Gesellschaftsanteils⁷⁹ von Gesetzes wegen auf den eintretenden Gesellschafter über (Parteiwechsel, nicht Schuldbeitritt).⁸⁰ Da sich der Gesetzgeber – im Vergleich zu § 1201 Abs 3 ABGB („Vertragsverhältnisse“) – für einen weiten Anwendungsbereich des § 1201 Abs 1 ABGB entscheidet („Rechtsverhältnisse“), sind unter diese Bestimmung auch sonstige schuldrechtliche Beziehungen (bspw Forderungen und Verbindlichkeiten) zu subsumieren.⁸¹ Die Beteiligung der übrigen Gesellschafter an den Rechtsverhältnissen bleibt aufrecht.⁸² Nach dem gesetzlichen Leitbild folgt die Teilhabe am Gesellschaftsvermögen ipso iure der Beteiligung an der Gesellschaft, da nach § 1201 Abs 2 ABGB der Übergang bei Gegenständen des Gesellschaftsvermögens, die im Miteigentum der Gesellschafter stehen, im Zeitpunkt des wirksamen Wechsels erfolgt.⁸³ Dies stellt insb bei unternehmenstragenden GesBR, die eine Vielzahl von Rechtsbeziehungen aufweisen, eine wesentliche Erleichterung dar, zumal auf die im Rahmen einer Übertragung eigentlich notwendigen Verfügungsgeschäfte (Modi) für die einzelnen Rechtsverhältnisse verzichtet wird (Durchbrechung des Traditionsprinzips).⁸⁴ So gehen bspw Miteigentumsanteile an beweglichen Sachen auf den Nachfolger über, ohne dass die Anteile im Einzelnen übertragen werden müssen.⁸⁵ Nur bücherliche Rechte, etwa Liegenschaftseigentum und Pfandrechte, sind nach den für sie geltenden Vorschriften zu übertragen, weshalb

77 *Krejci*, GesBR-Reform: Zum ministeriellen Diskussionsentwurf, GES 2012, 4 (18 f); *Schauer/Hofmair*, SWK 2014, 1549 (1556).

78 ErläutRV 270 BlgNR 24. GP 19; *Schauer*, Rechtspolitische Perspektiven im Recht der Personengesellschaften: das Beispiel Österreichs, ZGR 2014, 143 (161); *Spitzer* in FS Nowotny 413 (445); *Schurr* in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁴ (2017) § 1201 Rz 7.

79 Im Hinblick auf die im Gesamthand Eigentum stehenden unkörperlichen Sachen sind die Beteiligungsverhältnisse jedoch irrelevant, zumal das Gesamthand Eigentum als einheitliches Sondervermögen verstanden wird, ohne dass einzelnen Gesellschaftern Anteile zukommen, vgl *Artmann* in Klang³ § 1180 Rz 10.

80 Zudem bleiben für gesellschaftsbezogene Verbindlichkeiten bestellte Sicherheiten bestehen.

81 *Artmann* in Klang³ § 1201 Rz 15 ff, s dort ausführlich zu den erfassten Rechtsverhältnissen.

82 *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 120.

83 IdZ ist strittig, wie sich der Rechtsübergang technisch vollzieht, ob mittels Anwachsung, Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge (vgl dazu mit zahlreichen Nachweisen *Artmann* in Klang³ § 1201 Rz 19; *dies* in FS Hügel 45 [48 f]).

84 *Schauer*, ZGR 2014, 143 (161); *ders/Hofmair*, SWK 2014, 1549 (1556 Fn 72); *Artmann* in Klang³ § 1201 Rz 13.

85 ErläutRV 270 BlgNR 24. GP 5.

die (konstitutiv wirkende) Eintragung ins Grundbuch erforderlich ist.⁸⁶ Hier gilt der Grundsatz der von Gesetzes wegen eintretenden Rechtsnachfolge also nicht, zumal dem grundbücherlichen Eintragungssprinzip – aus Publizitäts- und Praktikabilitätsgründen – der Vorrang eingeräumt wird (Notwendigkeit der Einzelübertragung).⁸⁷ Damit soll das Entstehen außerbücherlicher Rechte hintangehalten werden.⁸⁸

Der Vertragsübergang ipso iure und sämtliche mit ihm einhergehenden Regelungen können jedoch einerseits aufgrund des dispositiven Charakters von § 1201 ABGB durch eine Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern vermieden bzw abweichend vereinbart werden, soweit dies Rechte Dritter nicht beeinträchtigt.⁸⁹ So könnte hinsichtlich einzelner dem Gesellschaftsvermögen angehörender Gegenstände vertraglich ausgehandelt werden, dass diese nicht übergehen sollen.⁹⁰ Vereinbarungen, wonach einzelne Vertragsverhältnisse zu Dritten trotz Ausscheidens des Altgesellschafters nicht auf den Neugesellschafter übertragen werden, haben jedoch nur Wirkung im Innenverhältnis, sofern der Dritte nicht zustimmt. Dem Dritten soll kein Schuldner abhandkommen bzw kein neuer Schuldner aufgezwungen werden, der möglicherweise eine geringere Bonität als der bisherige aufweist. Diesbezüglich ist denkbar, dass bereits in einem etwaigen Vertrag mit einem außenstehenden Dritten eine Vertragsübernahme (abweichend) geregelt wird.⁹¹ Andererseits wird ein etwaiger Vertragspartner durch § 1201 Abs 3 und 4 ABGB geschützt. Demnach hat der Dritte ein Recht zum (formfreien und unbegründeten) Widerspruch, welches innerhalb von drei Monaten nach der Verständigung des Vertragsübergangs ausgeübt werden muss.⁹² Erfolgt ein fristgerechter Widerspruch, besteht das Vertragsverhältnis mit dem ausgeschiedenen Gesellschafter fort.⁹³ Gleiches gilt, wenn der Dritte von der Nachfolge nicht verständigt wird

20/25

86 § 1201 Abs 2 S 2 ABGB.

87 ErläutRV 270 BlgNR 24. GP 5.

88 ErläutRV 270 BlgNR 24. GP 19; *Artmann* in Klang³ § 1201 Rz 21; *Told* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 2/255.

89 *Warto* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,03} § 1201 Rz 4; *Riedler* in KBB⁵ § 1201 Rz 1.

90 *Artmann* in Klang³ § 1201 Rz 13.

91 *Reich-Rohrwig*, Rechtsnachfolge in Verträge und vertragliche Rechtsnachfolgeklauseln, GesRZ 2016, 126 (129 f); *ders/Zimmermann*, eolex 2015, 476 (478) mit Hinweis auf OGH 9.9.2013, 6 Ob 117/13v, eolex 2014, 157 (zum Weitergaberecht im Mietrecht); *Kalss/Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/200.

92 Solch ein Widerrufsrecht steht auch dem Besteller einer Sicherheit zu.

93 IdZ wird nach hA vertreten, dass es zunächst zum Übergang des Vertragsverhältnisses auf den Neugesellschafter kommt, welches jedoch mit erfolgtem Widerspruch ex tunc an den Altgesellschafters zurückfällt, vgl *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 122 mwN; aA *Artmann*, Offene Fragen zum Unternehmensübergang nach §§ 38 f UGB, wbl 2007, 253 (254 f); *U. Torggler*, §§ 38 f UGB: Unternehmenserwerb de lege lata et ferenda, JBl 2008, 137 (152 f).

oder auf sein Widerspruchsrecht nicht hingewiesen wird. Während aufrechter Widerrufsfrist sowie bei unterbliebener Verständigung ist es dem Dritten möglich, sämtliche auf das Vertragsverhältnis bezogene Erklärungen und Erfüllungshandlungen sowohl gegenüber dem bisherigen Gesellschafter als auch dem nachfolgenden Gesellschafter und – entgegen dem einschränkenden Gesetzeswortlaut – gegenüber allen übrigen Gesellschaftern abzugeben bzw. vorzunehmen.⁹⁴ Andernfalls besteht die Gefahr, dass der Dritte an den Falschen leistet. Erklärungen/Handlungen gegenüber dem eintretenden Gesellschafter wirken ebenso wie das Verstreichen-Lassen der dreimonatigen Frist wie eine Zustimmung zum Vertragsübergang. Ab diesem Zeitpunkt kann dem Altgesellschafter gegenüber keine vertragsbezogene Erklärung/Handlung wirksam gesetzt werden.⁹⁵ Eine Abbedingung des Widerspruchsrechts im Vorhinein soll zulässig sein.⁹⁶ Trotz des Wortlauts von § 1201 Abs 3 und 4 ABGB, wonach ein Widerspruchsrecht nur für Vertragsverhältnisse (nicht Rechtsverhältnisse) besteht, wird nach hA eine Ausdehnung des Rechts zum Widerspruch auf Verbindlichkeiten befürwortet.⁹⁷ Das Widerspruchsrecht erfasst hingegen nicht Forderungen, da der Dritte (dh der Schuldner) sonst besser gestellt wäre als nach den allgemeinen zessionsrechtlichen Regelungen (§§ 1392 ff ABGB). Eine Verständigung des Übergangs ist dennoch zu empfehlen, weil der Dritte andernfalls mit schuldbefreiender Wirkung an den ausscheidenden Altgesellschafter leisten könnte (§ 1395 S 2 ABGB).⁹⁸ Für Detailfragen kann auf das Schrifttum zu § 1201 ABGB und § 38 UGB verwiesen werden.

20/26 Alt- und Neugesellschafter haften nach Maßgabe des dispositiven § 1202 ABGB für die gesellschaftsbezogenen Verbindlichkeiten. Danach haftet der Neugesellschafter für jene Altverbindlichkeiten, die auf Rechtsverhältnissen beruhen, denen er beigetreten ist (§ 1202 Abs 1 ABGB). Für Altverbindlichkeiten, die aus einem – etwa aufgrund eines Widerspruchs – nicht überangenen Rechtsverhältnis stammen, haftet der Neugesellschafter somit nicht.⁹⁹

94 § 1201 Abs 4 ABGB; *Riedler* in KBB⁵ § 1201 Rz 3; *Warto* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1201 Rz 14; *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 122.

95 *Kalss/Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/201; *Artmann* in FS Hügel 45 (51).

96 So etwa *Krejci*, GES 2012, 4 (19); ausführlich *Artmann* in Klang³ § 1201 Rz 35.

97 *Artmann* in Klang³ § 1201 Rz 30; so auch zu § 38 UGB *Artmann*, wbl 2007, 253 (256 f); *D. Fuchs/Schubmacher* in WK UGB I⁴ § 38 Rz 58; *Dehn* in U. Torggler, UGB³ § 38 Rz 43; einschränkend *Dellinger* in Zib/Dellinger, UGB § 38 Rz 116; sympathisierend *Karollus* in Artmann, UGB I³ § 38 Rz 32; aA *Told* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 2/261.

98 Vgl *Artmann* in Klang³ § 1201 Rz 30, die dort auch in Fn 140 ausführt, dass aufgrund der Anwendbarkeit von § 1395 ABGB eine analoge Anwendung des § 1201 Abs 4 ABGB nicht erforderlich ist; so allerdings *Told* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 2/260.

99 *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, ecolex 2015, 476 (477); *Artmann* in FS Hügel 45 (52); *Kalss/Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/195; *Krejci*, GES 2012, 4 (19);

Dies stellt einen bedeutenden Unterschied zum Recht der OG/KG (§§ 130 iVm 128 sowie §§ 161 Abs 2 und 173 UGB)¹⁰⁰ sowie zu § 38 Abs 4 S 1 UGB¹⁰¹ dar. Für Verbindlichkeiten, die erst nach erfolgtem Gesellschafterwechsel begründet werden, haftet der Neugesellschafter wie die übrigen Gesellschafter (§ 1199 ABGB). Der Altgesellschafter hingegen haftet für diese nicht (mehr).¹⁰² Auch nach dem Gesellschafterwechsel trifft den Altgesellschafter aber eine Haftung hinsichtlich der vor seinem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten, und zwar selbst dann, wenn er – mangels Widerspruchs des Dritten – aus dem Vertragsverhältnis ausscheidet. Widerspricht der Dritte nicht, kommt es zu einer Nachhaftung des Altgesellschafters, die zeitlich begrenzt ist, weil er „nur“ für jene gesellschaftsbezogenen Verbindlichkeiten haftet, die zum Zeitpunkt des Gesellschafterwechsels bereits begründet waren und innerhalb von fünf Jahren danach fällig werden. Die Ansprüche daraus verjähren längstens innerhalb von drei Jahren (§ 1202 Abs 2 ABGB). Die Fünfjahresfrist beginnt mit Ausscheiden des Altgesellschafters aus dem Vertragsverhältnis zu laufen, die Verjährungsfrist mit Fälligkeit der jeweiligen Forderung, jedoch frühestens mit dem Ausscheiden aus dem Vertragsverhältnis.¹⁰³ Der ausscheidende Altgesellschafter kann demnach bis zu acht Jahre nach dem Gesellschafterwechsel in Anspruch genommen werden.¹⁰⁴ Relevant ist diese Haftung insb für langfristige Dauerschuldverhältnisse (zB Mietvertrag), aus denen sich laufende Zahlungsverpflichtungen (zB Mietzins) ergeben.¹⁰⁵ Darüber hinaus wurde hier (bewusst) kein Sicherstellungsanspruch iSd § 160 Abs 3 UGB normiert. Eine analoge Anwendung der Bestimmung auf die GesbR ist mangels Lücke abzulehnen.¹⁰⁶ Eine Haftungsbefreiung des Alt-

Rieder/Huemer, GesR⁴ 109; *Rauter*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach der Reform (Teil II), JAP 2014/2015, 168 (169).

100 Siehe dazu unten Kapitel A2.2.5; vgl auch *Gruber*, Auswirkungen der GesbR-Reform auf alte und neue Arbeits- und Bietergemeinschaften – erste Überlegungen (Teil III), ZVB 2015, 402 (403); *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, ecoloX 2015, 476 (477); *Warto* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1202 Rz 5; *Rieder/Huemer*, GesR⁴ 109.

101 Gem § 38 Abs 4 S 3 UGB kann jedoch die Erwerberhaftung nach § 38 Abs 4 S 1 leg cit durch abweichende Vereinbarung und Setzung eines Publizitätsakts ausgeschlossen werden, vgl statt aller *Karollus* in *Artmann*, UGB I³ § 38 Rz 66 ff.

102 *Riedler* in *KBB*⁵ § 1202 Rz 1 f.

103 *Artmann* in *Klang*³ § 1202 Rz 14; vgl zu den Unterschieden im Rech der OG Fn 177.

104 Freilich greift die zeitliche Haftungsbeschränkung des ausscheidenden Altgesellschafters dann nicht, wenn der Dritte der Übertragung des Vertragsverhältnisses widerspricht. Das Rechtsverhältnis verbleibt dann vielmehr beim ausgeschiedenen Altgesellschafter, der der damit verbundenen Haftung nicht entkommt (vgl *Schauer*, ZGR 2014, 143 [162]; *Krejci*, GES 2012, 4 [20]).

105 Vgl *Schauer*, ZGR 2014, 143 (162).

106 Ebenso *Gruber*, ZVB 2015, 402 (403 f) und *Artmann* in *Klang*³ § 1202 Rz 16, die sich jedoch rechtspolitisch de lege ferenda für eine Anwendung auf sonstige Rechtsverhältnisse ausspricht (in Anschluss an *Karollus* in *Artmann*, UGB I³ § 39 Rz 9). Vgl auch

gesellschafter kann mit dem Dritten vereinbart werden.¹⁰⁷ Die bloß gesellschaftsinterne Vereinbarung der Enthftung hat demgegenüber nur im Verhältnis zu den Gesellschaftern eine Wirkung (Freistellungsanspruch), nicht aber im Außenverhältnis gegenüber dem Dritten. Eine ausdrückliche Zustimmung des Dritten zum Übergang des Vertragsverhältnisses (bzw ein unterlassener Widerspruch) darf nicht mit einer Zustimmung zur Haftungsbefreiung des Altgesellschafter gleichgesetzt werden. Nach der hA sind hierfür zwei separate Erklärungen des Dritten notwendig.¹⁰⁸

- 20/27** Da im Rahmen des einaktigen Gesellschafterwechsels dem Neugesellschafter – im allseitigen Einvernehmen – die Rechtsstellung des Altgesellschafter verschafft wird, greifen die Nachfolgebestimmungen der §§ 1203 f ABGB (Ausinandersetzung mit dem und Beteiligung an schwebenden Geschäften des ausscheidenden Gesellschafter/s) nicht.¹⁰⁹ Zur Anwendbarkeit zivilrechtlicher Gewährleistungsvorschriften bei Anteilsübertragungen s – für alle Gesellschaftsrechtsformen – weiterführende Lit.¹¹⁰

B. Offene Gesellschaft

1. Gesetzliches Leitbild

- 20/28** In der OG kann nach dem gesetzlichen Leitbild ein Gesellschafter nicht ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter über seinen Gesellschaftsanteil verfügen (§ 124 Abs 1 UGB). Wie im Recht der GesbR unterliegt auch bei der OG der Gesellschaftsanteil einer dispositiven gesetzlichen Vinkulierung.¹¹¹ Sind Anteilsübertragungen nicht im Gesellschaftsvertrag zugelassen und lässt der

Warto in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1202 Rz 9. AA *Told* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 2/273, die eine planwidrige Lücke und folglich die Zulässigkeit einer Analogie annimmt.

107 *Kalss/Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/202; *Artmann* in FS Hügel 45 (51).

108 ErläutRV 270 BlgNR 24. GP 18 ff; *Schauer/Hofmair*, SWK 2014, 1549 (1556 f); *Reich-Robrwig/Zimmermann*, eolex 2015, 476 (477); *Warto* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1202 Rz 8; *Riedler* in KBB³ § 1202 Rz 2; *Artmann* in Klang³ § 1202 Rz 9.

109 *Artmann* in Klang³ §§ 1203, 1204 Rz 7. Siehe auch Kapitel A2.2.5.

110 *Hasenauer/Pracht* in Althuber/Schopper, Unternehmenskauf & Due Diligence I² 93; *Welser/Siegwart*, Die praktische Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen aus Unternehmens- und Anteilskaufverträgen, in Althuber/Schopper, Unternehmenskauf & Due Diligence I² 113; zur gleichen Frage bei GmbH-Geschäftsanteilen s *Walch*, Die Gewährleistungspflicht für Unternehmensmängel bei der Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils, NZ 2013, 171; *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 13 ff.

111 Auf die Ausführungen zur GesbR (oben Kapitel A2.1.1) kann daher grundsätzlich für die OG verwiesen werden.

Gesellschaftsvertrag auch keine Mehrheitsentscheidung zu, ist die Zustimmung von sämtlichen Mitgesellschaftern erforderlich.¹¹²

Als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Übertragung des Gesellschaftsanteils ist die Zustimmung selbst eine aufschiebende Bedingung.¹¹³ Wie im GesbR-Recht sind daher Übertragungen schwebend unwirksam, solange nicht alle Mitgesellschafter zugestimmt haben.¹¹⁴ Bei Vorliegen sämtlicher Zustimmungen wird die Anteilsübertragung ex tunc wirksam.¹¹⁵ Die Verweigerung auch nur eines Gesellschafters führt zur endgültigen Unwirksamkeit.¹¹⁶ Enthält sich ein Gesellschafter, ist dies nach Ablauf einer angemessenen Frist als Verweigerung zu qualifizieren.¹¹⁷ Die Zustimmungsbedürftigkeit bezieht sich auf das Verfügungsgeschäft, nicht aber auf das Verpflichtungsgeschäft.¹¹⁸ Der der Anteilsübertragung zugrundeliegende Vertrag (etwa Kaufvertrag) kann deshalb auch ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter wirksam abgeschlossen werden. Wird die Zustimmung durch die Mitgesellschafter dann in weiterer Folge aber nicht erteilt, ist der veräußernde Gesellschafter nicht in der Lage, seine Vertragsverpflichtung (Übertragung der Mitgliedschaft) zu erfüllen. Die Nichterfüllung ist nach Leistungsstörungenrecht zu beurteilen. Der nicht erfolgte Erwerb des Gesellschaftsanteils ist im Streitfall mittels Feststellungsklage (§ 228 ZPO) zu klären. UU kann die mangels Zustimmung unterbliebene Anteilsübertragung wie eine Unterbeteiligung wirken.¹¹⁹

112 Schopper, Gesellschafterwechsel durch Anteilsübertragung in der Kapitalgesellschaft & Co, in FS Reich-Rohrwig (2014) 207 (210).

113 Appl in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 3/196; Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/766; Koppensteiner/Auer in WK UGB I⁴ § 124 Rz 3.

114 Schopper in FS Reich-Rohrwig 207 (210); H. Schmidt/Andrieu, Der verpfändete Kommanditanteil als Kreditsicherheit, ÖBA 2016, 631 (632 f); Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch³ § 105 Rz 217; K. Schmidt in MüKo HGB⁴ § 105 Rz 219.

115 Abazagic in Zib/Dellinger, UGB § 124 Rz 20; K. Schmidt in MüKo HGB⁴ § 105 Rz 219; Schäfer in Staub, HGB III⁵ § 105 Rz 296.

116 Eckert in U. Torggler, UGB³ § 124 Rz 5; Schäfer in Staub, HGB III⁵ § 105 Rz 296; BGH 28.4.1954, II ZR 8/53, BGHZ 13, 179 (selbst bei einem späteren Widerruf der Verweigerung).

117 Vgl dazu bereits oben.

118 Vgl OGH 22.5.2007, 4 Ob 51/07i, GesRZ 2007, 341 („Unwirksamkeit der Verfügung“); Abazagic in Zib/Dellinger, UGB § 124 Rz 20; Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/766; Koppensteiner/Auer in WK UGB I⁴ § 124 Rz 5; Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch³ § 105 Rz 215; Schäfer in Staub, HGB III⁵ § 105 Rz 294. Siehe jedoch die davon abweichende Auffassung zur AG in Kapitel A3.2.2.

119 Artmann in Artmann, UGB I³ § 124 Rz 6 mit Verweis auf OGH 20.4.1949, 1 Ob 178/49, SZ 22/55.

- 20/30** Bei sukzessiver Zustimmung ist diese erteilt, wenn die letzte erforderliche Zustimmungserklärung dem veräußerungswilligen Gesellschafter zugeht. Allerdings ist zu beachten, dass die Zustimmung jedes einzelnen Mitgesellschafters bis zum wirksamen Übergang grundsätzlich frei widerruflich ist.¹²⁰ Die Transaktionssicherheit kann durch Abgabe unwiderruflicher Zustimmungserklärungen verbessert werden.¹²¹ Findet sich unter den Gesellschaftern eine juristische Person (etwa eine GmbH), richtet sich die Zuständigkeit für die Zustimmungserklärung primär nach dem Gesellschaftsvertrag der Beteiligungs-GmbH. Fehlt eine diesbezügliche Regelung im Gesellschaftsvertrag der Beteiligungs-GmbH, ist im Zweifel die Geschäftsführung für die Entscheidung über die Zustimmung und die Abgabe der entsprechenden Erklärung zuständig. Die im GmbH-Recht umfassend geführte Diskussion über die Kompetenz zur Zustimmung bei Übertragung eines vinkulierten Gesellschaftsanteils¹²² ist auf die hier interessierende Frage nicht übertragbar, weil die Abgabe einer Zustimmungserklärung zur Übertragung des OG-Gesellschaftsanteils an einen Dritten für die Beteiligungs-GmbH keine gesellschaftsinterne Angelegenheit ist.¹²³
- 20/31** Verweigert auch nur ein Mitgesellschafter der OG seine nach § 124 UGB erforderliche Zustimmung, kann die fehlende Zustimmung nach hA nicht im Wege einer analogen Anwendung des § 77 GmbHG bzw § 62 Abs 2 AktG durch einen Gerichtsbeschluss ersetzt werden.¹²⁴ Dies wird mit der Kündigungsmöglichkeit gem § 132 UGB begründet, die die Interessen des veräußerungswilligen Gesellschafters ausreichend schützt.¹²⁵ In Bezug auf eine Kapitalgesellschaft & Co OG ist aber einschränkend zu berücksichtigen, dass dem kündigenden OG-Gesellschafter nach der wohl hA¹²⁶ zur insoweit vergleichbaren Rechtslage des ausscheidenden Kommanditisten in der GmbH & Co KG

120 *K. Schmidt* in MüKo HGB⁴ § 105 Rz 218.

121 *Schopper* in FS Reich-Rohrwig 207 (210); *Edelmann* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 5/141; zur Zulässigkeit der unwiderruflichen Zustimmung s *Lieder* in Oetker, HGB⁵ § 105 Rz 91; *K. Schmidt* in MüKo HGB⁴ § 105 Rz 218.

122 Vgl dazu *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 24; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 624 f.

123 *Schopper* in FS Reich-Rohrwig 207 (210).

124 Vgl *Abazagic* in Zib/Dellinger, UGB § 124 Rz 24; *Eckert* in U. Torggler, UGB³ § 124 Rz 3; *Artmann* in Artmann, UGB I³ § 124 Rz 6; *Appl* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 3/167.

125 *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 124 Rz 3; *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/764.

126 Vgl zur GmbH & Co KG *Rüffler*, Kapitalherabsetzung und Liquidation, in Artmann/Rüffler/U. Torggler (Hrsg), Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 107; *Kalss*, Kapitalschutzregeln in der GmbH & Co KG, in GedS W-D Arnold (2016) 37 (52 f); idS bereits *Kalss/Eckert/Schörghofer*, Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & Co KG? GesRZ 2009, 65 (76).

im engeren Sinn¹²⁷ der gesetzliche Abfindungsanspruch gem § 137 Abs 2 UGB bzw eine im OG-Gesellschaftsvertrag vereinbarte Abfindung gegen die OG nicht ohne weiteres zusteht. Zu befürchten ist eine Verletzung der analog anzuwendenden Grundsätze der Kapitalerhaltung, die eine Befriedigung des Abfindungsanspruchs rechtswidrig macht.¹²⁸ Dies führt zu erheblichen, wenn nicht sogar unüberwindbaren Durchsetzungsproblemen. Es ist daher bei Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung eines Gesellschaftsanteils in einer Kapitalgesellschaft & Co OG im Einzelfall unter Abwägung sämtlicher Umstände zu beurteilen, ob die Kündigung für den veräußerungswilligen Gesellschafter tatsächlich eine adäquate Alternative zum Verkauf seines Gesellschaftsanteils ist. Ist dies nicht der Fall, weil der Abfindungsanspruch beim durch die Kündigung bewirkten Ausscheiden des veräußerungswilligen Gesellschafters nicht oder nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand durchsetzbar ist, so ist § 77 GmbHG (ausnahmsweise) analog anwendbar.¹²⁹

Die vorhandene Kündigungsmöglichkeit nach § 132 UGB spricht auch gegen die Annahme, dass Mitgesellschafter aufgrund der Treuepflicht zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet sind.¹³⁰ In Sonderfällen, etwa bei Familiengesellschaften, kann anderes gelten.¹³¹ Näheres zur Zustimmung für sich s Kapitel 3.1.2. **20/32**

Auf vor dem 1.1.2007 errichtete Gesellschaften sind die Bestimmungen des HGB anzuwenden, außer die Gesellschafter vereinbaren die Anwendung der UGB-Regelungen.¹³² Aber auch nach hA zum HGB ist eine Übertragung des Gesellschaftsanteils nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter möglich, sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist.¹³³ **20/33**

127 GmbH ist einzige Komplementärin; s zur Terminologie *Jabornegg/Artmann* in Artmann, UGB I³ § 161 Rz 30.

128 Vgl *Rüffler* in Artmann/Rüffler/U. Torggler, GmbH & Co KG ieS 107.

129 *Schopper* in FS Reich-Rohrwig 207 (210 ff); zust *Edelmann* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 5/142 sowie *Haberer/Zib* in Zib/Dellinger, UGB § 161 Rz 88; vgl auch *Reich-Rohrwig*, GesRZ 2016, 126 (131).

130 *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 124 Rz 3; *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/764; *Eckert* in U. Torggler, UGB³ § 124 Rz 3.

131 Vgl dazu das Beispiel bei *Reich-Rohrwig*, GesRZ 2016, 126 (131 Fn 80). Siehe ferner *Abazagic* in Zib/Dellinger, UGB § 124 Rz 25 mit Verweis auf *Reich-Rohrwig*, Verpfändung und Pfändung von OG- und KG-Anteilen, ecolex 2011, 4 (6) und *K. Schmidt* in MüKo HGB⁴ § 105 Rz 218.

132 § 907 Abs 9 UGB.

133 Siehe zB OGH 18.1.1977, 5 Ob 308/76, GesRZ 1977, 97; 22.5.2007, 4 Ob 51/07i, GesRZ 2007, 341; 10.4.2008, 3 Ob 22/08v, RdW 2008, 456; 4.7.2013, 6 Ob 66/13v, JBl 2013, 787; uva in RIS-Justiz RS0061550; *Koppensteiner* in Straube, Kommentar zum HGB I³ (2003) Art 7 Nr 11 EVHG Rz 16; *Lindinger*, Miet-, Gebühren- und Gesellschaftsrechtliches zum Totalwechsel der Gesellschafter einer Personengesellschaft, wbl 1989, 113 (113); *Reich-Rohrwig*, ecolex 1990, 219 (219).

2. Privatautonome Gestaltungsmöglichkeit

- 20/34** Auch hier sind kaum Unterschiede zum Recht der GesbR auszumachen, s daher die Ausführungen dort. Der Gesellschaftsvertrag kann von der gesetzlichen Vinkulierung gem § 124 Abs 1 UGB abweichen.
- 20/35** Im Gesellschaftsvertrag kann die Übertragung der Anteile ausdrücklich gestattet werden (freie Übertragbarkeit). Er kann eine Klausel enthalten, die die Zustimmung zur Anteilsübertragung der Entscheidung der Gesellschaftermehrheit durch Beschluss überlässt.¹³⁴ Ebenso ist es zulässig, die Übertragung von der Zustimmung bestimmter Gesellschafter abhängig zu machen. Auch die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung, wonach eine Anteilsübertragung nur an einen bestimmten Personenkreis möglich ist, kann wirksam vorgesehen werden. Selbst der gänzliche Ausschluss einer Übertragung des Gesellschaftsanteils ist zulässig (Unübertragbarkeit). Ferner kann eine Beschränkung der Zustimmungsverweigerung auf bestimmte Gründe oder generell auf einen wichtigen Grund vereinbart werden.¹³⁵ Die gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung der Anteilsübertragung sollte wohl überlegt sein, weil die Person des Gesellschafters (seine Fähigkeiten, Kenntnisse, Vermögensverhältnisse, Charakterzüge etc) in Anbetracht der zahlreichen Mitwirkungsrechte und unbeschränkten Haftung für die Gesellschaft von wesentlicher Bedeutung ist.¹³⁶
- 20/36** Solange die im Gesellschaftsvertrag statuierten Erfordernisse nicht eingehalten sind, ist eine Anteilsübertragung schwebend unwirksam. Das idZ im vorherigen Kapitel Ausgeführte gilt auch hier sinngemäß.

3. Form

- 20/37** Die wirksame Verfügung über den Gesellschaftsanteil beruht – wie im GesbR-Recht – auf Titel und Modus.¹³⁷ Beides ist bei der OG im Regelfall formfrei.¹³⁸ Ein allfälliges Formgebot für das Verpflichtungsgeschäft (zB Notariatsakt bei einem Kaufvertrag zwischen Ehegatten oder bei einem Schenkungsvertrag

134 *Artmann* in *Artmann*, UGB I³ § 124 Rz 6.

135 Zu all diesen Ausgestaltungsmöglichkeiten s *Abazagic* in *Zib/Dellinger*, UGB § 124 Rz 19.

136 Vgl *Krejci* in *Krejci* (Hrsg), Reform-Kommentar UGB (2007) § 124 Rz 4.

137 RIS-Justiz RS0061565 (T4), OGH 26.3.2009, 6 Ob 258/08x; *Appl* in *Bergmann/Ratka*, Hb Personengesellschaften² Rz 3/168; *Abazagic* in *Zib/Dellinger*, UGB § 124 Rz 27; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 2/765.

138 *Schopper* in *FS Reich-Rohrwig* 207 (213); *Eckert* in *U. Torggler*, UGB³ § 124 Rz 5; *Artmann* in *Artmann*, UGB I³ § 124 Rz 6 f; *Abazagic* in *Zib/Dellinger*, UGB § 124 Rz 28; OGH 23.6.1988, 8 Ob 565/87, SZ 61/153 = wbl 1988, 279.

ohne Übergabe) ist nach den jeweiligen Bestimmungen zu beurteilen.¹³⁹ Ferner ist es den Gesellschaftern unbenommen, im Gesellschaftsvertrag ein Formerfordernis zu verankern. Dies kommt in der Praxis vor allem bei Verzahnungen in der Kapitalgesellschaft & Co vor, wonach bei einem Gesellschafterwechsel in der OG/KG auch die Mitgliedschaft an der Komplementär-Kapitalgesellschaft mitübertragen werden muss (Gleichlauf der Beteiligungsverhältnisse)¹⁴⁰.¹⁴¹ Darüber hinaus ist generell die Verschriftlichung des Übertragungsvertrages jedenfalls zu empfehlen.

Keine Formpflichten bestehen im Hinblick auf die von sämtlichen Mitgesellschaftern zu erteilende Zustimmung.¹⁴² Sie kann auch mündlich oder konkludent erfolgen.¹⁴³ Wurde im Gesellschaftsvertrag die Anteilsübertragung an einen Mehrheitsbeschluss gebunden, ist auch für diesen keine Formverpflichtung vorgesehen.¹⁴⁴ Das gilt sowohl für die Stimmabgabe als auch für das Zustandekommen des Beschlusses. Die Einhaltung eines besonderen Formerfordernisses (oder für Beschlüsse spezieller verfahrensrechtlicher Regelungen) kann im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden.¹⁴⁵ **20/38**

Anders als bei der GesbR ist der eintretende Neugesellschafter in das Firmenbuch einzutragen und der ausscheidende Altgesellschafter zu löschen.¹⁴⁶ Diese Firmenbucheintragen wirken jedoch nur deklarativ.¹⁴⁷ Bis zur Löschung im Firmenbuch ist der ausgeschiedene Altgesellschafter allerdings der negativen Publizitätswirkung gem § 15 Abs 1 UGB ausgesetzt (s dazu unten Fn 175). Der Beginn des Fristenlaufes seiner Nachhaftung wird mangels Löschung im Firmenbuch nicht ausgelöst.¹⁴⁸ An der Firmenbuchanmeldung **20/39**

139 Vgl OGH 4.7.2013, 6 Ob 66/13v, JBl 2013, 787 (zur KG). Siehe zu einer Einschränkung der Notariatsaktpflicht bei Kaufverträgen unter Ehegatten OGH 29.8.1994, 1 Ob 585/94, SZ 67/137; dazu auch *Artmann* in Artmann, UGB I³ § 124 Rz 7.

140 Siehe dazu etwa *Diregger/Eckert*, Gedanken zur unechten Personengesellschaft, RdW 2013, 579 (583).

141 Vgl auch *Schopper* in FS Reich-Rohrwig 207 (219f); *Ibrig* in Reichert (Hrsg), GmbH & Co KG⁷ (2015) § 10 Rz 19.

142 *Abazagic* in Zib/Dellinger, UGB § 124 Rz 21.

143 *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1990, 219 (220).

144 OGH 29.1.1985, 1 Ob 708/84, NZ 1985, 187.

145 *Haglmüller* in Artmann, UGB I³ § 119 Rz 53 ff.

146 Siehe für die Eintragung §§ 3 Abs 1 Z 8 und 4 Abs 1 Z 5 FBG (vgl *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 124 Rz 3; § 10 FBG ist hingegen nicht einschlägig, s *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/728; aA *Krejci* in Krejci, RK UGB § 107 Rz 2) und für die Löschung § 143 Abs 2 UGB.

147 RIS-Justiz RS0061565 (T4); *Schäfer* in Staub, HGB III⁵ § 143 Rz 28; *Leupold* in U. Torggler, UGB³ § 143 Rz 1; *Zollner/Hartlieb* in Zib/Dellinger, UGB § 143 Rz 39.

148 *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/767; *Zollner/Hartlieb* in Zib/Dellinger, UGB § 143 Rz 40 f.

(Eintragung sowie Löschung) haben sämtliche¹⁴⁹ Gesellschafter einschließlich des neuen Mitglieds (hinsichtlich seiner Eintragung) in öffentlich beglaubigter Form (§ 11 UGB)¹⁵⁰ mitzuwirken. Auch der ausgeschiedene Gesellschafter muss an der Anmeldung seiner Löschung mitwirken.¹⁵¹ Weigert sich ein Gesellschafter, kann er vom Firmenbuchgericht durch Ordnungsstrafen zur Mitwirkung verhalten werden (§ 24 FBG). Außerdem kann ein sich weigernder Mitgesellschafter über gerichtlichen Wege zur Mitwirkung verhalten werden, zumal jedem einzelnen Gesellschafter¹⁵² ein zivilrechtlicher Mitwirkungsanspruch zusteht.¹⁵³ Das rechtskräftige Urteil ersetzt die jeweilige Anmeldungserklärung.¹⁵⁴

20/40 Im Gegensatz zum GesbR-Recht müssen bzw können die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens nicht eigens übertragen werden (s dazu Kapitel 2.2.5). Besondere Formpflichten sind hier somit nicht zu berücksichtigen.¹⁵⁵ Insofern bedarf es etwa keines Notariatsaktes (gem § 76 Abs 2 GmbHG), wenn sich im Gesellschaftsvermögen der OG ein GmbH-Geschäftsanteil befindet.¹⁵⁶

4. Zuständigkeit und Kosten

20/41 Die Gebühren für die Änderungen im Firmenbuch ergeben sich aus dem Gerichtsgebührengesetz (GGG; s dort Tarifposten 10 und dessen Anmerkungen). Dabei fallen € 34,- als Eingabengebühr für die Eingaben im Elektronischen Rechtsverkehr (ERV) oder € 52,- an, wenn die Eingabe nicht im ERV erfolgt.

149 Anders als bei der GmbH sind deshalb auch die nicht zur Geschäftsführung oder Vertretung befugten Gesellschafter zur Mitwirkung an der Anmeldung verpflichtet, vgl dazu Kapitel A3.1.3; *Krejci* in *Krejci*, RK UGB § 107 Rz 3; *U. Torggler* in *WK UGB I* § 107 Rz 5.

150 § 11 FBG, der eine formelle Erleichterung im Hinblick auf das Beglaubigungserfordernis vorsieht (s dazu bei der GmbH), gilt für einen Gesellschafterwechsel bei einer Personengesellschaft nicht, vgl OLG Wien 31.3.2005, 28 R 15/05i, NZ 2007, 54 (zur KG).

151 Vgl OLG Wien 31.3.2005, 28 R 15/05i, NZ 2007, 54 (zur KG); *Jabornegg/Artmann* in *Artmann*, UGB I³ § 107 Rz 10 und § 143 Rz 16; *Krejci* in *Krejci*, RK UGB § 107 Rz 3; *S.-F. Kraus* in *U. Torggler*, UGB³ § 107 Rz 2; *U. Torggler* in *WK UGB I* § 106 Rz 44 und § 107 Rz 14; *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 107 Rz 3 und 5; *Zollner/Hartlieb* in *Zib/Dellinger*, UGB § 143 Rz 24; *Appl* in *Bergmann/Ratka*, Hb Personengesellschaften² Rz 3/172.

152 Eine Klage sämtlicher übrigen Mitgesellschafter ist nicht erforderlich, klagebefugt ist jeder Gesellschafter, vgl zB OGH 28.9.1989, 7 Ob 675/89, RdW 1990, 79.

153 *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 107 Rz 15; *Zollner/Hartlieb* in *Zib/Dellinger*, UGB § 143 Rz 35; *Koppensteiner/Auer* in *WK UGB I* § 143 Rz 4; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 2/728 und 2/741; *Jabornegg/Artmann* in *Artmann*, UGB I³ § 107 Rz 7 und § 143 Rz 19.

154 § 16 Abs 1 UGB.

155 Vgl anders zur GesbR Kapitel A2.1.3.

156 *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 76 Rz 35.

Für die Löschung sowie die Neueintragung eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters sind jeweils € 42,- (bei einem Gesellschafterwechsel also € 84,-) zu entrichten. Im Falle der Änderung der Firma sind zusätzlich € 8,80 an Gebühren zu leisten.

Dazu kommen die Kosten für die Beglaubigungen der jeweiligen Unterschriften, die sich nach dem Notariatstarifgesetz (NTG) bemessen. Weitere Kosten könnten durch die Einhaltung vertraglich bedingener Formvorschriften entstehen. Ist die OG Liegenschaftseigentümerin, unterliegt die Anteilsübertragung unter den Voraussetzungen des § 1 Abs 2a und 3 Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG) der Grunderwerbssteuer.¹⁵⁷ Eine Rechtsgeschäftsgebühr nach dem Gebührengesetz (GebG) fällt für die Anteilsübertragung – wie bei allen Personengesellschaften – nicht an (§ 33 TP 21 Abs 2 Z 6 GebG). Ferner ist die persönliche Einkommenssteuer des Veräußerers bzw die Körperschaftsteuer, wenn die Anteile von einer Körperschaft veräußert werden, zu berücksichtigen. **20/42**

Die Mitwirkung eines Rechtsanwalts/Notars an der Firmenbucheintragung ist nicht erforderlich. Der einzelne Gesellschafter muss die Anmeldung allerdings nicht persönlich vornehmen, weshalb er sich durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen kann. Für die Erteilung der Vollmacht ist jedoch die Form der Anmeldung selbst (öffentliche Beglaubigung) einzuhalten (§ 11 Abs 2 S 1 UGB). Eine Generalvollmacht soll genügen.¹⁵⁸ **20/43**

Das Firmenbuch wird von den Landesgerichten (bzw vom HG Wien) geführt. Die im Zuge des Gesellschafterwechsels vorzunehmenden Anmeldungen sind bei jenem Gericht zu beantragen, in dessen Sprengel die OG ihren Sitz hat.¹⁵⁹ **20/44**

5. Rechtsfolgen

Anders als im (neuen) GesbR-Recht sind die Rechtsfolgen eines Gesellschafterwechsels in den §§ 105 ff UGB nicht näher geregelt. Vielmehr kommen die Vorschriften über den Eintritt und das Ausscheiden von Gesellschaftern zur Anwendung.¹⁶⁰ **20/45**

157 Ausführlich dazu *Mechtler/Pinetz* in Pinetz/Schragl/Siller/Stefaner (Hrsg), GrEStG Kommentar (2017) § 1 Kapitel IV und V.

158 *Jabornegg/Artmann* in Artmann, UGB I³ § 107 Rz 12 und § 143 Rz 15.

159 § 7 UGB iVm § 120 JN; *Nowotny* in Kodek/Nowotny/Umfahrer (Hrsg), Firmenbuchgesetz (2005) § 8 HGB Rz 2 f; *Kodek* in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG § 15 FGB Rz 46 ff.

160 OGH 18.1.1977, 5 Ob 308/76, GesRZ 1977, 97; *Artmann* in Artmann, UGB I³ § 124 Rz 8.

20/46 Die OG besitzt Rechtspersönlichkeit.¹⁶¹ Deshalb ist das Gesellschaftsvermögen nicht – wie bei der GesbR – sachenrechtlich den Gesellschaftern zuzuordnen, sondern der Gesellschaft selbst (Trennung Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen).¹⁶² Daraus folgt ein wesentlicher Unterschied bezüglich der vermögensrechtlichen Folgen eines Gesellschafterwechsels im Vergleich zum GesbR-Recht.¹⁶³ Eine Differenzierung zwischen der Übertragung des Gesellschaftsanteils und des Übergangs des Gesellschaftsvermögens (auf zwei Ebenen)¹⁶⁴ ist hier nicht notwendig. Mangels Verfügungsberechtigung der einzelnen Gesellschafter ist der ausscheidende Gesellschafter gar nicht befähigt, über das Vermögen der Gesellschaft zu disponieren. Eine Änderung der dinglichen sowie schuldrechtlichen Rechtsverhältnisse im Gesellschaftsvermögen tritt daher nicht ein (keine Notwendigkeit eines Widerspruchsrechts eines Dritten, zumal sein Vertragspartner nicht wechselt, sondern die OG bleibt)¹⁶⁵. Im Zuge eines Gesellschafterwechsels ist folglich bloß auf die Übertragung des Gesellschaftsanteils zu achten.¹⁶⁶ Dieser Übergang geschieht durch Einzelrechtsnachfolge vom Altgesellschafter auf den Neugesellschafter. Dabei erlangt der Eintretende grundsätzlich dieselbe Rechtsstellung wie sie der Ausscheidende zuvor innegehabt hat.¹⁶⁷ Insofern wird etwa das Kapitalkonto vom Veräußerer auf den Erwerber umgebucht.¹⁶⁸ Abweichendes kann im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden.

20/47 Aus haftungsrechtlicher Sicht wirkt die Anteilsübertragung wie eine Kombination aus Ausscheiden und Eintritt.¹⁶⁹ Der Neugesellschafter haftet nach § 130 UGB.¹⁷⁰ Entsprechend der unbeschränkten Haftung der OG-Gesellschafter gem § 128 UGB umfasst seine Haftung (kenntnisunabhängig) sämt-

161 § 105 S 2 UGB.

162 Siehe statt aller *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 176.

163 *Rieder/Huemer*, GesR⁴ 109.

164 Vgl Kapitel A2.1.5.

165 Ebenso *Jabornegg/Artmann* in Artmann, UGB I³ § 160 Rz 5. Der Gesellschafterwechsel kann jedoch uU für einen Dritten einen wichtigen Grund für vorzeitige Auflösung von Vertragsverhältnissen darstellen, vgl *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1990, 219 (220) mwN.

166 *Krejci* in Krejci, RK UGB § 124 Rz 4; *Appl* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 3/168 Fn 273.

167 *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 124 Rz 5; *Abazagic* in Zib/Dellinger, UGB § 124 Rz 31; *Appl* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 3/171; *Wertenbruch* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch*³ § 105 Rz 222; ausführlich dazu *Schäfer* in Staub, HGB III⁵ § 105 Rz 304 ff.

168 *K. Schmidt* in MüKo HGB⁴ § 105 Rz 210.

169 *Krejci* in Krejci, RK UGB § 137 Rz 8; *Appl* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 3/173; *Schauer* in Kalls/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/767; *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB III/1⁵ § 128 Rz 44 und § 159 Rz 8.

170 Statt aller *Schummer* in Zib/Dellinger, UGB § 130 Rz 7 und 9.

liche Verbindlichkeiten und somit auch Altverbindlichkeiten, die vor dem Gesellschafterwechsel begründet wurden.¹⁷¹ Dies ist insofern konsequent, als einerseits der Neugesellschafter – anders als bei der GesbR – voll in die Rechtsstellung des Altgesellschafters einrückt und andererseits es sich bei den Altverbindlichkeiten um „Verbindlichkeiten der Gesellschaft“ handelt, für die die Gesellschafter haften (§ 128 UGB). Dadurch steht den Gesellschaftsgläubigern die Haftung aller Gesellschafter offen, ohne auf Veränderungen in der Gesellschafterstruktur achten zu müssen.¹⁷² Anderweitige Vereinbarungen (zB Haftungsausschluss oder -beschränkung) sind zulässig, Dritten gegenüber aber nur wirksam, wenn sie mit deren Zustimmung erfolgen oder sich nicht zu deren Lasten auswirken (§ 130 Abs 2 UGB). Bestehen Verbindlichkeiten des Altgesellschafters gegenüber der OG aus dem Gesellschaftsverhältnis, tritt der Neugesellschafter – mangels abweichender Vereinbarung – auch in diese ein.¹⁷³ Selbstverständlich haftet der Eintretende für sämtliche nach dem Gesellschafterwechsel begründeten (Neu-)Verbindlichkeiten gem § 128 UGB unbeschränkt. Der ausgeschiedene Gesellschafter wiederum unterliegt im Zuge eines Gesellschafterwechsels der Nachhaftung gem § 160 UGB.¹⁷⁴ Demnach haftet er weiterhin gem § 128 UGB für jene Gesellschaftsverbindlichkeiten, die bis zu seinem Ausscheiden entstanden¹⁷⁵ sind. Es greift jedoch eine be-

171 Vgl zum umstrittenen Zeitpunkt des Haftungseintritts (Anteilsübertragung oder Firmenbucheintragung) *Jabornegg/Artmann* in Artmann, UGB I³ § 130 Rz 12; *Rieder/Huemer*, GesR⁴ 153 und 167.

172 *G. Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 367; *Vetter*, Altverbindlichkeiten auf fehlerhafter Vertragsgrundlage (1995) 241 ff; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Hb GesR Rz 740.

173 IdZ wird vertreten, dass § 137 Abs 4 UGB im Zweifel auch auf den Gesellschafterwechsel angewendet werden soll, vgl *Krejci* in Krejci, RK UGB § 137 Rz 7; *Artmann* in Artmann, UGB I³ § 124 Rz 8.

174 *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB III/1⁵ § 128 Rz 44 und § 159 Rz 8; *Krejci* in Krejci, RK UGB § 160 Rz 5; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Hb GesR Rz 701; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 160 Rz 5; *Appl* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 3/296; *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/686; *Eckert* in U. Torggler, UGB³ § 160 Rz 4; *Jaufer/Schummer* in Zib/Dellinger, UGB § 160 Rz 8.

175 Der maßgebende Zeitpunkt für das Entstehen der Verbindlichkeiten, die der Nachhaftung unterliegen (Altverbindlichkeiten), ist das wirksame Ausscheiden des Altgesellschafters, nicht dessen Eintragung der Löschung im Firmenbuch (*Krejci* in Krejci, RK UGB § 160 Rz 11; *Jaufer/Schummer* in Zib/Dellinger, UGB § 160 Rz 12). Eine unterlassene Löschung im Firmenbuch kann jedoch die negative Publizitätswirkung gem § 15 Abs 1 FBG auslösen (*Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/687, 2/742 und 2/762; *Jabornegg/Artmann* in Artmann, UGB I³ § 160 Rz 12; *Krejci* in Krejci, RK UGB § 160 Rz 12). Danach könnte einem Gläubiger, der keine Kenntnis vom Ausscheiden hat, nicht entgegengehalten werden, dass eine Verbindlichkeit erst nach dem noch nicht eingetragenen Ausscheiden entstanden ist („Interimsverbindlichkeiten“; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Hb GesR Rz 707; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 160 Rz 10; *Jaufer/Schummer* in Zib/Dellinger, UGB § 160 Rz 13).

sondere zeitliche Schranke, die – ebenso wie die Zulässigkeit anderweitiger Vereinbarungen – wie bei der GesbR geregelt ist.¹⁷⁶ Die zeitliche Begrenzung der Nachhaftung wird damit gerechtfertigt, dass der ausscheidende Gesellschafter keinerlei Einflussmöglichkeit auf die weitere Entwicklung der Gesellschaft hat.¹⁷⁷ Andererseits wahrt die Regelung auch die Interessen der Gesellschaftsgläubiger, die im Zeitraum der Nachhaftung weiterhin den Altgesellschafter in Anspruch nehmen können und – entsprechend § 130 UGB – darüber hinaus mit dem Neugesellschafter sogar noch ein zusätzliches Zurechnungsobjekt für die Haftung haben. Eine geringere Bonität des Neugesellschafters im Vergleich zum Altgesellschafter wirkt sich damit nicht negativ auf die Gesellschaftsgläubiger aus.¹⁷⁸ Einzig bei erbrachter Vorleistung¹⁷⁹ seitens des Gläubigers samt Fälligkeit des Anspruchs erst fünf Jahre nach der Firmenbucheintragung des Ausscheidens¹⁸⁰ ist dies anders zu bewerten. Diese besondere Situation (zB bei Pensionszusagen an Arbeitnehmer, Leibrentenverträge oder einem mehr als fünf Jahre später endfälligen Kredit)¹⁸¹ hat der Gesetzgeber – im Gegensatz zum GesbR-Recht – eigens in § 160 Abs 3 UGB berücksichtigt. In solchen Fällen ist der Gesellschaftsgläubiger vom Ausscheiden des Altgesellschafters formfrei¹⁸² zu verständigen, von dem er bei Vorliegen eines wichtigen Grundes¹⁸³ eine Sicherheitsleistung iSd §§ 1373 f

176 Siehe Kapitel A2.1.5. Die Fünfjahresfrist fängt hier – anders als im GesbR-Recht – erst mit dem Tag an zu laufen, der dem Tag der Eintragung der Löschung des Altgesellschafters im Firmenbuch folgt (vgl *Krejci* in *Krejci*, RK UGB § 160 Rz 14; *Koppensteiner/Auer* in *WK UGB I*⁴ § 160 Rz 7 und 12; *Jabornegg/Artmann* in *Artmann*, UGB I³ § 160 Rz 24). Das Gleiche gilt für die dreijährige Verjährungsfrist, wobei diese erst im Zeitpunkt der Fälligkeit zu laufen beginnt, wenn die Verbindlichkeit erst nach der Firmenbucheintragung fällig wird (vgl *Eckert* in *U. Torggler*, UGB³ § 160 Rz 10).

177 *Habersack* in *Staub*, HGB III⁵ § 160 Rz 1; *Jabornegg/Artmann* in *Artmann*, UGB I³ § 160 Rz 3.

178 Siehe dazu bereits *Schopper* in *FS Reich-Rohrwig* 207 (212).

179 Der diesbezüglich maßgebliche Zeitpunkt (Ausscheiden oder Firmenbucheintragung) ist str: für das Ausscheiden *Krejci* in *Krejci*, RK UGB § 160 Rz 25; aA *Koppensteiner/Auer* in *WK UGB I*⁴ § 160 Rz 18; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *GesR*² Rz 2/695; offenlassend *Jabornegg/Artmann* in *Artmann*, UGB I³ § 160 Rz 31.

180 Zur Maßgeblichkeit dieses Zeitpunkts für den Fristbeginn s *Jabornegg/Artmann* in *Artmann*, UGB I³ § 160 Rz 32; *Krejci* in *Krejci*, RK UGB § 160 Rz 26; *Koppensteiner/Auer* in *WK UGB I*⁴ § 160 Rz 19.

181 So *Artmann/Rüffler*, *GesR* Rz 314.

182 Eine Schrift- oder Textform ist jedoch zu Nachweiszwecken anzuraten, vgl auch *Eckert* in *U. Torggler*, UGB³ § 160 Rz 17; *Koppensteiner/Auer* in *WK UGB I*⁴ § 160 Rz 21; *Jaufer/Schummer* in *Zib/Dellinger*, UGB § 160 Rz 32; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, *Hb GesR* Rz 716.

183 Siehe dazu *Jabornegg/Artmann* in *Artmann*, UGB I³ § 160 Rz 36; *Krejci* in *Krejci*, RK UGB § 160 Rz 36; *Koppensteiner/Auer* in *WK UGB I*⁴ § 160 Rz 24 f; *Jaufer/Schummer* in *Zib/Dellinger*, UGB § 160 Rz 35 f; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *GesR*² Rz 2/699; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB³ § 160 Rz 20; *Reich-Rohrwig/Wallner*, *Zur*

ABGB¹⁸⁴ für seinen Anspruch verlangen kann. Die Verständigung muss auf das Sicherstellungsrecht hinweisen.¹⁸⁵ Bei nicht bereitgestellter Sicherstellung (den Altgesellschafter¹⁸⁶ trifft dazu keine Pflicht) haftet der Ausscheidende ohne die Vorzüge des § 160 Abs 1 UGB für sich in Anspruch nehmen zu können, also zeitlich unbegrenzt weiter.¹⁸⁷ Ohne Verständigung bzw ohne einen darin enthaltenen Hinweis auf den Sicherstellungsanspruch beginnt die Frist der Nachhaftung nicht zu laufen.¹⁸⁸ Verlangt der Gesellschaftsgläubiger keine Sicherheitsleistung, steht dem Altgesellschafter trotz Vorliegens eines wichtigen Grundes die Enthftung iSd § 160 UGB zu.¹⁸⁹ Einwendungen, die dem Gesellschafter bei aufrechter Mitgliedschaft nach § 129 UGB zustehen, kann er grundsätzlich auch nach seinem Ausscheiden geltend machen.¹⁹⁰ Für Verbindlichkeiten, die nach dem Gesellschafterwechsel neu begründet oder erst fünf Jahre danach fällig werden, haftet der Altgesellschafter – von Ausnahmen (§ 15 Abs 1 FBG; § 160 Abs 3 UGB) abgesehen – nicht.¹⁹¹ Ein in Anspruch genommener Altgesellschafter hat – wie bei aufrechter Gesellschafterstellung – einen Regressanspruch gegenüber der Gesellschaft bzw subsidiär und anteilig gegenüber den Gesellschaftern,¹⁹² wovon auch der eintretende Neugesellschafter gem §§ 130 Abs 1 iVm 128 UGB betroffen ist.¹⁹³

Nachhaftung des OG/KG-Gesellschafters, *ecolex* 2007, 80 (81); von diesen abweichend *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Hb GesR Rz 722.

184 Vgl *Eckert* in U. Torggler, UGB³ § 160 Rz 22; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 160 Rz 27; *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/700; *Jabornegg/Artmann* in Artmann, UGB I³ § 160 Rz 35.

185 Statt aller *Jaufer/Schummer* in Zib/Dellinger, UGB § 160 Rz 30.

186 Vgl *Eckert* in U. Torggler, UGB³ § 160 Rz 24, demzufolge die Sicherheitsbestellung – im Hinblick auf § 137 Abs 3 UGB – ausschließlich von der Gesellschaft zu erfolgen hat (wohl zust *Jaufer/Schummer* in Zib/Dellinger, UGB § 160 Rz 37). Mangels Anwendbarkeit von § 137 Abs 3 UGB (s dazu gleich) kann diese Ansicht im Rahmen eines Gesellschafterwechsels nicht vertreten werden.

187 *Reich-Rohrwig/Wallner*, *ecolex* 2007, 80 (82); *Jabornegg/Artmann* in Artmann, UGB I³ § 160 Rz 35. Vgl *Jaufer/Schummer* in Zib/Dellinger, UGB § 160 Rz 39 und 42; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 160 Rz 28; *Eckert* in U. Torggler, UGB³ § 160 Rz 25; *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/702, wonach die dreijährige Sonderverjährungsfrist gem § 160 Abs 1 UGB aufgrund einer teleologischen Reduktion anwendbar bleibt.

188 *Jabornegg/Artmann* in Artmann, UGB I³ § 160 Rz 29.

189 *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/703.

190 *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB III/1⁵ § 129 Rz 14; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Hb GesR Rz 728; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 129 Rz 11; *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/712.

191 *Rieder/Huemer*, GesR⁴ 154; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 160 Rz 13.

192 *Jabornegg/Artmann* in Artmann, UGB I³ § 160 Rz 21; *Habersack* in Staub, HGB III⁵ § 128 Rz 50.

193 Sollte dem Gesellschafterwechsel ein Kaufvertrag zugrunde liegen, empfiehlt sich eine entsprechende – im Innenverhältnis geltende – Einpreisung im Kaufpreis.

- 20/48** Im Rahmen eines Gesellschafterwechsels geht die Mitgliedschaft (der Gesellschaftsanteil) nicht unter, sondern auf den Neugesellschafter über. Dieser rückt grundsätzlich vollständig in die Rechtsstellung des Altgesellschafters (auch hinsichtlich der schwebenden Geschäfte). Eine „Abwicklung“ der Mitgliedschaft hat daher nicht zu erfolgen, zumal die Mitgliedschaft mit dem Neuen fortbesteht. Der ausscheidende Altgesellschafter hat keinen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Leistung eines Abfindungsguthabens gem §§ 137 f UGB.¹⁹⁴ Der Neugesellschafter muss eine von seinem Vorgänger bereits erbrachte Einlage nicht abermals in das Gesellschaftsvermögen leisten.¹⁹⁵ Ein Leistungsaustausch kann zwischen den beiden betroffenen Gesellschaftern erfolgen (im Falle eines Kaufvertrages: Kaufpreis gegen Übertragung des Gesellschaftsanteils).¹⁹⁶
- 20/49** Bei einem Gesellschafterwechsel ist die Fortführung der Firma der OG zulässig (§ 24 Abs 1 UGB).¹⁹⁷ Auch die Änderung der Firma – insb durch Aufnahme des Namens des neuen Gesellschafters – ist möglich (§ 20 UGB).¹⁹⁸

C. Kommanditgesellschaft

1. Gesetzliches Leitbild

- 20/50** Die Stellung als Komplementär einer KG kann im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragen werden. Gem § 161 Abs 2 iVm § 124 Abs 1 UGB ist hierfür die Zustimmung aller Mitgesellschafter und damit auch der Kommanditisten erforderlich, sofern im KG-Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist. Die Rechtslage entspricht hier jener des Gesellschafterwechsels bei einer OG.¹⁹⁹

¹⁹⁴ *Schopper* in FS Reich-Rohrwig 207 (212); *Krejci* in Krejci, RK UGB § 137 Rz 6; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 138 Rz 4; *Leupold* in U. Torggler, UGB³ § 137, 138 Rz 2; *Appl* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 3/171; *Artmann* in Artmann, UGB I³ § 124 Rz 8; *Jabornegg/Artmann* in Artmann, UGB I³ § 137 Rz 6; *Zollner/Hartlieb* in Zib/Dellinger, UGB § 137 Rz 14; *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/767.

¹⁹⁵ *Harrer*, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens (2010) 328 f.

¹⁹⁶ Da im Rahmen des Gesellschafterwechsels kein Anspruch auf Leistung eines Abfindungsguthabens gegeben ist und deshalb kein Geld von der Gesellschaft an den Altgesellschafter fließt, besteht auch bei einer Kapitalgesellschaft & Co kein Anlass, Gläubigerschutzbestimmungen aus dem Kapitalgesellschaftsrecht analog auf die Übertragung von Gesellschaftsanteilen anzuwenden, dazu *Schopper* in FS Reich-Rohrwig 207 (212); zust *Edelmann* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 5/143.

¹⁹⁷ *Ratka* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 11/58.

¹⁹⁸ *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/727.

¹⁹⁹ *Schopper* in FS Reich-Rohrwig 207 (218); *Völkl* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 4/113.

Da die §§ 161–177 UGB keine spezifischen Regelungen für die Übertragung eines Kommanditanteils vorsehen, gelten für diese gem § 161 Abs 2 iVm § 124 Abs 1 UGB dieselben Grundsätze wie für die Übertragung eines Komplementäranteils.²⁰⁰ Für die Anteilsübertragung bedarf es folglich der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter (also aller Komplementäre sowie Kommanditisten), soweit gesellschaftsvertraglich nichts Abweichendes vereinbart ist. Die kapitalistische Ausgestaltung des Kommanditanteils bewirkt insofern keine differenzierte Behandlung.²⁰¹ **20/51**

2. Privatautonome Gestaltungsmöglichkeit

Besonderheiten gegenüber dem Recht der OG ergeben sich hier weder in Bezug auf den Komplementär- noch auf den Kommanditistenwechsel. **20/52**

3. Form

Grundsätzlich gilt hier dasselbe wie bei der OG.²⁰² Zu erwähnen ist darüber hinaus, dass bei einem Wechsel von Gesellschaftern auch alle Kommanditisten an der Anmeldung in beglaubigter Form mitzuwirken haben, was wiederum gerichtlich durchgesetzt werden kann.²⁰³ **20/53**

Im Unterschied zu den unbeschränkt haftenden Gesellschaftern (§§ 3 Abs 1 Z 8 und 4 Z 5 FBG) sind Kommanditisten gem § 4 Z 6 FBG zusätzlich mit der Höhe ihrer Haftsumme sowie einem Nachfolgevermerk ins Firmenbuch einzutragen.²⁰⁴ Der Nachfolgevermerk weist den Erwerber als Rechtsnachfol-

200 *Schopper* in FS Reich-Rohrwig 207 (219), dort auch zur Nichtanwendbarkeit GmbH-rechtlicher Vorschriften auf einen Kommanditistenwechsel in einer Kapitalgesellschaft & Co; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 161 Rz 16; *Eckert* in U. Torggler, UGB³ § 161 Rz 6; *Abazagic* in Zib/Dellinger, UGB § 124 Rz 6.

201 Vgl *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 413.

202 Siehe etwa *Birnbauer*, Ausscheiden eines Kommanditisten einer KG infolge Ablebens, GES 2011, 118 (120), wonach § 143 Abs 2 UGB mangels Sondernorm auch im Recht der KG gilt (§ 161 Abs 2 UGB). Die Bestimmungen der § 162 Abs 2 und 3 UGB wirken lediglich klarstellend zu § 107 Abs 1 UGB (vgl *Völkl* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 4/114 Fn 84; s zum Hintergrund *Krejci* in Krejci, RK UGB § 162 Rz 6).

203 OLG Wien 7.2.1992, 6 R 93/91, NZ 1992, 253; OGH 8.5.2008, 6 Ob 90/08s, NZ 2008, 376; *Zib* in Zib/Dellinger, UGB § 107 Rz 5 und § 162 Rz 12; *Jabornegg/Artmann* in Artmann, UGB I³ § 107 Rz 9 und § 162 Rz 7; *Krejci* in Krejci, RK UGB § 107 Rz 3; *Schörghofer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/890.

204 *Zollner/Hartlieb* in Zib/Dellinger, UGB § 143 Rz 20; *Völkl* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 4/116; s zur Eintragung eines Nachfolgevermerks auch bei einem Gesellschafterwechsel in der OHG *Langhein* in MüKo HGB⁴ § 107 Rz 9.

ger des Übertragenden aus und ist nach hA sowohl beim ausscheidenden als auch beim eintretenden Gesellschafter beizufügen.²⁰⁵ Mit ihm wird der Rechtsschein der Begründung eines neuen Kommanditanteils mit einer zusätzlichen Haftsumme unter Forthaftung des ausgeschiedenen Kommanditisten (drohende Haftsummenverdoppelung) gegenüber den Altgläubigern vermieden.²⁰⁶

- 20/55** Bei einer Kette von Kommanditistenwechseln ist jeder einzelne Übergang einzutragen.²⁰⁷ Nicht eingetragene, aber bereits überholte Übertragungsakte (Zwischenerwerbe) sind durch Eintragung der zwischenzeitigen Kommanditisten samt Nachfolgevermerk und durch sofortige Löschung dieser Zwischeneintragung nachzuholen.²⁰⁸

4. Zuständigkeit und Kosten

- 20/56** Zusätzlich zu den Ausführungen zur OG gilt hier, dass für die Löschung sowie die Neueintragung eines Kommanditisten jeweils € 29,- (bei einem Gesellschafterwechsel also € 58,-) zu entrichten sind.²⁰⁹

5. Rechtsfolgen

- 20/57** Im Hinblick auf die Übertragung des Gesellschaftsanteils des Komplementärs als auch des Kommanditisten bestehen keine Abweichungen zum Recht der OG.²¹⁰ Die Anteilsübertragung erfolgt durch Einzelrechtsnachfolge vom Alt- auf den Neugesellschafter. Der Erwerber erlangt – vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen – dieselbe Rechtsstellung wie der Veräußerer (s dazu bereits oben).
- 20/58** Haftungsrechtlich gilt § 130 UGB bezüglich des Eintritts unbeschränkt haftender Gesellschafter gleichermaßen für OG und KG (§ 161 Abs 2 UGB).²¹¹

205 Eckert in U. Torggler, UGB³ § 162 Rz 7; U. Torggler in WK UGB I⁴ § 162 Rz 15; Pilgerstorfer in Artmann, UGB I³ § 4 FBG Rz 21; aA Birnbauer, Anmerkung zu 6 Ob 244/06k, GeS 2007, 162; ders, Kommanditistenwechsel mit Zwischeneintragung und Rechtsnachfolgevermerk, GeS 2006, 71, der einen Vermerk beim Erwerber genügen lässt.

206 OGH 29.4.2004, 6 Ob 235/03g, SZ 2004/62; vgl auch Jabornegg, Haftung bei Übertragung von Kommanditanteilen und Rechtsnachfolgevermerk, GesRZ 1998, 66 (72 f). Zu den Rechtsfolgen des unterlassenen Nachfolgevermerks s Kapitel A2.3.5.

207 Pilgerstorfer in Artmann, UGB I³ § 11 Rz 18 und § 4 FBG Rz 22.

208 OGH 29.4.2004, 6 Ob 235/03g, SZ 2004/62; Eckert in U. Torggler, UGB³ § 162 Rz 7.

209 Siehe dazu Tarifposten 10 (lit c Z 9) im GGG.

210 Statt aller Schörghofer in Kals/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/1016 und 2/1020.

211 Schummer in Zib/Dellinger, UGB § 130 Rz 3; Jabornegg/Artmann in Artmann, UGB I³ § 130 Rz 3; Völkl in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 4/153.

Auch § 160 UGB ist auf ausscheidende Komplementäre einer KG wie auf Gesellschafter einer OG anwendbar.²¹² Für den Wechsel eines Komplementär-gesellschafters gilt daher das bereits zur OG Gesagte.

Soweit der Kommanditist überhaupt für Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet, 20/59 ergeben sich auch die haftungsrechtlichen Konsequenzen für den ausscheidenden Kommanditisten aus § 160 UGB (§ 161 Abs 2 UGB).²¹³ Die Haftung greift, wenn der ausscheidende Kommanditist seine Hafteinlage nicht voll geleistet oder (teilweise) wieder entnommen hat.²¹⁴ Die Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten beschränkt sich in diesen Fällen auf die Differenz zwischen tatsächlich geleisteter Einlage und Haftsumme.²¹⁵ Hierfür steht den Gläubigern auch noch nach dem Ausscheiden des Altkommanditisten – während des Zeitraums der Nachhaftung – diesem gegenüber das Auskunftsrecht nach § 171 Abs 1 S 2 UGB zu.²¹⁶ Keine Haftung des Ausscheidenden besteht, wenn dieser die Einlage in Höhe der Haftsumme vollständig geleistet und keine nicht-gewinn gedeckten Entnahmen getätigt hat, selbst wenn die Einlage nach seinem Ausscheiden von seinem Nachfolger wieder entnommen wird.²¹⁷ Für Gesellschaftsverbindlichkeiten, die nach dem Ausscheiden eines Kommanditisten entstehen, haftet der Ausgeschiedene nicht. Zu achten ist jedoch auf die negative Publizitätswirkung gem § 15 Abs 1 UGB für nach dem tatsächlichen Ausscheiden und vor der Firmenbucheintragung der Löschung entstehende Verbindlichkeiten.

Die Haftung des eintretenden Kommanditisten regeln §§ 173, 176 Abs 2 UGB. 20/60 Danach haftet dieser auch für vor seinem Eintritt (§ 173 UGB)²¹⁸ und seiner Eintragung in das Firmenbuch (§ 176 Abs 2 UGB) begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten gem § 171 Abs 1 UGB, also mit der Höhe der Haftsumme des Kommanditanteils abzüglich bereits geleisteter Einlagen (keine Verdroppe-

212 *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 160 Rz 6; *Eckert* in U. Torggler, UGB³ § 160 Rz 3; *Schörghofer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/971.

213 Vgl OGH 9.2.1995, 8 Ob 16/94, GesRZ 1995, 265; *Eckert* in U. Torggler, UGB³ § 160 Rz 3; *Jaufer/Schummer* in Zib/Dellinger, UGB § 160 Rz 6; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 171 Rz 4; *Völkl* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 4/188; *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 432.

214 *Krejci* in Krejci, RK UGB § 160 Rz 6; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 160 Rz 6.

215 *Jaufer/Schummer* in Zib/Dellinger, UGB § 160 Rz 6.

216 *Völkl* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 4/177.

217 So ausdrücklich § 172 Abs 3 S 3 UGB; *Krejci* in Krejci, RK UGB § 160 Rz 6 und § 172 Rz 2; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 160 Rz 6. Vor dem HaRÄG 2005 war umstritten, ob die Rückzahlung der Einlage an den Erwerber zum Wiederaufleben der Haftung des Veräußerers führt, statt vieler *Schummer/Horn* in Zib/Dellinger, UGB § 172 Rz 57. Krit zur Bestimmung *Harrer*, Kommanditgesellschaft und HGB-Reform, GesRZ 2004, 85 (86 ff); *ders*, Personengesellschaft 481 f.

218 Diese Bestimmung entspricht § 130 UGB, für Ausführungen dazu s Kapitel A2.2.5.

lung der Haftsumme)^{219, 220} Diese Haftung ist Dritten gegenüber zwingend, mit dessen Zustimmung oder im Innenverhältnis kann jedoch Abweichendes vereinbart werden (vgl § 173 Abs 2 UGB). Das den Gläubigern gem § 171 Abs 1 S 2 UGB eingeräumte Auskunftsrecht gegen Kommanditisten steht diesen bereits ab dem wirksamen Gesellschafterwechsel zu, also auch vor der Eintragung im Firmenbuch.²²¹ Welche Einwendungen der Kommanditist erheben kann, richtet sich nach § 129 UGB (§ 161 Abs 2 UGB).²²² Für Neuverbindlichkeiten, die nach dem Gesellschafterwechsel entstehen, haftet der eintretende Kommanditist nach den üblichen Grundsätzen (§ 171 UGB).

20/61 Zusammengefasst ergibt sich folgendes Bild: Da sich die Haftung des alten und neuen Kommanditisten auf dieselbe Kommanditbeteiligung bezieht,²²³ ergibt sich aus einer Gesamtbetrachtung, dass eine Haftung weder den ausscheidenden Altkommanditisten noch den eintretenden Neukommanditisten trifft, wenn ersterer die Einlage auf den übertragenden Kommanditanteil iHd Haftsumme geleistet hat (voll eingezahlter Kommanditanteil), eine Einlagenrückgewähr nicht stattgefunden hat und ein Nachfolgevermerk im Firmenbuch eingetragen wurde.²²⁴ Ist die Einlage des Kommanditanteils zum Zeitpunkt des Gesellschafterwechsels jedoch nicht (vollständig) geleistet, kommt es zur parallelen Solidarhaftung des eintretenden und ausscheidenden Kommanditisten wie zuvor beschrieben.²²⁵ Alt- und Neukommanditist sind Gesamtschuldner,²²⁶ die Zahlung der Einlage oder die Inanspruchnahme durch einen Gesellschaftsgläubiger des einen befreit auch den anderen.²²⁷ Der Aus-

219 *Thiessen* in Staub, HGB IV⁵ (2014) § 173 Rz 80 ff; *K. Schmidt* in MüKo HGB⁴ § 173 Rz 29.

220 *Völkl* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 4/186.

221 *Schörghofer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/1007; *Völkl* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 4/186; *Weigand*, Die eingetragenen Personengesellschaften, in Dehn/Krejci (Hrsg), Das neue UGB² (2007), 74 (85).

222 *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 414 und 434.

223 Materiell-rechtlich gibt es nur eine Haftsumme, vgl *Thiessen* in Staub, HGB IV⁵ § 173 Rz 80; *Gummert* in Henssler/Strohn, GesR³ § 173 HGB Rz 16.

224 OLG Innsbruck 25.4.1988, 3 R 127/88, NZ 1989, 188; *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 173 Rz 3; *Harrer*, Aktuelle Haftungsprobleme des Kommanditisten, wbl 1992, 10 (15); *Rieder/Huemer*, GesR⁴ 198; *Völkl* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 4/117; *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 427; *Schörghofer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/1021; *K. Schmidt* in MüKo HGB⁴ § 173 Rz 30 mit zahlreichen Nachweisen.

225 *Koppensteiner*, Haftungsprobleme bei der Übertragung von Kommanditanteilen, GesRZ 1982, 119 (119 f); *Völkl* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 4/118; *Harrer*, Personengesellschaft 416; *Jabornegg/Artmann* in Artmann, UGB I³ § 172 Rz 25; *Schörghofer* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/1021.

226 *Strohn* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch³ § 173 Rz 17 und 22; *Thiessen* in Staub, HGB IV⁵ § 173 Rz 82; *Oetker* in Oetker, HGB⁵ § 173 Rz 24.

227 *Harrer*, Personengesellschaft 416; *ders*, wbl 1992, 10 (15).

gleich im Innenverhältnis (§ 896 ABGB) richtet sich danach, ob die Verbindlichkeit Teil der Bemessungsgrundlage des Kaufpreises war.²²⁸ Kam es zur vollständigen Einlagenleistung ohne Rückzahlung und wird der Nachfolgevermerk nicht gesetzt, sondern nur das Ausscheiden des alten und der Eintritt des neuen Kommanditisten eingetragen, ist die Rechtslage strittig. Die eine Ansicht möchte hier den Altkommanditisten,²²⁹ die andere Ansicht den Neukommanditisten²³⁰ und wiederum eine andere Ansicht (nur bei Vorliegen eines Rechtsscheins) beide²³¹ und eine letzte Ansicht (aufgrund praktischer Ausgeschlossenheit eines Rechtsscheins) keinen der beiden²³² haften lassen.

Zu berücksichtigen ist, dass § 176 UGB nur auf nach dem 31.12.2006 errichtete KG anzuwenden ist (§ 907 Abs 14 UGB). Kommt es zu einem Kommanditistenwechsel in einer vor diesem Zeitpunkt errichteten KG, haftet der eintretende Kommanditist entsprechend den Bestimmungen des HGB. Danach trifft diesen – anders als nach § 176 Abs 2 UGB – eine unbeschränkte Haftung für nach seinem Eintritt, aber vor seiner Firmenbucheintragung begründete

20/62

228 Vgl zu einer ähnlichen Frage bei der GmbH *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 13.

229 BGH 29.6.1981, II ZR 142/80, BGHZ 81, 82; *K. Schmidt* in Schlegelberger (Hrsg), HGB III/2⁵ (1986) § 173 Rz 35; *ders* in MüKo HGB⁴ § 173 Rz 36, jedoch nur auf Rechtsscheinfälle begrenzt; ebenso *Thiessen* in Staub, HGB IV⁵ § 173 Rz 89 ff; allgemeiner *Huber*, Eintragungsfehler bei der Abtretung von Kommanditanteilen, ZGR 1984, 146 (156); *M. Roth* in Baumbach/Hopt (Hrsg), HGB³⁸ (2018) § 173 Rz 13; *Kindler* in Koller/Kindler/W.-H. Roth/Morck (Hrsg), HGB⁸ (2015) § 172 Rz 27; *Zib* in Zib/Dellinger, UGB § 15 Rz 42.

230 *Geßler* in Schlegelberger (Hrsg), HGB II⁴ (1963) § 173 Rz 11; *Kornblum*, Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften (1972) 241 f; *Jabornegg* in Jabornegg (Hrsg), UGB (1997) § 172 Rz 24; *ders*, GesRZ 1998, 66 (73 f): Altkommanditist ist von Nachhaftung freizustellen, der Rechtsnachfolger haftet bis zur Höhe der Haftsumme, sofern beim Gläubiger keine Arglist vorliegt.

231 *Koppensteiner*, GesRZ 1982, 119 (120 ff): Anteilsveräußerer und -erwerber haften nur unter den Voraussetzungen der Haftung aus zurechenbar verursachtem Rechtsschein, kein Wiederaufleben der Haftung des Ausscheidenden; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 154 f: Alt- und Neukommanditist haften für einen Rechtsschein, zum Wiederaufleben der Haftung für die Einlage kommt es aber nicht; wohl auch *Koppensteiner/Auer* in WK UGB I⁴ § 173 Rz 3, obwohl dort nur von der Haftung des Erwerbers die Rede ist; *Harrer*, Personengesellschaft 415 f; *ders*, wbl 1992, 10 (15 f): Haftung sowohl des Veräußerers als auch des Erwerbers nach allgemeinem Rechtsscheintatbestand; *Jabornegg/Artmann* in Artmann, UGB I³ § 172 Rz 24; *Schummer/Horn* in Zib/Dellinger, UGB § 172 Rz 55.

232 So wohl *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 427, denen zufolge jedoch Alt- und Neukommanditist haftpflichtig sind, wenn ausnahmsweise doch von einer allgemeinen Rechts-scheinhaftung ausgegangen werden kann.

Gesellschaftsverbindlichkeiten, sofern er der Fortführung der Geschäfte zustimmt.²³³

- 20/63** Abfindungsansprüche fallen auch bei einem Gesellschafterwechsel in einer KG nicht an, weil die Mitgliedschaft des Altgesellschafter auf den Neugesellschafter über- und nicht untergeht, unabhängig davon, ob es sich um einen Komplementär- oder Kommanditanteil handelt.²³⁴ Bezüglich Fortführung und Änderung der Firma kann auf die Ausführungen zur OG verwiesen werden, wobei zu beachten ist, dass der Name eines eintretenden Kommanditisten nicht in die Firma aufgenommen werden darf (§ 20 UGB).²³⁵

D. Stille Gesellschaft

1. Gesetzliches Leitbild

- 20/64** §§ 179 ff UGB enthalten keine spezielle Regel für den Gesellschafterwechsel in einer StGes.²³⁶ Seit Inkrafttreten des GesBR-RG ist jedoch § 1175 Abs 4 ABGB zu berücksichtigen, wonach die Regeln der GesBR auf die StGes anzuwenden sind, soweit für diese keine spezifischen Vorschriften bestehen und die Anwendung dieser Bestimmungen auch unter Berücksichtigung der für StGes geltenden Grundsätze angemessen ist.²³⁷ In der Lit wird die Anwendung von § 1182 Abs 1 S 2 ABGB (Anteilsübertragung nur mit Zustimmung) auf die StGes befürwortet.²³⁸ Demnach besteht kein Unterschied zu den anderen Personengesellschaften, auch die stille Beteiligung ist nach dem gesetzlichen Leitbild vinkuliert. Ohne Zustimmung des Inhabers kann der Stille seine Beteiligung nicht an einen Dritten übertragen.²³⁹ Das entspricht der bereits vor dem GesBR-RG hM²⁴⁰. Mit der expliziten Anordnung des § 1175 Abs 4 ABGB wurde die Gegenmeinung²⁴¹ geschwächt, wonach eine Übertragung auch ohne Zustimmung des Unternehmens- bzw Vermögensinhabers möglich

233 Rieder/Huemer, GesR⁴ 196 f.

234 Artmann/Rüffler, GesR Rz 427 und 432.

235 Vgl dazu statt aller Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth, Hb GesR Rz 1126.

236 Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/1105; Artmann/Rüffler, GesR Rz 508.

237 Konwitschka in Zib/Dellinger, UGB § 179 Rz 4 und 15 ff; allgemeiner vgl Walch, RdW 2015, 78 (79).

238 Konwitschka in Zib/Dellinger, UGB § 179 Rz 25 und 190.

239 Statt aller Blaurock in Blaurock (Hrsg), Handbuch Stille Gesellschaft⁸ (2016) Rz 10.34.

240 Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR Rz 2/984 f; Straube/Appl in WK UGB I⁴ § 179 Rz 29; Dreher in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 6/64; Hochedlinger/H. Fuchs, Stille Gesellschaft Rz 1/141 und 1/145.

241 Hochedlinger in Artmann, UGB I³ § 179 Rz 39 mit Hinweis auf OGH 8.9.1999, 7 Ob 31/99f, RdW 2000, 146; zust Trenker in U. Torggler, UGB³ § 179 Rz 15.

sei, wenn dem stillen Gesellschafter keine atypischen Mitwirkungsrechte zukommen und er seine Einlage vollständig geleistet hat.²⁴² Im Falle der heute anerkannten mehrgliedrigen StGes, bei der mehrere Stille und der Inhaber einen einzigen Gesellschaftsvertrag abschließen,²⁴³ bedarf es nicht nur der Zustimmung des Inhabers, sondern auch der anderen stillen Gesellschafter.²⁴⁴

Ein Wechsel ist nicht nur in Bezug auf die Beteiligung des Stillen möglich, sondern auch auf Seiten des Unternehmens- bzw Vermögensinhabers denkbar. Dies erfordert die Übertragung des beteiligungsgegenständlichen Unternehmens.²⁴⁵ Auch der Austausch des Inhabers bedarf (im Innenverhältnis; dazu gleich) der Zustimmung des stillen Gesellschafter bzw bei mehrgliedrigen StGes sämtlicher stillen Gesellschafter (§§ 1182 Abs 1 S 2 iVm 1175 Abs 4 ABGB).²⁴⁶ **20/65**

Kein Gesellschafterwechsel in der StGes ist die Anteilsübertragung auf Ebene des stillen Gesellschafter bzw Unternehmensinhabers, wenn diese juristische Personen sind. Der unmittelbare Gesellschafterkreis der StGes bleibt hierbei unverändert.²⁴⁷ Im Kapitalgesellschaftsrecht wird idZ diskutiert, ob Anteilsübertragungen in der an einer Kapitalgesellschaft beteiligten Mutterkapitalgesellschaft von einer (vereinbarten) Vinkulierung(-sklausel) bei der Tochtergesellschaft betroffen sind. Dies ist uE zu verneinen, weil die Gesellschafter der Tochtergesellschaft wissen bzw wissen müssen, dass die Anteile an der Muttergesellschaft übertragbar sind. Beseitigen die Gesellschafter das Risiko einer Anteilsveräußerung in der Muttergesellschaft nicht durch vertragliche Vereinbarung, ist anzunehmen, dass sie das Risiko hinnehmen.²⁴⁸ Selbiges gilt auch bei der StGes. Die Anteilsübertragung in einer Kapitalgesellschaft, die Stille ist, bedarf folglich nicht der Zustimmung des Inhabers (bzw etwaiger sonstiger stillen Gesellschafter). Obwohl die Gesellschaftsanteile bei Personengesellschaften gesetzlich vinkuliert sind, besteht eine gleichgelagerte Pro- **20/66**

242 Vgl dazu näher *Konwitschka* in Zib/Dellinger, UGB § 179 Rz 25.

243 Statt aller *Hochedlinger* in Artmann, UGB I³ § 179 Rz 20.

244 *Straube/Appl* in WK UGB I⁴ § 179 Rz 29; *Hochedlinger* in Artmann, UGB I³ § 179 Rz 39; *ders/H. Fuchs*, Stille Gesellschaft Rz 1/142; *Gehrlein* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch³ § 230 Rz 71.

245 *Hochedlinger* in Artmann, UGB I³ § 179 Rz 43.

246 *Trenker* in U. Torggler, UGB³ § 179 Rz 15; *Konwitschka* in Zib/Dellinger, UGB § 179 Rz 191; *Dreher* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 6/67; *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 508; *Hochedlinger/H. Fuchs*, Stille Gesellschaft Rz 1/147; *Straube/Appl* in WK UGB I⁴ § 179 Rz 33.

247 OGH 1.3.1966, 8 Ob 50/66, JBl 1966, 423; *Straube/Appl* in WK UGB I⁴ § 179 Rz 29; *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/1079 und 2/1105; *Hochedlinger* in Artmann, UGB I³ § 179 Rz 46; *ders/H. Fuchs*, Stille Gesellschaft Rz 1/138; anders OGH 7.10.1960, 1 Ob 240/60, EvBl 1961, 44.

248 Vgl dazu Kapitel A3.1.2 und A3.2.2.

blematik in jenen Fällen, in denen die Muttergesellschaft eine Personengesellschaft ist. Die Vinkulierung bei der Muttergesellschaft ist nämlich an die Zustimmung ihrer eigenen Gesellschafter und nicht an die Zustimmung der Gesellschafter der Tochtergesellschaft gebunden. Doch auch hier schlägt die gesetzliche Vinkulierung der Anteile an der stillen Tochtergesellschaft im Zweifel nicht auf die Gesellschaftsanteile an der Mutterpersonengesellschaft durch. Das Risiko der – durch die Zustimmung der eigenen (Mutter-)Gesellschafter erfolgten – Anteilsveräußerung an der Muttergesellschaft muss den (Tochter-)Gesellschaften bewusst sein. Ferner sei angemerkt, dass in diesen Fällen ein (außer)ordentliches Kündigungsrecht zustehen kann, wenn die Fortführung des Gesellschaftsverhältnisses aufgrund der neuen Gesellschafterstruktur des Vertragspartners für den jeweils anderen unzumutbar ist.²⁴⁹

- 20/67** Im Hinblick auf das Zustimmungserfordernis iZm der Unternehmensübertragung stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des § 38 UGB. Dies ist insofern differenziert zu beantworten, als das stille Gesellschaftsverhältnis nur dann vom Anwendungsbereich des § 38 UGB umfasst ist, wenn es nicht als höchstpersönliches Rechtsverhältnis ausgestaltet ist.²⁵⁰ Dabei ist die Höchstpersönlichkeit im Einzelfall mittels Vertragsauslegung zu ermitteln,²⁵¹ wobei im Zweifel von deren Vorliegen auszugehen ist.²⁵² Klarstellungen im stillen Beteiligungsvertrag sind empfehlenswert. Ist § 38 UGB mangels Höchstpersönlichkeit anwendbar, kann von einer Zustimmung des Stillen zum Übergang der StGes auf den Rechtsnachfolger des Inhabers ausgegangen werden, wenn er nicht innerhalb dreier Monate von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch macht. Keinesfalls anwendbar ist § 38 UGB im Zuge einer Übertragung eines

249 *Kastner*, Gesellschafterwechsel und ähnliche Änderungen bei der stillen Gesellschaft, JBI 1964, 113 (115); *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Hb GesR Rz 1450; *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 509; *Hochedlinger/H. Fuchs*, Stille Gesellschaft Rz 1/138 f; *Hochedlinger* in Artmann, UGB I³ § 179 Rz 46 mit Hinweis auf OGH 8.4.1953, 3 Ob 70/53, SZ 26/91; s im Detail *Dreher* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 6/62 f.

250 ZB wenn aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen Regelung der Tod des Inhabers kein Auflösungsgrund für die StGes ist (*Hochedlinger* in Artmann, UGB I³ § 179 Rz 44; *ders/H. Fuchs*, Stille Gesellschaft Rz 1/145; vgl dazu § 185 Abs 2 UGB).

251 *Hochedlinger* in Artmann, UGB I³ § 179 Rz 44; *ders*, UGB: Neuerungen im Recht der stillen Gesellschaft, *ecolex* 2006, 906 (909); *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 508.

252 *Trenker* in U. Torggler, UGB³ § 179 Rz 15; wohl auch *Dreher* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 6/66 f; aA, wonach im Zweifel keine Höchstpersönlichkeit vorliegt wohl *Nowotny*, UGB – Was bringt es Neues für die Personengesellschaften? RdW 2007, 142 (145); *ders* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 2/1105, wobei der Stille und nicht der Geschäftsinhaber geschützt wird; wiederum aA *Konwitschka* in Zib/Dellinger, UGB § 179 Rz 25, demzufolge jede StGes als höchstpersönlich iSd § 38 UGB zu qualifizieren ist.

bloßen Vermögens des Inhabers, an dem eine stille Beteiligung besteht, da § 38 UGB nur Unternehmen erfasst.²⁵³

Für die typische StGes wird vertreten, dass den Geschäftsinhaber aufgrund gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten eine Zustimmungsverpflichtung zur Übertragung der stillen Beteiligung treffen kann, wenn dies auch zum Vorteil der Gesellschaft gereicht und nicht bloß im Interesse des Ausscheidenden liegt.²⁵⁴ Umgekehrt soll auch der Stille aufgrund gesellschaftsvertraglicher Treuepflichten zur Zustimmung zur Übertragung des Unternehmens durch den Inhaber verpflichtet sein, wenn die Veräußerung zur Erhaltung des Unternehmens notwendig ist und den stillen Gesellschafter keine nachteiligen Folgen treffen.²⁵⁵ **20/68**

Fehlt die Zustimmung für die Übertragung der stillen Beteiligung, ist – wie generell bei Personengesellschaften – von einer schwebenden Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts auszugehen. Der Wechsel tritt nicht ein. Stimmt hingegen der Stille der Unternehmensübertragung nicht zu, ist dieser Vorgang im Außenverhältnis dennoch wirksam.²⁵⁶ In solch einem Fall kommt es nach hM zwar nicht zur Auflösung der StGes,²⁵⁷ doch stehen dem Stillen im Innenverhältnis womöglich Schadenersatzansprüche kombiniert mit einem außerordentlichen Kündigungsrecht oder alternativ die Möglichkeit zu, Vertragserfüllung zu begehren.²⁵⁸ IdZ wird die Pflicht zur Wiederherstellung des früheren Zustandes, also die Rückübertragung des Unternehmens an den bisherigen Inhaber oder der Aufbau eines gleichartigen Unternehmens, zur Erfüllung der vertraglichen Betriebspflicht nicht generell ausgeschlossen.²⁵⁹ Derartige Ansprüche bestehen nicht, wenn den Stillen eine Zustimmungspflicht trifft. **20/69**

253 *Dreher* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 6/67b.

254 *K. Schmidt* in MüKo HGB³ (2012) § 230 Rz 175; *Dreher* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 6/64.

255 *Dreher* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 6/67a; *Hochedlinger/H. Fuchs*, Stille Gesellschaft Rz 1/147; *Jung* in Blaurock, Hb StGes⁸ Rz 18.5.

256 *Hochedlinger/H. Fuchs*, Stille Gesellschaft Rz 1/146 f; *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 508; *Dreher* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 6/67; *Jung* in Blaurock, Hb StGes⁸ Rz 18.4.

257 So allerdings noch *Kastner*, JBI 1964, 113 (115); OGH 10.12.1958, 2 Ob 384/58; *Koenigs*, Die stille Gesellschaft (1961) 255.

258 *Hochedlinger* in Artmann, UGB I³ § 179 Rz 43; *ders/H. Fuchs*, Stille Gesellschaft Rz 1/148; *Dreher* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 6/67a; *Straube/ Appl* in WK UGB I⁴ § 179 Rz 33; *Jung* in Blaurock, Hb StGes⁸ Rz 12.19 und 18.8; *K. Schmidt* in MüKo HGB³ § 234 Rz 39.

259 *Gehrlein* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch³ § 234 Rz 32; *Kindler* in Koller/Kindler/W.-H. Roth/Morck, HGB⁸ § 234 Rz 10; *Jung* in Blaurock, Hb StGes⁸ Rz 18.8; vgl auch *Hochedlinger/H. Fuchs*, Stille Gesellschaft Rz 1/148.

2. Privatautonome Gestaltungsmöglichkeit

20/70 Die gesetzliche Vinkulierung der stillen Beteiligung nach §§ 1182 Abs 1 S 2 iVm 1175 Abs 4 ABGB ist dispositiv. Das folgt aus § 1181 ABGB (iVm 1175 Abs 4 ABGB).²⁶⁰

20/71 Im Hinblick auf die Ausgestaltung und die Modalitäten der vertraglichen Abweichungen gilt das Gleiche wie bei den übrigen Personengesellschaften. So ist es etwa zulässig, Vorwegzustimmungen vertraglich zu vereinbaren, wie das insb bei mehrgliedrigen StGes gehandhabt wird.²⁶¹ Zustimmungen im Voraus können auch auf einen bestimmten Einzelfall oder Fallgruppen beschränkt werden.²⁶²

3. Form

20/72 Bezüglich des Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfts für die Übertragung der Beteiligung sowie des Zustimmungserfordernisses gilt das zur GesbR und OG Ausgeführte hier sinngemäß. Zu Übertragungen von sonstigen Gegenständen kommt es nicht, da die StGes kein Gesellschaftsvermögen hat, weshalb auch diesbezüglich keine Formerfordernisse zu beachten sind. Mangels Möglichkeit zur Eintragung in das Firmenbuch bestehen im Rahmen eines Gesellschafterwechsels in einer StGes auch keine entsprechenden Verpflichtungen.

4. Zuständigkeit und Kosten

20/73 Bei einem Gesellschafterwechsel in einer StGes fallen grundsätzlich keine Gebühren an. Abweichendes gilt, wenn im Gesellschaftsvertrag die Einhaltung spezifischer Formerfordernisse bedungen wird. Auch im Zuge einer Unternehmens- bzw Vermögensübertragung können etwaige Kosten anfallen (zB Grundbucheintragungen, Grunderwerbssteuer etc).

5. Rechtsfolgen

20/74 Hinsichtlich der Rechtsfolgen eines Gesellschafterwechsels bestehen keine spezifischen Normen im UGB. Damit stellt sich wiederum die Frage der subsidiären Anwendbarkeit der GesbR-Bestimmungen, in concreto von §§ 1201 f ABGB. Diese Regelungen der Gesellschafternachfolge sind vor dem Hintergrund zu sehen, wonach Gesellschafter einer GesbR gemeinsam Träger der gesellschaftsbezogenen Rechte und Pflichten sind. Vergleichbare Ordnungsprobleme treten jedoch bei der StGes nicht auf. Aus den im Betrieb des

²⁶⁰ *Konwitschka* in Zib/Dellinger, UGB § 179 Rz 24.

²⁶¹ *Hochedlinger/H. Fuchs*, Stille Gesellschaft Rz 1/142.

²⁶² *Konwitschka* in Zib/Dellinger, UGB § 179 Rz 190.

Unternehmens geschlossenen oder das Vermögen betreffenden Geschäften wird allein der Unternehmensinhaber berechtigt und verpflichtet.²⁶³ Daher sind §§ 1201 f ABGB nicht subsidiär auf die StGes anzuwenden.²⁶⁴

Gem § 179 Abs 2 UGB haftet weder der alte noch der neue stille Gesellschafter für Verbindlichkeiten des Unternehmens/Vermögens nach außen. Freilich kann eine Haftung im Innenverhältnis gesellschaftsvertraglich vereinbart sein. Da bei Übertragung der stillen Beteiligung der Neugesellschafter in die Rechtsstellung des Altgesellschafters mit allen gesellschaftsbezogenen Rechten und Pflichten tritt,²⁶⁵ geht eine derartige interne Haftung auf den Neugesellschafter über. Das Gleiche gilt auch für die nicht (vollständig) erfüllte Einlagenverpflichtung. **20/75**

Würde das Unternehmen/Vermögen des Inhabers übertragen, so haftet der Erwerber – bei Vorliegen der Voraussetzungen – nach § 1409 ABGB für Verbindlichkeiten des veräußernden Unternehmensinhabers gegenüber dem stillen Gesellschafter.²⁶⁶ **20/76**

Ein Abfindungsanspruch des Ausscheidenden besteht nicht, zumal die Mitgliedschaft nicht „abgewickelt“ werden muss. Vielmehr hat dieser in aller Regel vereinbarungsgemäß einen Anspruch auf den Veräußerungserlös gegenüber dem Eintretenden.²⁶⁷ **20/77**

III. Kapitalgesellschaften

A. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

1. Gesetzliches Leitbild

Gem § 76 Abs 1 GmbHG sind Geschäftsanteile²⁶⁸ an einer (auch gründungsprivilegierten)²⁶⁹ GmbH zwingend (zur ausnahmsweisen Ausschlussmöglichkeit s gleich) übertragbar.²⁷⁰ Im Vergleich zum Personengesellschaftsrecht ver- **20/78**

²⁶³ § 179 Abs 2 UGB.

²⁶⁴ *Konwitschka* in Zib/Dellinger, UGB § 179 Rz 41.

²⁶⁵ *Gehrlein* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch³ § 230 Rz 71; *Blaurock* in Blaurock, Hb StGes⁸ Rz 10.36 mwN.

²⁶⁶ *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 508; aA *Dreher* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 6/67b.

²⁶⁷ *Hochedlinger/H. Fuchs*, Stille Gesellschaft Rz 1/144.

²⁶⁸ Bei der GmbH wird der Gesellschaftsanteil üblicherweise als Geschäftsanteil bezeichnet.

²⁶⁹ Dazu *Schopper/Walch*, Offene Fragen zur gründungsprivilegierten GmbH im System der Kapitalaufbringung, NZ 2014, 186 (194).

²⁷⁰ *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 3; *ders* in FS Reich-Rohrwig 207 (213).

langt das GmbHG hierfür nicht die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter. Nach dem gesetzlichen Leitbild liegt es im freien Ermessen jedes einzelnen Gesellschafters, über seine Mitgliedschaft zu disponieren und dadurch einen Gesellschafterwechsel herbeizuführen.²⁷¹ Durch den im Gesetz verankerten Grundsatz der freien Übertragbarkeit wird der kapitalistische Charakter der GmbH zum Ausdruck gebracht.²⁷²

2. Privatautonome Gestaltungsmöglichkeit

20/79 Die Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen kann gem § 76 Abs 2 S 3 GmbHG durch Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag beschränkt werden.²⁷³ Das in dieser Bestimmung angeführte Zustimmungserfordernis seitens der Gesellschaft ist nur ein demonstratives Beispiel.²⁷⁴ Daraus lässt sich keine Einschränkung für abweichende vertragliche Gestaltungen ableiten. Im Gesellschaftsvertrag können Kriterien festgelegt werden, die ein potentieller Erwerber erfüllen muss (zB Verwandtschaft, Qualifikation, Branchenzugehörigkeit oder Alter).²⁷⁵ Die Übertragung kann an die Zustimmung bestimmter Geschäftsorgane wie Geschäftsführer, Aufsichtsrat oder etwa einen Beirat gebunden werden,²⁷⁶ nach umstrittener Ansicht aber nicht an die Zustimmung von Dritten (zB vom Kreditinstitut).²⁷⁷ Die Kombination des Zustimmungserfordernisses

271 Anderes gilt etwa iZm der Teilung des Geschäftsanteils (§ 79 GmbHG), die hier nicht näher interessiert, vgl Fn 1.

272 *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen 1; *Rauter* in WK GmbHG § 76 Rz 22; *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 3.

273 *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 3.

274 Vgl etwa *Kralik*, Bemerkungen zum Veräußerungsverbot und zur Verpfändung nach § 76 GmbHG, in FS Kastner (1972) 215 (215, 219); *Reich-Rohrwig*, Übertragung vinkulierter Anteile, *ecolex* 1994, 757; *Zebetner/Zebetner*, Schutz vor unliebsamen Mitgesellschaftern: Vinkulierung von Geschäftsanteilen, GBU 2004/12/13, 48.

275 *Zollner* in U. Torggler (Hrsg), GmbHG (2014) § 76 Rz 9; zur Benachteiligung von Frauen vgl *Kalss/Dauner-Lieb*, Töchter unerwünscht? Weder die einzelne Gesellschaft noch die Wirtschaft können sich das leisten, GesRZ 2016, 249 (257); jüngst auch OGH 24.1.2019, 6 Ob 55/18h zu einer diskriminierenden Geschlechterklausel in einem Gesellschaftsvertrag einer KG.

276 *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 619; *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen 58, 83 f; *Gellis/Feil*, GmbH-Gesetz Kommentar⁷ (2009) § 76 Rz 5.3.

277 Gegen die Zulässigkeit der Vinkulierung zugunsten Dritter *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 25; *ders* in FS Reich-Rohrwig 207 (214); *Keller*, Zur Beschränkung der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, *ecolex* 2012, 789 (790); *Huf* in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer (Hrsg), GmbHG (2017) § 76 Rz 18; *Löbke* in Ulmer/Habersack/Löbke (Hrsg), GmbHG Großkommentar I² (2013) § 15 Rz 252; *Seibt* in Scholz, GmbHG I¹² (2018) § 15 Rz 122; vorsichtig *Bayer* in Lutter/Hommelhoff (Hrsg), GmbH-Gesetz¹⁹ (2016) § 15 Rz 81; aA *N. Arnold*, Allgemeines, Gründung und Gesellschaftsvertrag, in GedS W-D Arnold (2016) 1 (10); und die hL

mit bestimmten Kriterien ist zulässig. In solchen Fällen muss dann die Zustimmung grundsätzlich erteilt werden, wenn der potentielle Erwerber die Kriterien erfüllt. Der übertragungswillige Gesellschafter muss auf Zustimmung klagen, wenn die Erfüllung der Kriterien strittig ist und die Gesellschaft deshalb die Zustimmung verweigert.²⁷⁸ Vinkulierungen können sämtliche oder nur einzelne Geschäftsanteile betreffen und zeitlich unbefristet (Regelfall) oder befristet sein.²⁷⁹ Beschränkungen der Anteilsübertragung können auch in Syndikatsverträgen (schuldrechtlichen Nebenvereinbarungen) enthalten sein, deren Ausgestaltungsmöglichkeit dann – aufgrund ihrer eingeschränkten (relativen) Wirkung (dazu sogleich) – breiter gefächert ist als es die hA bei den gesellschaftsvertraglichen Vinkulierungen zulässt. Bspw könnte schuldrechtlich vereinbart werden, dass die Übertragung des Geschäftsanteils nur mit Zustimmung eines gesellschaftsfremden Dritten zulässig sein soll.²⁸⁰ In der Praxis finden sich Vinkulierungsklauseln aber häufiger in den Gesellschaftsverträgen.²⁸¹

Die Einführung einer gesellschaftsvertraglich verankerten Vinkulierungsklausel kann auch im Nachhinein mit Zustimmung sämtlicher betroffener Gesellschafter erfolgen.²⁸² Nach hA kann eine derartige Gesellschaftsvertragsänderung nicht per Mehrheitsbeschluss mit Wirkung auch gegenüber dissentierenden Gesellschaftern herbeigeführt werden. Vielmehr erfordert diese – wegen des Eingriffs in die mitgliedschaftliche Stellung – die Zustimmung jedes betroffenen Gesellschafters (arg: § 50 Abs 4 sowie § 99 Abs 4 GmbHG und § 10 Abs 3 SpaltG).²⁸³ In formeller Hinsicht ist für die Änderung

20/80

in D, bspw *Fastrich* in Baumbach/Hueck (Hrsg), GmbH-Gesetz²¹ (2017) § 15 Rz 38; *Brandes* in Bork/Schäfer (Hrsg), GmbHG³ (2015) § 15 Rz 12; *Verse* in Henssler/Strohn, GesR³ § 15 GmbHG Rz 93.

278 *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 18.

279 *Fantur/Zebetner*, Vinkulierte Geschäftsanteile (Teil I), *ecolex* 2000, 428 (432); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 617.

280 Vgl *Edelmann* in Bergmann/Ratka, Hb Personengesellschaften² Rz 5/144.

281 Vgl etwa *Reich-Rohrwig*, Verbreitung und Gesellschafterstruktur der GmbH, in FS Kastner (1992) 371 (376); *ders*, *ecolex* 1994, 757 (757), wonach bei GmbHs in 83% Vinkulierungsklauseln in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden; *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, in Kodek/Konecny (Hrsg), Insolvenzforum 2007 (2008) 65 (91 Fn 108).

282 OGH 27.4.2015, 6 Ob 4/15d, GesRZ 2015, 259 (zust *Walch*) = EvBl 2016/1 (zust *Endl*); OGH 21.12.2017, 6 Ob 104/17p, NZ 2018, 110; *Rauter* in WK GmbHG § 76 Rz 62; *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen 51; *Keller*, *ecolex* 2012, 789 (790); vgl dazu auch § 10 Abs 3 SpaltG und § 99 Abs 4 GmbHG. Dazu und zum Folgenden *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 20 f.

283 Wie hier OGH 17.5.1967, 1 Ob 38/67, JBl 1968, 318 (zur AG); *G. Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 519; *Tichy*, Einführung und Aufhebung von Vinkulierungsklauseln und statutarischen Aufgriffsrechten mittels Mehrheitsbeschlusses? RdW 1998, 55; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 618; *Schmidsberger*, Beschränkungen der Übertragung von Geschäftsanteilen, in Kalss/Rüffler (Hrsg), Satzungsgestaltung in der GmbH

des Gesellschaftsvertrages ein notariell beurkundeter Beschluss erforderlich.²⁸⁴ Die Zustimmung sämtlicher betroffener Gesellschafter ist auch bei nachträglicher Verschärfung einer bereits vereinbarten Vinkulierungsklausel und rückwirkender Abänderung einer die Übertragbarkeit der Geschäftsanteile betreffenden Bestimmung des Gesellschaftsvertrages notwendig.²⁸⁵ Ein gänzlicher Ausschluss der Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen ist nach hM nicht möglich.²⁸⁶ Eine Ausnahme wird allerdings für zulässig erachtet, wenn das im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Übertragungsverbot mit einer Austritts- oder Kündigungsmöglichkeit kombiniert ist.²⁸⁷

20/81 Die Zustimmung zur Abtretung eines vinkulierten Geschäftsanteils stellt eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar, die bedingt oder befristet²⁸⁸ erfolgen kann. Sie entfaltet nach hM Wirksamkeit mit Zugang beim Veräußerer, Erwerber oder anderen an der Übertragung Beteiligten.²⁸⁹ Darüber hinaus wird der Zugang dadurch bewirkt, dass der Veräußerer in der betreffenden Ver-

(2005) 93 (102 f); *Löbbe* in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG I² § 15 Rz 228; offenlassend OGH 1.8.2003, 1 Ob 165/03a, *ecolex* 2004, 36; für Zulässigkeit eines bloßen Mehrheitsbeschlusses OGH 20.5.1965, 5 Ob 103/65, SZ 38/87.

284 OGH 20.5.1999, 6 Ob 23/99x, SZ 72/88; *Rauter* in WK GmbHG § 76 Rz 66; *Umfahrer*, GmbHG⁶ (2008) Rz 736.

285 OGH 27.4.2015, 6 Ob 4/15d, GesRZ 2015, 259 (zust *Walch*) = EvBl 2016/1 (zust *Endl*); OGH 21.12.2017, 6 Ob 104/17p, NZ 2018, 110; zur Verschärfung: *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz Kommentar³ (2007) § 76 Rz 4; zur rückwirkenden Abänderung s OGH 10.11.1994, 6 Ob 31/94, SZ 67/199.

286 *Kralik* in FS Kastner (1972) 215 (216); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 619; *ders*, Anpassung der Gesellschaftsverträge an die GmbHGNov 1980, ÖJZ 1981, 281; *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen 40 ff; anders die – auf das Kündigungs- und ein Austrittsrecht aus wichtigem Grund gem § 34 d GmbHG gestützte – d hL, *Reichert/Weller* in MüKo GmbHG³ (2018) § 15 Rz 393; *Ebbing* in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt (Hrsg), GmbH-Gesetz³ (2017) § 15 Rz 138; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 15 Rz 38; *Löbbe* in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG I² § 15 Rz 4.

287 *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 23; *Kralik* in FS Kastner 215 (216); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 619; *Trenkwalder*, Übertragung von Anteilen an österreichischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung, in Kalss (Hrsg), Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen (2003) 23 (29); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 3. Vgl zum zeitlich beschränkten Übertragungsverbot OGH 14.4.1908, AC 2755 (S 226); 23.5.1911, R VII 96/11, AC 3033 (Veräußerungsverbot an Nichtgesellschafter für fünf Jahre); *Reich-Rohrwig*, ÖJZ 1981, 281; *Grassner*, Immobilisierungsmaßnahmen bei GmbH-Geschäftsanteilen (2010) 15; *Walch*, Anmerkung zu 6 Ob 4/15d, GesRZ 2015, 261 (262); referierend *Rauter* in WK GmbHG § 76 Rz 25; *Zollner* in U. Torggler, GmbHG § 75 Rz 8; krit *Gellis*, Die Vererblichkeit des Geschäftsanteils an der Gesellschaft m.b.H., NZ 1933, 173 (176): „nicht unbedenklich“.

288 Vgl zur Bedingtheit und Befristung der Zustimmungserklärung iZm der AG *Haberer/Zehetner* in Artmann/Karollus (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz I⁶ (2018) § 62 Rz 42.

289 *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 24; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 76 Rz 5.3; *Trenkwalder* in Kalss, Übertragung 23 (34); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76

sammlung anwesend ist.²⁹⁰ Zuständig zur Abgabe der Zustimmungserklärung ist nach üA im Zweifel die Geschäftsführung.²⁹¹ Davon zu unterscheiden ist die Kompetenz zur Entscheidung über die Zustimmung, die idR den Gesellschaftern zukommt.²⁹² Zumeist erfolgt die Entscheidung über die Zustimmung mittels Gesellschafterbeschlusses mit einfacher Mehrheit,²⁹³ doch kann im Gesellschaftsvertrag anderes vorgesehen werden, etwa die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter oder einer bestimmten Mehrheit.²⁹⁴ Eine Beschlussfassung²⁹⁵ im Umlaufverfahren ist nach Maßgabe des § 34 Abs 1 GmbHG möglich.²⁹⁶ Ist im Gesellschaftsvertrag die „Zustimmung durch die (übrigen) Gesellschafter“ gefordert, bringt dies grundsätzlich ein individuelles Zustimmungsrecht der einzelnen Gesellschafter zum Ausdruck.²⁹⁷ Liegt die Zuständigkeit bei der Generalversammlung, ist der Veräußerer bei der Abstimmung stimmberechtigt (kein Stimmverbot).²⁹⁸ Wird eine Entscheidung (über die Zu-

Rz 6; aA etwa *Fantur/Zebetner*, *ecolex* 2000, 428 (430): nur Veräußerer; *Rauter* in WK GmbHG § 76 Rz 115.

290 *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen 86; vgl *Rauter* in WK GmbHG § 76 Rz 116.

291 *G. Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 520; *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 24; *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen 88 ff; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 76 Rz 5.3; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 6; *Rieder/Huemer*, GesR⁴ 305; aA *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 624 f; *Rauter* in WK GmbHG § 76 Rz 117; *Fantur/Zebetner*, *ecolex* 2000, 428 (432); *Seibt* in Scholz, GmbHG I¹² § 15 Rz 130, wonach das zustimmungsberechtigte Organ zuständig sei; für die Zuständigkeit der Generalversammlung *Nowotny* in Kals/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 4/310; *Schmidberger* in Kals/Rüffler, Satzungsgestaltung 93 (96 f); *N. Arnold* in GedS W-D Arnold (2016) 1 (10).

292 *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 24; *Fantur/Zebetner*, *ecolex* 2000, 428 (428 f).

293 OGH 21.2.2008, 6 Ob 7/08k, GesRZ 2008, 155; *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1994, 757 (760).

294 OGH 21.2.2008, 6 Ob 7/08k, GesRZ 2008, 155; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 619; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 76 Rz 5.3; *Nowotny* in Kals/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 4/310; zum erhöhten Mehrheitserfordernis vgl OGH 28.4.1987, 5 Ob 553/87, RdW 1987, 370.

295 Vgl zur Möglichkeit, einen Zustimmungsbeschluss aufgrund einer Verletzung der Treuepflicht anzufechten, *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1994, 757 (760 f); *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen 99.

296 *Huf* in FAH, GmbHG § 76 Rz 17.

297 OLG Wien 28.2.1997, 28 R 158/96b, NZ 1998, 150; OLG Wien 12.10.2009, 28 R 189/09h, GES 2011, 112; *Fantur/Zebetner*, *ecolex* 2000, 428 (429); *Karollus/Artmann*, Zur Auslegung einer Vinkulierungsklausel – individuelles Zustimmungsrecht, Ersetzung der Zustimmung durch das Gericht und mittelbare Anteilsverschiebung, GesRZ 2001, 64 (64 f); *Schmidberger* in Kals/Rüffler, Satzungsgestaltung 93 (97); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 624; *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 24; *Rauter* in WK GmbHG § 76 Rz 104.

298 *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1994, 757 (760); *Fantur/Zebetner*, *ecolex* 2000, 428 (429); *Nowotny* in Kals/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 4/310 mwN; *Haberer*, Zwingendes

stimmung) verweigert, gilt dies nach Ablauf einer angemessenen Frist als Versagen der Zustimmung,²⁹⁹ was zur Anwendbarkeit des § 77 GmbHG führen kann (dazu sogleich).

- 20/82** Eine im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Vinkulierung wirkt absolut, dh bis zur erfolgten Zustimmung ist die Übertragung auch mit Wirkung gegenüber dem Dritterwerber schwebend unwirksam.³⁰⁰ Steht die Verweigerung der Zustimmung fest, ist die Anteilsübertragung endgültig unwirksam.³⁰¹ Ohne die erforderliche Zustimmung wird der Erwerber nicht Gesellschafter, selbst wenn eine Firmenbucheintragung erfolgt, weil § 78 Abs 1 GmbHG (dazu gleich) die Gesellschafterstellung nicht verschafft.³⁰² Die aus der nicht vorhandenen Zustimmung resultierende Unwirksamkeit der Anteilsübertragung kann von den Gesellschaftern mittels Klage nach § 228 ZPO festgestellt werden.³⁰³ Während die Lit zum Personengesellschaftsrecht die Unwirksamkeit nur auf das Verfügungsgeschäft bezieht,³⁰⁴ soll sie nach uA in Ö iZm vinkulierten Aktien auch das Verpflichtungsgeschäft betreffen.³⁰⁵ Das Schrifttum zum GmbH-Recht äußert sich nicht konkret zu dieser Unterscheidung, wengleich divergierende Ausführungen getroffen werden.³⁰⁶ Nicht im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Vinkulierungen wirken nur schuldrechtlich (relativ; zwischen den Syndikatsparteien).³⁰⁷ Eine derartigen Vereinbarungen ent-

Kapitalgesellschaftsrecht (2009) 533 f; s auch zur AG und Kompetenz der HV *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 3/122; *Haberer/Zebetner* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 62 Rz 46; *Wenger* in *Haberer/Krejci* (Hrsg), Konzernrecht (2016) Rz 10.30; *Lutter/Drygala* in *KölnKomm AktG*³ (2012) § 68 Rz 75; *Bayer* in *MüKo AktG*⁴ (2016) § 68 Rz 68.

299 *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 77 Rz 3; *Reich-Robrwig*, *ecolex* 1994, 757 (758 f); *Fantur/Zebetner*, *ecolex* 2000, 428 (430); *Rauter* in *WK GmbHG* § 77 Rz 12; vgl für die AG *Haberer/Zebetner* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 62 Rz 54.

300 RIS-Justiz RS0039034, zB OGH 21.2.2008, 6 Ob 7/08k, GesRZ 2008, 155; *Reich-Robrwig*, GmbH-Recht 617; *Fantur/Zebetner*, *ecolex* 2000, 428 (430); *Krejci*, Vinkulierte Namensaktien, *ecolex* 1992, 560 (560 f); *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen 47, 101; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 5/37; *Huf* in *FAH*, GmbHG § 76 Rz 16.

301 OGH 16.12.1993, 8 Ob 547/92 (8 Ob 548/92), SZ 66/175.

302 *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 1078.

303 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 7; nicht geklärt ist, wer passiv klagslegitimiert ist, vgl dazu *Rauter* in *WK GmbHG* § 76 Rz 79.

304 Siehe dazu die Nachweise in Fn 118.

305 Siehe dazu die Nachweise in Fn 414.

306 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 7, wonach bei Fehlen der Zustimmung der Übertragungsvertrag schwebend unwirksam ist; demgegenüber *Rauter* in *WK GmbHG* § 76 Rz 75, demzufolge die Vinkulierung hinsichtlich der Abtretung (dh des Verfügungsgeschäfts) absolut wirkt.

307 OGH 21.5.1997, 7 Ob 2350/96f, *ecolex* 1997, 940; *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 76 Rz 18 Fn 80 und Rz 26; *Schauer*, Landesbericht Österreich, in *Laimer/*

gegenstehende Anteilsübertragung ist grundsätzlich wirksam, es können allerdings die Regelungen über den Missbrauch der Vertretungsmacht bzw die Kollusion zur Anwendung kommen.³⁰⁸ Eine „quasi-dingliche Wirkung“ kann der syndikatsvertraglichen Vinkulierung daher dann zukommen, wenn der erwerbwillige Dritte davon informiert wird.³⁰⁹ Ein Anteilswerb in Kenntnis der syndikatsvertraglichen Vinkulierung kann aufgrund der Verletzung eines fremden Forderungsrechts darüber hinaus zu einem Schadenersatzanspruch führen, der primär auf Naturalrestitution gerichtet ist.³¹⁰ Hier bietet sich in der Praxis die Vereinbarung von Konventionalstrafen an.³¹¹ Wird eine Zustimmungserklärung von der Geschäftsführung ohne den sie legitimierenden gesellschaftsinternen Akt des zur Entscheidung kompetenten Organs (etwa Generalversammlung) gegenüber dem veräußerungswilligen Gesellschafter ausgesprochen, ist sie wirkungslos.³¹² Aufgrund der unbeschränkten Vertretungsmacht der Geschäftsführer gem § 20 Abs 2 GmbHG sind hingegen nicht durch eine Zustimmung des zuständigen Organs gedeckte Erklärungen gegenüber Dritten wirksam, außer es liegen die Voraussetzungen eines Missbrauchs der Vertretungsmacht bzw einer Kollusion vor.³¹³

Mit gesellschafts- oder syndikatsvertraglich vereinbarten Vinkulierungen können Gesellschafter den Eintritt unerwünschter, gesellschaftsfremder Personen in die Gesellschaft verhindern.³¹⁴ Trotz der Vinkulierung gewährt § 77

20/83

Perathoner (Hrsg), Gesellschaftsrechtliche Nebenvereinbarungen in Europa (2013) 271 (299).

308 Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 26; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 7; Trenkwalder in Kalss, Übertragung 23 (35).

309 OGH 21.5.1997, 7 Ob 2350/96f, ecolex 1997, 940; Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 26; Weismann, Übertragungsbeschränkungen 167 f.

310 Ausführlich Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 26; Grassner, Immobilisierungsmaßnahmen 75; Frenzel/Gero, Die Absicherung syndikatsvertraglicher Überbindungspflichten durch Satzungsgestaltung bei der GmbH, GesRZ 2016, 260 (263); Rauter in WK GmbHG § 76 Rz 78; Artmann/Rüffler, GesR Rz 1078.

311 Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 26; Schmidberger in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung 93 (102).

312 Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 26; Fantur/Zebetner, ecolex 2000, 428 (430); Weismann, Übertragungsbeschränkungen 91; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 7; aA Gellis/Feil, GmbHG⁷ § 76 Rz 5.3.

313 Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 26; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 76 Rz 7; Weismann, Übertragungsbeschränkungen 90 ff; anders Fantur/Zebetner, ecolex 2000, 428 (430); vgl idZ OGH 21.5.1997, 7 Ob 2350/96f, ecolex 1997, 940; aA Umfabrer, GmbHG⁶ Rz 733; Gellis/Feil, GmbHG⁷ § 76 Rz 5.3; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 624 f.

314 OGH 20.5.1965, 5 Ob 103/65, SZ 38/87; Reich-Rohrwig, ecolex 1994, 757 (761); Thöni, Vertrags- und Gesetzesumgehung durch Treuhand an Gesellschaftsanteilen, ecolex 1992, 236 (238); Weismann, Übertragungsbeschränkungen 200; Keller, ecolex 2012, 789 (789).

GmbHG den veräußerungswilligen Gesellschaftern (nicht den potentiellen Erwerbenden)³¹⁵ die Möglichkeit, gegen den Willen der Mitgesellschafter eine Anteilsübertragung durch Erhalt einer gerichtlichen Zustimmung zu erzwingen.³¹⁶ Voraussetzung ist, dass eine Anteilsübertragung aufgrund des Gesellschaftsvertrages oder einer syndikatsvertraglichen Regelung³¹⁷ der Zustimmung der Gesellschaft oder von einem (oder mehreren) anderen Gesellschafter(n)³¹⁸ bedarf und diese versagt wird. Für die Verweigerung der Zustimmung dürfen keine ausreichenden Gründe³¹⁹ vorliegen und die Übertragung muss ohne Schädigung der Gesellschaft, übrigen Gesellschafter und Gläubiger erfolgen können. Darüber hinaus muss der veräußerungswillige Gesellschafter seine Stammeinlage vollständig eingezahlt haben.³²⁰ Da die Regelung – zumindest wenn der Gesellschaftsvertrag keine Auflösungsklage vorsieht –³²¹ relativ zwingend ist,³²² darf von ihr im Gesellschaftsvertrag nur zugunsten veräußerungswilliger Gesellschafter abgewichen werden.³²³ Ein Ausschluss der gerichtlichen Zustimmung ist daher nicht möglich. Hat das gem § 102 GmbHG zuständige Gericht nach seinem einzelfallbezogenen Ermessen³²⁴ die Zustim-

315 Ganz hM; zB OLG Wien 8.10.1996, 28 R 47/96d, NZ 1997, 252; zum AktG OLG Wien 12.12.2001, 28 R 122/01v, NZ 2002, 372.

316 Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 77 Rz 1.

317 Obwohl diese nicht vom Gesetzeswortlaut erfasst ist, ist eine analoge Anwendung in Betracht zu ziehen, vgl Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 77 Rz 3; ausführlich Fantur/Zebetner, Vinkulierte Geschäftsanteile (Teil II), ecolex 2000, 506; aA Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 77 Rz 4; Zollner in U. Torggler, GmbHG § 77 Rz 10.

318 Auch die Zustimmung von Gesellschaftern ist vom Wortlaut des § 77 GmbHG nicht erfasst, eine Analogie ist aber anerkannt, vgl Kralik in FS Kastner 215 (222); Fantur/Zebetner, ecolex 2000, 428 (431); vgl OLG Wien 28.2.1997, 28 R 158/96b, NZ 1998, 150; Karollus/Artmann, GesRZ 2001, 64 (64 f).

319 Diese Tatbestandsvoraussetzung ist nicht überflüssig, vgl Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 77 Rz 4; aA Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 77 Rz 4; zust Trenkwalder in Kalss, Übertragung 23 (34).

320 Dadurch wird der Erhalt des Haftungsfonds sowie der Schutz vor einer Ausfallhaftung nach § 70 GmbHG gewährleistet, vgl Weismann, Übertragungsbeschränkungen 110 f; Hoffenscher-Summer in FAH, GmbHG § 77 Rz 13. Zur gründungsprivilegierten GmbH s Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 77 Rz 3a.

321 Siehe dazu Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 77 Rz 1; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 77 Rz 1; Walch, GesRZ 2015, 261 (262).

322 Fantur/Zebetner, ecolex 2000, 506 (507); M. Auer, Doppelvinkulierung bei GmbH & Co KG, wbl 2002, 253 (253 f).

323 Walch, GesRZ 2015, 261 (262); zust Hoffenscher-Summer in FAH, GmbHG § 77 Rz 2; zu Ausnahmen s Schmidberger in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung 93 (98); Walch, aaO; aA Gellis, GmbHG² (1982) § 77 Anm 2 („keine erschwerenden Bedingungen“).

324 Weismann, Übertragungsbeschränkungen 113 mwN; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 625 (FN 45); Fantur/Zebetner, ecolex 2000, 428 (430); s dazu und zum gerichtlichen Verfahren Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 77 Rz 5 ff.

mung zur Veräußerung erteilt, ist es der Gesellschaft innerhalb eines Monats nach rechtskräftiger Entscheidung gestattet, die Übertragung des betreffenden Geschäftsanteils zu gleichen Bedingungen an einen anderen von der GmbH zu bezeichnenden Dritten zu erwirken.³²⁵

Von einer vereinbarten Vinkulierung sind Anteilsübertragungen in einer an der GmbH beteiligten Gesellschaft (zB Mutter-GmbH) grundsätzlich nicht betroffen (Vinkulierungsvereinbarungen bei der Tochter schlagen nicht auf Übertragungen bei der Mutter durch). In diesem Fall wissen die Mitgesellschafter (bzw müssen es wissen), dass die Geschäftsanteile an der Mutter-GmbH übertragbar sind. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Gesellschafter der Tochter das Risiko einer Anteilsveräußerung in der Muttergesellschaft hinnehmen, wenn dieses Risiko nicht vertraglich geregelt wird.³²⁶ **20/84**

Neben der Vinkulierung ist die Vereinbarung von Aufgriffs- oder Vorkaufsrechten besonders häufig.³²⁷ Aufgriffsrechte sind unterschiedliche „Erwerbsvorrechte“, bei denen unter gewissen vertraglich vereinbarten Voraussetzungen (Aufgriffsfälle) den Gesellschafter (Aufgriffsunterworfenen) eine Verpflichtung zum Abschluss eines Übertragungsvertrages mit dem Aufgriffsberechtigten trifft.³²⁸ Das Vorkaufsrecht begründet das Recht des Vorkaufsberechtigten zum bevorzugten Erwerb des Geschäftsanteils für den Fall, dass der verpflichtete Gesellschafter (Vorkaufsverpflichteter) seinen Anteil verkaufen möchte.³²⁹ Zwar können auch gesellschaftsfremde Dritte zum Aufgriff bzw Vorkauf berechtigt werden, doch sind Aufgriffs- und Vorkaufsrechte in der Praxis häufig zugunsten der Mitgesellschafter ausgestaltet.³³⁰ Sie führen daher regelmäßig **20/85**

325 Ausführlich dazu *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 77 Rz 8 ff; *Rauter* in WK GmbHG § 77 Rz 31 ff.

326 Vgl dazu bereits Kapitel A2.4.1; s *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 29 mit Hinweis auf unzulässige Umgehungen bei gesetzlichen Vinkulierungsbestimmungen (bspw § 10a Abs 1 Z 1 WGG); *ders* in FS Reich-Rohrwig 207 (216 f); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 4; *Rauter* in WK GmbHG § 76 Rz 96; *Gurmann/Sakowitsch*, Vinkulierung von Geschäftsanteilen und Rechtsfolgen der Umgehung, GeS 2008, 136 (141); *Wenger* in Haberer/Krejci, Konzernrecht Rz 10.32; aA *Karollus/Artmann*, GesRZ 2001, 64 (66 ff); *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen 260 ff; *Kurat*, Konzernwirkung von Vinkulierungsklauseln, GesRZ 2009, 92 (95).

327 *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 19.

328 OGH 17.12.2010, 6 Ob 63/10y, ecolex 2011, 335; *Frizberg/Frizberg*, Die Formpflicht für die Regelung von Aufgriffsrechten für GmbH-Anteile durch satzungändernden Gesellschaftsbeschluss, ecolex 1996, 753 (753); *Tichy*, RdW 1998, 55 (56); mwN *Rauter* in WK GmbHG § 76 Rz 129.

329 Vgl § 1072 ABGB, dazu *Aicher* in Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB⁴ (2017) § 1072 ABGB Rz 1; *Verschraegen* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1072 Rz 1.

330 OGH 14.9.2011, 6 Ob 81/11x, GesRZ 2012, 180; *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen 135; *Rauter* in WK GmbHG § 76 Rz 132.

nicht zu einem Gesellschafterwechsel, sondern nur zur Übertragung des Geschäftsanteils von einem Gesellschafter auf einen anderen.³³¹

3. Form

20/86 Auch die Geschäftsanteile einer GmbH werden mit Abschluss eines Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäftes übertragen. Anders als im Recht der Personengesellschaften bedarf die Übertragung von Geschäftsanteilen nach § 76 Abs 2 S 1 GmbHG allerdings zwingend³³² der Notariatsaktsform.³³³ Dies gilt einerseits nach zutreffender überwiegender Rsp³³⁴ und hL³³⁵ nicht nur für das Verfügungs-, sondern auch für das Verpflichtungsgeschäft. Andererseits ist von dieser Formpflicht sowohl die Angebots- als auch die Annahmeerklärung betroffen.³³⁶ Die Notariatsaktspflicht bezweckt eine beinahe Immobilisierung der Geschäftsanteile,³³⁷ wodurch ein im Vergleich zur AG personalistischer

331 Näher dazu *Rauter* in WK GmbHG § 76 Rz 128 ff; *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 32 f.

332 Zu Ausnahmen von der Formpflicht s *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 44 ff.

333 OGH 17.10.1995, 1 Ob 510/95, ecolex 1996, 172; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 626; *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 34.

334 OGH 25.10.2017, 6 Ob 180/17i, NZ 2018, 16; 6.3.2014, 1 Ob 14/14m, NZ 2014, 244; 17.12.2010, 6 Ob 63/10y, ecolex 2011, 335; 15.5.2001, 5 Ob 41/01t, ecolex 2002, 592 („Nach nunmehr ständiger Rechtsprechung“); nur für das Verfügungsgeschäft: OGH 11.9.1985, 3 Ob 544/85, JBl 1987, 580; 28.6.2000, 6 Ob 18/00s, RdW 2000, 608.

335 *G. Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 519; *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 35; *P. Bydlinski*, Veräußerung 39 ff; *Schauer*, Worauf bezieht sich das Formgebot bei der Abtretung von GmbH-Anteilen? RdW 1986, 358; *Lessiak*, Formgebundenheit der Übertragung von GmbH-Anteilen im Treuhandverhältnis? GesRZ 1988, 217 (217 f); *Umfahrer*, GmbHG⁶ Rz 716; *Brugger*, Zur Reduktion der Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG – eine Übersicht, NZ 2012, 257 (258); *Walch*, Zur Notariatsaktspflicht der Geschäftsanteilsübertragung bei zeitlichem Auseinanderfallen von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, NZ 2015, 126; *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 1067; krit *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 4/307; aA *Schummer*, Zum Formgebot bei Übertragung eines GmbH-Anteils, ecolex 1991, 319; *Wilhelm*, Zur Formalität verdeckter Schenkungen von GmbH-Anteilen, NZ 1994, 250; *Dehn*, Formnichtige Rechtsgeschäfte und ihre Erfüllung (1998) 119 f; *Rauter* in WK GmbHG § 76 Rz 188; *Warto*, ÖJZ 2012, 437 (441 ff).

336 OGH 15.4.1980, 4 Ob 517/80, GesRZ 1980, 147; 2.2.1994, 6 Ob 502/94, ecolex 1994, 473; *Brugger*, Zur Formpflicht bei der Fristverlängerung für ein Angebot auf GmbH-Anteilsabtretung, NZ 1993, 1; *ders*, NZ 2012, 257 (259); aA *P. Bydlinski*, Veräußerung 41; näher dazu *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 36.

337 OGH 20.10.2004, 7 Ob 110/04h, RdW 2005, 357; 20.12.2006, 7 Ob 203/06p, GesRZ 2007, 131; *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 1 und 34; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 626; *Brugger*, NZ 1993, 1 (2); *Frizberg/Frizberg*, ecolex 1996, 753 (755).

Charakter der GmbH zum Ausdruck kommt. Zudem soll der Geschäftspartner vor Übereilung geschützt werden.³³⁸ Als dritter Formzweck ist die Beweisfunktion zu nennen. Dem Formgebot unterliegen auch Rechtsgeschäfte, die auf die künftige Übertragung von Geschäftsanteilen gerichtet sind (bspw Vorvertrag, Option oder Aufgriffsrecht; vgl § 76 Abs 2 S 2 GmbHG).³³⁹

Wird die Formpflicht nicht eingehalten (oder ist die Notariatsaktsform fehlerhaft), hat dies die Unwirksamkeit der Anteilsübertragung zur Folge.³⁴⁰ Ein bereits gezahlter Kaufpreis kann kondiziert werden.³⁴¹ Eine Heilung des Formmangels (fehlerhafter bzw nicht vorhandener Notariatsakt) ist nur im Hinblick auf das Verpflichtungs-,³⁴² nicht aber beim Verfügungsgeschäft denkbar.³⁴³ Ist das Verpflichtungsgeschäft jedoch formgültig, kann der Veräußerer

20/87

338 Dies ist jedoch umstritten, dafür: OGH 29.11.2007, 2 Ob 134/07f, RdW 2008, 335; 15.5.2001, 5 Ob 41/01t, ecolex 2002, 592; 29.11.2016, 6 Ob 214/16p, ecolex 2017, 230; zurückhaltend 7.8.2008, 6 Ob 150/08i, NZ 2009, 90: „*allenfalls auch im Schutz vor Übereilung*“; ausführlich *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 34; *Umfahrer*, GmbHG⁶ Rz 717; *M. Auer*, Zum Formgebot bei (treuhändiger) Übertragung eines GmbH-Anteils, JBl 2002, 441 (442 ff); *ders*, Zur Formpflicht gem § 76 Abs 2 GmbHG, JBl 2011, 361 (365); *Zib*, Auslandsbeurkundung bei Übertragung von Geschäftsanteilen österreichischer und deutscher GmbH, JBl 2013, 344 (346 ff); *Walch*, NZ 2015, 126 (130 f). Dagegen: *P. Bydlinski*, Veräußerung 36: „*Immobilisierung zwecks Übereilungsschutz*“; *Thiery*, Anmerkung zu 6 Ob 640/91, ecolex 1992, 634; *Brugger*, NZ 2012, 257 (258); *Cetin*, Zur Formpflicht bei der Begründung von Treuhandbeteiligungen, ecolex 2014, 1064 (1064 f); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 16; *Umlauf*, Das Formgebot für die Begründung eines Aufgriffsrechtes nach dem GmbHG, GesRZ 1996, 170 (173); *Gurmann*, Gedanke zur Notariatsaktspflicht bei nachträglichen Änderungen eines Kauf- und Abtretungsvertrages, GES 2009, 288 (288 f); *Artmann/Thiery*, RdW 2016, 3 (7).

339 OGH 25.9.2002, 7 Ob 182/01t, ecolex 2003, 765; 29.11.2007, 2 Ob 134/07f, RdW 2008, 335; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 76 Rz 5; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 19.

340 OGH 29.11.2007, 2 Ob 134/07f, RdW 2008, 335; 28.8.2003, 8 Ob 259/02z, ecolex 2005, 112; 15.12.2005, 6 Ob 121/05w, NZ 2006, 27; 10.10.1995, 4 Ob 52/95, ecolex 1996, 544; 6.3.2014, 1 Ob 14/14m, NZ 2014, 244; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 617; *Zollner* in U. Torggler, GmbHG § 76 Rz 23; ausführlich *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 50 f.

341 OGH 21.2.1990, 1 Ob 519/90, ecolex 1990, 486; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 25.

342 Zu den str Voraussetzungen hierfür s *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 53.

343 So wohl OGH 13.4.1999, 4 Ob 99/99h, NZ 2001, 201; *P. Bydlinski*, Veräußerung 62 f, 65; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 27; vgl *D. Bydlinski*, Anteilsübertragung und Notariatsaktspflicht, ecolex 2010, 1069 (1072). Daraus folgt, dass in Konstellationen, wo für beide Geschäfte der Notariatsakt fehlt oder mangelhaft ist, eine Heilung nicht möglich ist, vgl dazu OGH 20.10.2004, 7 Ob 110/04h, RdW 2005, 357; *Huf* in FAH, GmbHG § 76 Rz 65; *Rauter* in WK GmbHG § 76 Rz 284 mN.

zur Mitwirkung am Abschluss eines Notariatsakts für das Verfügungsgeschäft verhalten sein.³⁴⁴

- 20/88** Sobald der Gesellschaft der Gesellschafterwechsel nachgewiesen wird, ist dieser gem § 26 Abs 1 GmbHG von den Geschäftsführern in vertretungsbefugter Zahl unverzüglich entweder persönlich oder durch einen bevollmächtigten Vertreter (dazu Kapitel 3.1.4) zum Firmenbuch anzumelden.³⁴⁵ Der Nachweis ist an keine bestimmten Erfordernisse gebunden.³⁴⁶ Üblicherweise erfolgt er durch Vorlage des Übertragungsvertrages bzw einer Kopie desselben.³⁴⁷ Wenn die Geschäftsführer allerdings die Anteilsübertragung nicht unmittelbar selbst wahrnehmen, ist sie ihnen zumindest glaubhaft zu machen.³⁴⁸ Die Gesellschafter wirken an der Anmeldung nicht mit.³⁴⁹ Die Firmenbucheintragung ist für die Wirksamkeit der Übertragung nicht erforderlich (deklarativer Charakter).³⁵⁰ Nach § 78 Abs 1 GmbHG gilt im Verhältnis zur Gesellschaft jedoch nur derjenige als Gesellschafter, der im Firmenbuch als solcher aufscheint. Vor der Eintragung hat der Neugesellschafter grundsätzlich keine Rechte aus der Gesellschafterstellung (zB Teilnahme- und Stimmrecht).³⁵¹ Solange die Stellung als Gesellschafter im Firmenbuch nicht aufscheint, kann die Gesellschaft dem Erwerber des Geschäftsanteils die Ausübung der Gesellschafterrechte verweigern.³⁵² Die Gesellschaft kann den Erwerber aber bereits vor der Firmenbucheintragung als Gesellschafter anerkennen.³⁵³ Diese Anerkennung

344 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 27.

345 *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG § 26 Rz 3.

346 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 26 Rz 6; *Schummer*, *ecolex* 1991, 319 (320); *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht I² (1997) Rz 2/276; *Temmel* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 26 Rz 6.

347 *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/276; *Trenkwalder* in Kals, Übertragung 23 (32 f).

348 OGH 29.3.2001, 6 Ob 57/01b, RdW 2001, 537; *Umfahrer*, GmbHG⁶ Rz 255; *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG § 26 Rz 8; *Duursma/Duursma-Keplinger/M. Roth*, Hb GesR Rz 2516.

349 *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 1/564.

350 OGH 17.2.2005, 6 Ob 205/04x, *ecolex* 2005, 544; 26.8.1999, 2 Ob 46/97x, SZ 72/127; *Rauter* in WK GmbHG § 76 Rz 31; *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 4; *P. Bydlinski*, ÖJZ 1992, 85; *Bittner*, Die Auslegung des neuen § 78 Abs 1 GmbH-Gesetz – ein Problem, das keines sein sollte, NZ 1991, 100.

351 OGH 28.2.2018, 6 Ob 167/17b, *ecolex* 2018, 733; OLG Wien 11.9.2007, 28 R 135/07i, NZ 2008, 204; *P. Bydlinski*, Veräußerung 87; *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 8.

352 *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 4.

353 StRsp, zB OGH 26.8.1999, 2 Ob 46/97x, SZ 72/127; 17.2.2005, 6 Ob 205/04x, *ecolex* 2005, 544; 18.2.2010, 6 Ob 1/10f, NZ 2010, 239; 28.2.2018, 6 Ob 167/17b, *ecolex* 2018, 733; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 78 Rz 5; aA die d hM zu § 16 d GmbHG idF vor dem MoMiG; *Winter/Löbbe* in Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg), GmbHG Großkommentar I (2005) § 16 Rz 1.

darf dann nicht versagt werden, wenn keine Zweifel am Erwerb des Geschäftsanteils (an der Gesellschaftereigenschaft) bestehen,³⁵⁴ andernfalls handelt es sich um einen Treuepflichtverstoß.³⁵⁵ Liegen keine Zweifel vor, hat der Erwerber gegen die Gesellschaft einen Anspruch auf Eintragung in das Firmenbuch.³⁵⁶

Die Geschäftsführer trifft bei Nachweis des Gesellschafterwechsels eine Anmeldeverpflichtung.³⁵⁷ Verweigern Geschäftsführer die Mitwirkung, ist diese durch Ordnungsstrafen, die gegen die Geschäftsführer zu verhängen sind, erzwingbar (§ 24 FBG).³⁵⁸ Die Gesellschafter können den sich weigernden, aber für die Bewirkung der Anmeldung unentbehrlichen Geschäftsführer auch abberufen oder die Bestellung eines Notgeschäftsführers veranlassen, der die Anmeldung vornimmt.³⁵⁹ Ebenso kann eine Klage auf Mitwirkung an der Anmeldung gegen die Gesellschaft (nicht Geschäftsführer) eingebracht werden.³⁶⁰ Die Vollstreckung des Urteils erfolgt gem § 367 EO, womit die Eintragung unmittelbar aufgrund des Exekutionstitels bewirkt werden kann.³⁶¹ Wird der Erwerber eines Geschäftsanteils aufgrund eines schuldhaften Verhaltens (leichte Fahrlässigkeit genügt) der Geschäftsführer nicht im Firmenbuch eingetragen und entsteht ihm daraus ein Schaden (etwa weil die Gesellschaft von ihrem Anerkennungsrecht keinen Gebrauch macht), hat er Ersatzansprüche gegen die Geschäftsführer, die als Gesamtschuldner haften (§ 26 Abs 2 GmbHG).³⁶²

20/89

354 *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 5; vgl auch *P. Bydlinski*, Veräußerung 75 f.

355 Der OGH konnte die Frage bisher offenlassen: OGH 26.8.1999, 2 Ob 46/97x, SZ 72/127; 22.2.2000, 1 Ob 8/00h, SZ 73/33; 17.2.2006, 10 Ob 132/05t, RdW 2006, 502; vgl dazu *Karollus*, Zur Neuregelung der Anfechtungsfrist für Generalversammlungsbeschlüsse, RdW 1996, 516 (517): „*könnte diese verpflichtet sein*“; vgl auch OGH 29.3.2001, 8 ObA 44/01f, SZ 74/59; 28.2.2018, 6 Ob 167/17b, ecolex 2018, 733.

356 OGH 6.4.2006, 6 Ob 64/06i, GesRZ 2006, 272; OGH 28.2.2018, 6 Ob 167/17b, ecolex 2018, 733; dazu auch *P. Bydlinski*, Veräußerung 83 ff; vgl *Danzl*, Anmerkungen zum Rundschreiben des HG Wien „Anmeldung zum Firmenbuch“, ecolex 1991, 164 (165).

357 *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG § 26 Rz 15; *Temmel* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 26 Rz 3.

358 OGH 6.4.2006, 6 Ob 356/97i, RdW 1998, 197; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 26 Rz 11.

359 *Danzl*, ecolex 1991, 164 (166); *Nowotny*, Anteilbuch, Firmenbuch und Gesellschafterstellung in der GmbH, RdW 1991, 71 (72); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 26 Rz 11; aA OGH 26.1.2006, 6 Ob 10/06y, wbl 2006, 287; aber einschränkend OGH 6.4.2006, 6 Ob 53/06x, wbl 2006, 434; *P. Bydlinski*, Veräußerung 88 f.

360 OGH 6.4.2006, 6 Ob 64/06i, GesRZ 2006, 272; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/277; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 26 Rz 6; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 26 Rz 11.

361 OGH 6.4.2006, 6 Ob 64/06i, GesRZ 2006, 272; OLG Wien 4.1.2002, 28 R 178/01d, NZ 2002, 370; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Hb GesR Rz 2517.

362 *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG § 26 Rz 25; *Temmel* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 26 Rz 14 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 26 Rz 16.

Umstritten ist, ob für Gesellschafter die privilegierte Verjährungsfrist von fünf Jahren des § 26 Abs 2 GmbHG oder die allgemeine dreijährige Verjährungsfrist nach § 1489 ABGB gilt.³⁶³

- 20/90** Grundsätzlich haben Anmeldungen zur Firmenbucheintragung in öffentlich beglaubigter Form zu erfolgen (§ 11 UGB). Für die Anmeldung des Gesellschafterwechsels in einer GmbH sieht § 11 FBG eine formelle Erleichterung vor, namentlich den Entfall des Beglaubigungserfordernisses der Unterschriften der Geschäftsführer (vereinfachte Anmeldung). Nach hL und Rsp soll auch die Verpflichtung zur Vorlage beweiskräftiger Urkunden entfallen, wenn keine Bedenken gegen die Richtigkeit der Anteilsübertragung bestehen.³⁶⁴ Es genügt die (nicht beglaubigte) Unterzeichnung durch vertretungsbefugte Personen in der zur Vertretung notwendigen Zahl (§ 11 S 2 FBG). Auch die vereinfachte Anmeldung kann im ERV eingebracht werden.³⁶⁵
- 20/91** Um eine lückenlose Dokumentation zu erreichen, was insb angesichts der Vormännerhaftung für rückständige Leistungen (§ 67 GmbHG) von Bedeutung ist, müssen auch nicht angemeldete Zwischenübertragungen eines Geschäftsanteils angemeldet und eingetragen werden.³⁶⁶
- 20/92** Weitere zu berücksichtigende Formpflichten – insb in Bezug auf Gegenstände des Gesellschaftsvermögens (vgl dazu die GesbR) – sind wie im Recht der OG/KG aufgrund der Rechtsfähigkeit der GmbH (§ 61 Abs 1 GmbHG) nicht gegeben.

4. Zuständigkeit und Kosten

- 20/93** Wie bei Personengesellschaften regelt Tarifposten 10 des GGG die Kosten für die Änderungen im Firmenbuch. Als Eingabengebühr fallen € 34,- bzw ohne Eingabe im ERV € 52,- an. Auf die Löschung sowie die Neueintragung eines GmbH-Gesellschafters entfallen jeweils € 21,- (bei einem Gesellschafterwechsel also € 42,-). Sollte die Firma geändert werden, sind € 8,80 an Gebühren zu leisten.

363 Für die privilegierte Frist *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 26 Rz 18; zust *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG § 26 Rz 25; wohl aA *Temmel* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 26 Rz 18.

364 OGH 17.7.1997, 6 Ob 2371/96m, RdW 1998, 17; 29.3.2001, 6 Ob 57/01b, RdW 2001, 537; 16.5.2001, 6 Ob 111/01v, ecolex 2002, 25; 11.9.2003, 6 Ob 149/03k, RdW 2004, 156; *Temmel* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 26 Rz 4 f; aA *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 26 Rz 8. Siehe idZ einen Überblick über die in der Lit kontroversiell diskutierte Frage der materiellen Prüfpflicht des Gerichts bei Eintragungen gem § 26 GmbHG bei *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG § 26 Rz 12.

365 *Pilgerstorfer* in Artmann, UGB I² § 11 Rz 27 f und § 11 FBG Rz 6.

366 OLG Wien 27.11.1998, 28 R 102/98w, NZ 1999, 352.

Die Kosten der Errichtung des Notariatsaktes bestimmen sich nach dem NTG. Zu berücksichtigen sind auch jene Kosten, die durch gesellschaftsvertragliche Vinkulierungsmodi eventuell entstehen. Die Übertragung eines Geschäftsanteils an einer GmbH, die Liegenschaftseigentümerin ist, unterliegt bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Abs 3 GrEStG der Grunderwerbssteuer.³⁶⁷ Gem § 33 TP 21 Abs 2 Z 6 GebG ist für die Geschäftsanteilsübertragung – wie bei der AG und Personengesellschaften – keine Rechtsgeschäftsgebühr zu entrichten. **20/94**

Die Mitwirkung eines Rechtsanwalts/Notars an der Firmenbucheintragung ist nicht erforderlich. Im Gegensatz zum Personengesellschaftsrecht ist in der Lehre vielmehr strittig, ob eine gewillkürte Stellvertretung überhaupt zulässig ist, weil der Anmeldende (Geschäftsführer; nicht Gesellschafter wie bei den Personengesellschaften) für den Inhalt der Anmeldung haftet.³⁶⁸ Der OGH fordert grundsätzlich eine persönliche Erklärung des Anmeldungspflichtigen, lässt aber die Anmeldung und Abgabe der Erklärung durch einen Vertreter zu, wenn diesem eine Spezialvollmacht erteilt wird.³⁶⁹ Für die Erteilung der Vollmacht ist wiederum die gleiche Form wie für die Anmeldung selbst einzuhalten (§ 11 Abs 2 S 1 UGB), also bei vereinfachten Anmeldungen iSd § 11 FBG bloß die Schriftform.³⁷⁰ **20/95**

Die Führung des Firmenbuchs obliegt den Landesgerichten (bzw dem HG Wien). Die im Zuge der Übertragung des Geschäftsanteils vorzunehmenden Anmeldungen sind bei jenem Gericht zu beantragen, in dessen Sprengel die GmbH ihren Sitz hat.³⁷¹ **20/96**

5. Rechtsfolgen

Im Verhältnis zwischen Erwerber und Veräußerer geht mit der Übertragung des Geschäftsanteils die Rechtsstellung des Veräußerers auf den Erwerber **20/97**

367 Dazu eingehend *Mechtler/Pinetz* in Pinetz/Schragl/Siller/Stefaner, GrEStG Kommentar § 1 Kapitel V.

368 Gegen die Zulässigkeit *Pilgerstorfer* in Artmann, UGB I³ § 11 Rz 44 mwN; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 1/564; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 26 Rz 7; *aA Hoffmann*, Gewillkürte Stellvertretung und Berufung auf die erteilte Vollmacht im Firmenbuchverfahren, NZ 2005, 225; zust *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG² § 26 Rz 11; *Temmel* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 26 Rz 3.

369 OGH 29.8.2002, 6 Ob 163/02t, wbl 2003, 142; 21.5.2003, 6 Ob 229/02y, RdW 2003, 705; 11.9.2003, 6 Ob 149/03k, RdW 2004, 156; noch offen lassend 15.12.1999, 6 Ob 205/99m, NZ 2000, 248; krit dazu *Pilgerstorfer* in Artmann, UGB I³ § 11 Rz 46.

370 OGH 11.9.2003, 6 Ob 149/03k, RdW 2004, 156; *Pilgerstorfer* in Artmann, UGB I³ § 11 Rz 38 und 45.

371 § 7 UGB iVm § 120 JN; *Nowotny* in Kodek/Nowotny/Umfahrer, Firmenbuchgesetz § 8 HGB Rz 2 f; *Kodek* in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG § 15 FBG Rz 46 ff.

über.³⁷² Vermögensrechte gegenüber der Gesellschaft stehen dem Erwerber erst mit Gesellschafterstellung (Firmenbucheintragung oder Anerkennung durch die Gesellschaft) zu.³⁷³ Mangels abweichender Regelungen im Übertragungsvertrag gelten einzelne vermögensrechtliche Ansprüche (zB Liquidationserlös, Gewinnauszahlung) zwischen Anteilsübertragung und Erwerb der Gesellschafterstellung mit der Anteilsübertragung als abgetreten.³⁷⁴ Eine schuldbefreiende Leistung an den Veräußerer ist nicht mehr möglich.³⁷⁵ Ferner stehen noch nicht durch Gesellschafterbeschluss konkretisierte Gewinnansprüche vergangener Perioden nach hA im Zweifel dem Erwerber zu.³⁷⁶ Vertragliche Klarstellungen werden empfohlen.

- 20/98** Mit der Übertragung des Geschäftsanteils trifft den Anteilserwerber die Pflicht zur Leistung noch offener Stammeinlagen.³⁷⁷ Nach § 78 Abs 2 GmbHG haftet dieser solidarisch mit dem Veräußerer für rückständige Leistungen auf den Geschäftsanteil im Zeitpunkt der Anmeldung der Anteilsübertragung. Unter „Anmeldung“ ist die Anmeldung bei der Gesellschaft (nicht dem Firmenbuch) zu verstehen.³⁷⁸ Damit ist der Erwerber der Gesellschaft verhaftet, selbst wenn er mangels Firmenbucheintragung ihr gegenüber noch nicht Gesellschafter ist (§ 78 Abs 1 GmbHG).³⁷⁹ Aber auch für rückständige Leistungen, die nach Anmeldung bei der Gesellschaft und noch vor Eintragung im Firmenbuch fällig werden, besteht – abweichend vom Gesetzeswortlaut – eine Solidarhaftung von Veräußerer und Erwerber. Erkennt die Gesellschaft den Erwerber allerdings bereits vor der Firmenbucheintragung als (Neu-)Gesellschafter an, haftet uE der Veräußerer für nach der Anerkennung fällig werdende Leistungen nicht (mehr).³⁸⁰ Für nach dem genannten Zeitpunkt (Anmeldung bei der Gesellschaft bzw Firmenbucheintragung) fällig werdende Ansprüche der Gesellschaft trifft ausschließlich den Erwerber eine Haftung, wenn nicht § 67

372 Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 12; *Trenkwalder* in Kalss, Übertragung 23 (32).

373 Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 9.

374 Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 9; *P. Bydlinski*, Veräußerung 86 f; zust *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG § 78 Rz 4; *Trenkwalder* in Kalss, Übertragung 23 (33).

375 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 78 Rz 6.

376 OGH 30.10.1990, 8 Ob 643/90, *ecolex* 1991, 95; Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 9; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 630; *Bauer/Zehetner* in WK GmbHG § 82 Rz 27.

377 Dazu näher Schopper in WK GmbHG § 63 Rz 8.

378 Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 10; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 78 Rz 9; nunmehr auch *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG § 78 Rz 11 f (aA noch Vorauf!: Anmeldung zum Firmenbuch).

379 Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 11.

380 Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 12.

GmbHG greift (dazu sogleich).³⁸¹ Als Leistungen iSd § 78 Abs 2 GmbHG sind neben offenen Einlagenverpflichtungen auch Ansprüche der Gesellschaft aus einer Differenzhaftung gem § 10a GmbHG zu qualifizieren.³⁸² Auch wenn der übertragene Geschäftsanteil von einer verdeckten Sacheinlage betroffen ist, greift die solidarische Haftung von Veräußerer und Erwerber, weil die Bar-einlagepflicht bei einer verdeckten Sacheinlage weiterhin offen ist und insoweit eine „rückständige Leistung“ auf den Geschäftsanteil iSd § 78 Abs 2 GmbHG darstellt.³⁸³ Ansprüche aus der Einlagenrückgewähr (§ 83 GmbHG) sind nicht erfasst.³⁸⁴ Generell haftet der Erwerber nach hA nicht für die Erstattungsverpflichtung gem § 83 GmbHG, weil diese nicht mit dem Geschäftsanteil verknüpft ist, sondern ausschließlich den empfangenden Gesellschafter persönlich trifft.³⁸⁵ Verfügt der Veräußerer nach der Anteilsübertragung über kein bzw nur unwesentliches Vermögen, ist § 1409 ABGB anwendbar, wonach der Erwerber als Haftungsträger für Schulden des Veräußerers in Anspruch genommen werden kann.³⁸⁶ Schuldrechtliche Zuschussverpflichtungen, die nicht der Mitgliedschaft entspringen, gehen ohne vertragliche Vereinbarung nicht auf den Erwerber über.³⁸⁷

Den Altgesellschafter trifft neben der soeben erwähnten Solidarhaftung für eine rückständige Einlage gegenüber der Gesellschaft³⁸⁸ gegebenenfalls die

381 *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 631; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 78 Rz 9; *Petrusch/Verweijen* in WK GmbHG § 78 Rz 12; *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 14.

382 *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 15; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁹ § 16 Rz 55.

383 *Schopper* in WK GmbHG § 63 Rz 174 ff, 190.

384 *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 15; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁹ § 16 Rz 55; vgl dazu *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 83 Rz 10; *Bauer/Zehetner* in WK GmbHG § 83 Rz 17; zust *Hoffenscher-Summer* in FAH, GmbHG § 78 Rz 17; *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 1071.

385 OGH 1.9.2010, 6 Ob 132/10w, GesRZ 2011, 47; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 83 Rz 6; *Auer* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 83 Rz 10; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 83 Rz 10; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 31 Rz 8; *Verse* in Scholz, GmbHG I¹² § 31 Rz 10; aA *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) 165 f; für eine solidarische Haftung des Anteilserwerbers bei kollusivem Handeln oder bei grob fahrlässiger Unkenntnis *Bauer/Zehetner* in WK GmbHG § 83 Rz 18.

386 *Aigner*, Unternehmenskauf – inwieweit gilt § 1409 ABGB für den Share-Deal? *ecolex* 2007, 16; *ders*, Unternehmenskauf – Besonderheiten der Erwerberhaftung des § 1409 ABGB beim Share-Deal, *ecolex* 2007, 93; vgl idZ auch *Thöni* in Klang³ (2011) § 1409 Rz 70.

387 OGH 17.9.2014, 6 Ob 35/14m, NZ 2014, 386 mwN.

388 Diese Ansprüche der Gesellschaft gegen den Veräußerer verjähren innerhalb von fünf Jahren ab dem Tag der Anmeldung des Erwerbers bei der Gesellschaft, vgl *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 17; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 78 Rz 11;

Vormännerhaftung für offene Stammeinlagen des Rechtsnachfolgers unter den Voraussetzungen des § 67 GmbHG (insb Kaduzierung des Rechtsnachfolgers).³⁸⁹ Insoweit kann der Veräußerer auch noch nach dem Zeitpunkt der Anmeldung bei der Gesellschaft bzw Firmenbucheintragung, der für § 78 Abs 2 GmbHG von Bedeutung ist, haften, denn § 67 GmbHG bleibt von § 78 Abs 2 GmbHG unberührt.³⁹⁰ Da im Haftungsfall der zahlende Vormann (Veräußerer) im Gegenzug zur vollständigen Leistung des geschuldeten Betrages ex lege den Geschäftsanteil (zurück)erwirbt, kommt es im Ergebnis zu keinem (langfristigen) Gesellschafterwechsel, weshalb weitere Ausführungen hier nicht von Interesse sind.³⁹¹

- 20/100** Wird der Veräußerer oder Erwerber bezüglich einer die Solidarhaftung betreffenden Leistung in Anspruch genommen, stellt sich die Frage nach einem internen Ausgleich (§ 896 ABGB). Dieser hängt davon ab, ob die beglichene Verbindlichkeit Bestandteil der Bemessungsgrundlage des Kaufpreises war.³⁹² Eine Befreiung des Altgesellschafters von ihm treffenden Einlageverpflichtungen kann die ergänzende Vertragsauslegung bei unentgeltlicher Übertragung ergeben.³⁹³

B. Aktiengesellschaft

1. Gesetzliches Leitbild

- 20/101** Die Mitgliedschaft an einer AG ist von ihrer freien Übertragbarkeit geprägt und es besteht zumindest auf dieser ganz allgemeinen Ebene eine Parallele zur GmbH.³⁹⁴ Nach Absicht des Gesetzgebers soll die AG als Sammelstelle für

Hoffenscher-Summer in FAH, GmbHG § 78 Rz 23; *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 1071; nunmehr auch *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG § 78 Rz 13 (aA noch Voraufl: Anmeldung zum Firmenbuch); aA *Zollner* in U. Torggler, GmbHG § 78 Rz 7.

389 *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 76 Rz 12.

390 *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 14; *ders* in WK GmbHG § 67 Rz 22 f; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 78 Rz 11; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 78 Rz 10; *Heidinger* in MüKo GmbHG³ § 16 Rz 216; *Altmeyen* in G. Roth/Altmeyen, GmbHG⁸ (2015) § 16 Rz 34.

391 Siehe eingehend zu § 67 GmbHG bspw *Schopper* in WK GmbHG § 67; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 67.

392 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 78 Rz 9; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 78 Rz 7; *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 13; *Petrasch/Verweijen* in WK GmbHG § 78 Rz 12.

393 *Schopper* in Gruber/Harrer, GmbHG² § 78 Rz 13; *Altmeyen* in G. Roth/Altmeyen, GmbHG⁸ § 16 Rz 53.

394 *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 719; *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz² (2012) § 62 Rz 7; *Gratzl/Hausmaninger/Justich*, Handbuch zur Aktiengesellschaft (2016) Kap 3 Rz 141.

Risikokapital fungieren können. Dies setzt eine relativ ungehinderte Übertragbarkeit der Mitgliedschaft voraus.³⁹⁵ Die Ausgestaltung der Mitgliedschaftsurkunden als Wertpapiere trägt diesem Bedürfnis Rechnung (Verbriefungsfunktion), wenngleich eine Verbriefung nur bei Inhaberaktien verpflichtend ist (§ 10 Abs 2 AktG). Die durch die Verbriefung bewirkte gesteigerte Verkehrsfähigkeit ist ein wesentliches Strukturmerkmal der aktienrechtlichen Mitgliedschaft.³⁹⁶ Insofern besteht ein wesentlicher Unterschied zur GmbH, wo eine wertpapierrechtliche Verbriefung ausgeschlossen ist (§ 75 Abs 4 GmbHG).

Bei börsennotierten AG ist neben den aktienrechtlichen Aspekten das Übernahmegesetz (ÜbG) zu beachten, welches bei Erlangung einer „kontrollierenden Beteiligung“ die Verpflichtung zur Legung eines Übernahmeangebots vorsieht, womit den Minderheitsgesellschaftern eine Ausstiegsmöglichkeit geboten wird. Ferner sind börserechtliche Meldepflichten gem §§ 130 ff BörseG 2018 einzuhalten. **20/102**

2. Privatautonome Gestaltungsmöglichkeit

Die freie Übertragbarkeit der Mitgliedschaft kann durch Vinkulierung beschränkt werden, dies allerdings nur bei Namensaktien.³⁹⁷ Bei Inhaberaktien besteht kein Gestaltungsspielraum, sie können stets nach freiem Ermessen des Aktionärs übertragen werden, zumal das AktG deren Verkehrsfähigkeit nicht einschränkt. Diese unterschiedliche Behandlung liegt darin begründet, dass mit der Ausgabe von Namensaktien meist eine stärkere personalistische Struktur der AG bezweckt ist.³⁹⁸ **20/103**

Die Vinkulierung von (verbrieften und unverbrieften)³⁹⁹ Namensaktien ist in § 62 AktG geregelt. Nach § 62 Abs 2 AktG kann die Satzung die Übertragung an die Zustimmung der AG binden. Ein gänzlicher Ausschluss der Übertragbarkeit von Aktien kann nicht (außen)wirksam vereinbart werden.⁴⁰⁰ In der Satzung können jedoch wichtige Gründe (§ 62 Abs 2 S 3 AktG) für die Verwei- **20/104**

395 *Haberer/Zehetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 62 Rz 8; *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 9 Rz 30.

396 *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 9 Rz 30.

397 *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 3/119; *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 9 Rz 37.

398 *Haberer/Zehetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 62 Rz 8; *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 62 Rz 7.

399 *Haberer/Zehetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 62 Rz 8.

400 *Fragner/Tichy* in MüKo AktG³ (2008) § 68 Rz 150; *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 62 Rz 7; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 3/126; so auch *Haberer/Zehetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 62 Rz 9 und 12.

gerung der Zustimmung verankert werden.⁴⁰¹ Der Vinkulierung können alle oder nur bestimmte Namensaktien bzw alle oder nur bestimmte Übertragungsarten (bspw nur entgeltliche) unterliegen.⁴⁰² In der Praxis ist die Vinkulierung häufig in der Form ausgestaltet, dass nur Anteilsübertragungen an solche Personen zustimmungspflichtig sind, die nicht bereits Gesellschafter sind.⁴⁰³ Nach Ansicht der Rsp ist bei einer nicht-börsennotierten AG eine Übertragungsbeschränkung auch durch Vorkaufs- und Aufgriffsrechte in der Satzung zulässig.⁴⁰⁴

- 20/105** Soll die Übertragbarkeit von Namensaktien mittels nachträglicher Satzungsänderung durch eine Vinkulierung eingeschränkt werden, sind wie bei der GmbH die Zustimmungen aller Aktionäre – mittels notariell beurkundeten Beschlusses – erforderlich.⁴⁰⁵ Das Einstimmigkeitserfordernis gilt auch für die Verschärfung bestehender Vinkulierungsklauseln.⁴⁰⁶
- 20/106** Ist in der Satzung nichts Abweichendes vereinbart, trifft die Zustimmungskompetenz den Vorstand (§ 62 Abs 2 S 2 AktG). Die Bestimmung enthält eine Öffnungsklausel, weshalb es erlaubt ist, in der Satzung die HV oder den AR für zuständig zu erklären.⁴⁰⁷ Ebenso zulässig ist die Übertragung der Kompetenz an mehrere Organe gemeinsam (zB HV und Vorstand).⁴⁰⁸ Vor dem Hintergrund des zwingenden aktienrechtlichen Organisationsaufbaus ist es nach hL hingegen nicht möglich, fakultative Organe oder einzelne Aktionäre mit

401 Dazu jüngst OGH 27.6.2019, 6 Ob18/19v; *Schopper*, Gerichtliche Gestattung der Übertragung von vinkulierten Aktien und Benennung eines Ersatzerwerbers durch die AG, NZ 2019, 365 (366 f); für eine restriktive Auslegung des wichtigen Grundes iSd § 62 Abs 2 S 3 AktG *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 62 Rz 24 ff; für ein liberales Verständnis *Doralt/Diregger* in MüKo AktG⁴ Österreichisches Konzernrecht Rz 128; *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 62 Rz 53 ff; *Zib*, Zur Verweigerung der Zustimmung bei Übertragung vinkulierter Namensaktien, in FS Straube (2009) 249; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 3/126.

402 *Bayer* in MüKo AktG⁴ § 68 Rz 58; *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 62 Rz 12 und 27; *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 62 Rz 17.

403 *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 62 Rz 33.

404 Vgl OGH 8.5.2013, 6 Ob 28/13f; krit dazu *Schopper*, Anmerkung zu 6 Ob 28/13f, GesRZ 2013, 215; vgl generell *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 62 Rz 9; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 3/54 ff mwN.

405 OGH 17.5.1967, 1 Ob 38/67, JBl 1968, 318; *Schulz* in MüKo AktG⁴ § 68 Rz 149; *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 62 Rz 16; *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 62 Rz 13 f; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 3/122.

406 *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 62 Rz 13.

407 *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 3/122; *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 62 Rz 36.

408 *Jud/Hauser*, Die Vinkulierung von Namensaktien als Instrument der konzernrechtlichen Eingangskontrolle NZ 1995, 121 (124); *Schulz* in MüKo AktG⁴ § 68 Rz 148.

der Zustimmung zu betrauen.⁴⁰⁹ Die Zustimmung von einem Dritten einholen zu müssen, ist nach hA unzulässig.⁴¹⁰ Eine derartige schuldrechtliche Vereinbarung ist jedoch möglich.⁴¹¹ Strittig ist, wer zur Abgabe der Zustimmungserklärung zuständig ist. Im Zweifel ist das ebenfalls der Vorstand.⁴¹² Eine nicht von der Zustimmung des kompetenten Organs gedeckte Erklärung des Vorstandes gegenüber dem veräußerungswilligen Aktionär ist wirkungslos. Eine derartig nicht gedeckte Erklärung gegenüber Dritten ist jedoch wegen der unbeschränkten Vertretungsmacht gem § 74 Abs 2 AktG nur bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Missbrauchs der Vertretungsmacht bzw einer Kollusion unwirksam.⁴¹³

Liegt die erforderliche Zustimmung nicht vor, ist die Übertragung unwirksam. **20/107**
Die Unwirksamkeit soll – anders als nach hM zum Personengesellschaftsrecht – nach üA sowohl das Verfügungs- als auch das Verpflichtungsgeschäft betreffen.⁴¹⁴ Davon unabhängig wird vertreten, dass den Veräußerer, der weiterhin Aktionär bleibt, aufgrund einer „Vorwirkung“ des Verpflichtungsgeschäfts eine „Nebenleistungspflicht in contrahendo“ trifft, sich um die Erteilung der Zustimmung der Gesellschaft zu bemühen.⁴¹⁵

In § 62 Abs 3 AktG findet sich eine ähnliche Regelung zu § 77 GmbHG **20/108**
(gerichtliche Zustimmung der Übertragung), mit deren Einführung eine „sinngemäße“ Übernahme der GmbH-Regelung beabsichtigt war.⁴¹⁶ Eine sinngemäße Übernahme der Vorschrift bedeutet gleichzeitig aber, dass Aus-

409 *Jabornegg/Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 62 Rz 8; *Schulz* in *MüKo AktG⁴* § 68 Rz 148.

410 *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 62 Rz 9; *Schulz* in *MüKo AktG⁴* § 68 Rz 148; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 3/122; *Haberer/Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 62 Rz 38.

411 *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 3/122.

412 Wie hier *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 3/122; *Jud/Hauser*, NZ 1995, 121 (125); aA *Haberer/Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 62 Rz 39 f; *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 62 Rz 11.

413 Ebenso *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 3/122; vgl auch *Jud/Hauser*, NZ 1995, 121 (125); aA *Haberer/Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 62 Rz 39; *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 62 Rz 11. S zur gleichgelagerten Problematik bei der GmbH Kapitel A3.1.2.

414 *Haberer/Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 62 Rz 49; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 3/127; *Krejci*, *ecolex* 1992, 560 (561); offen lassend *Schulz* in *MüKo AktG⁴* § 68 Rz 144; aA (nur Verfügungsgeschäft) OGH 30.9.1959, 7 Os 204/58, HS 350/43; *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 62 Rz 23; und die üA in D, wo allerdings das Sachenrecht von der ö Rechtslage abweicht, vgl *Lutter/Drygala* in *KölnKomm AktG³* § 68 Rz 96 ff; *Merkt* in *Hopt/Wiedemann* (Hrsg), *Großkommentar AktG⁴* (2008) § 68 Rz 501 ff, 507 ff.

415 *Haberer/Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 62 Rz 50.

416 *Haberer/Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 62 Rz 7 und 57.

legungsergebnisse zu § 77 GmbHG nicht unbesehen in das Aktienrecht übernommen werden dürfen, was sich schon daraus ergibt, dass sich das gesetzlich vorgegebene Kompetenzgefüge einer AG (auch einer personalistischen AG) wesentlich von dem einer GmbH unterscheidet.⁴¹⁷ § 62 Abs 3 AktG spricht nur von der „Gesellschaft“, ohne ein bestimmtes Organ zu nennen. Daher kommt der gesetzliche Regelfall zur Anwendung, dh der Vorstand entscheidet alleine und weisungsfrei, ob und wer als Ersatzerwerber benannt wird. § 62 Abs 3 AktG enthält auch keine dem Abs 2 vergleichbare „Öffnungsklausel“. Daher kann dem Vorstand diese Entscheidungskompetenz auch nicht durch eine Satzungsregelung genommen werden.⁴¹⁸

- 20/109** Wie bei der GmbH unterliegt auch die Anteilsübertragung in einer an der AG beteiligten Gesellschaft (Mutter-AG) im Zweifel nicht der für die Tochter-AG vereinbarten Vinkulierung.⁴¹⁹

3. Form

- 20/110** Anders als bei der GmbH, in der die Gesellschafter idR enger mit der Gesellschaft und ihren Mitgliedern verbunden sind als Aktionäre mit der AG, erfährt der Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Mitgliedschaft bei der AG keine Einschränkungen durch eine gesetzliche Formpflicht.⁴²⁰ Aktien sind demnach verkehrsfähig bzw fungibel. Insb ist kein Notariatsakt für die Übertragung erforderlich. Auch sonstige Formgebote bestehen nicht. So erfolgt beim Gesellschafterwechsel in einer AG grundsätzlich auch keine Firmenbucheintragung. Eine Ausnahme gilt bei der Einmann-AG, bei welcher der Aktionärsstand nach § 35 AktG (vgl auch § 5 Z 6 FBG) ins Firmenbuch einzutragen ist.⁴²¹
- 20/111** Für die rechtsgeschäftliche Übertragung verbriefter Aktien gilt grundsätzlich das Wertpapierrecht, wobei zwischen Inhaber- und Namensaktien zu unterscheiden ist.⁴²²
- 20/112** Inhaberaktien sind echte Inhaberpapiere, aus deren Urkundeninhalt der Berechtigte nicht hervorgeht.⁴²³ Anders als für Namensaktien enthält das AktG keine besonderen Vorschriften bezüglich der Übertragung von Inhaberaktien, weshalb die allgemeinen wertpapierrechtlichen Grundsätze für die Übertra-

417 Schopper, NZ 2019, 365 (370 ff).

418 Schopper, NZ 2019, 365 (370 ff).

419 Vgl dazu Kapitel A2.4.1 und A3.1.2; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 3/124; aA *Haberer/Zebetner* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 62 Rz 29.

420 *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 3/15.

421 *Zollner/Hartlieb* in *Zib/Dellinger*, UGB § 143 Rz 10; *Haberer/Zebetner* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 61 Rz 6.

422 *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Hb GesR Rz 3862.

423 *Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 10 Rz 37.

gung von Inhaberpapieren gelten.⁴²⁴ Daraus resultiert, dass für Inhaberaktien als bewegliche körperliche Sachen sachenrechtliche Übertragungsprinzipien maßgeblich sind.⁴²⁵ Für den Modus der Übertragung des verbrieften Rechts ist demnach die Übereignung des Papiers durch Einigung sowie Übergabe erforderlich.⁴²⁶ Die bloße Übereignung der Inhaberaktien führt zum Mitgliedschaftswechsel gegenüber der Gesellschaft, ohne dass im Gegensatz zu Namensaktien eine Verständigung der AG oder deren Mitwirkung erforderlich wäre („Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier“).⁴²⁷ Seit dem GesRÄG 2011 (BGBl I Nr 53/2011) sind Inhaberaktien nur noch bei börsennotierten AG zulässig (§ 10 Abs 1 AktG) und in einer, gegebenenfalls mehreren Sammelurkunden zu verbriefen, die bei der Oesterreichischen Kontrollbank (OeKB) hinterlegt werden müssen (§ 10 Abs 2 AktG). Einzelverbriefungen sind nicht mehr zulässig, weshalb eine physische Übergabe von Einzelaktien in Papierform nicht mehr stattfinden wird.⁴²⁸ Die Aktientransaktion ist aufgrund der Verbriefung und Hinterlegung nur noch über Wertpapierkonten möglich.⁴²⁹ Das Effekten giro ist in dem Zusammenhang von größter praktischer Relevanz.⁴³⁰ Dabei halten die Aktionäre die Aktien als Hinterleger und haben gem § 24 DepG – trotz der Konten – Miteigentum an dem durch die Sammelurkunden verbrieften Aktienbestand.⁴³¹ Übertragen werden die Miteigentumsanteile an der Sammelurkunde durch Buchungsvorgänge von und auf ein durch den Anleger eröffnetes Wertpapierdepot (Konto) bei einer Depotbank. Gleichzeitig mit der Gutschrift auf dem Depotkonto des Erwerbers erfolgt eine Belastung auf dem Depotkonto des Veräußerers. Ausschließlich durch diese Buchungsvorgänge wird mittels Anweisung an die OeKB über die verwahrte Sammelurkunde verfügt.⁴³² Darin sieht die hL einen Eigentums-

424 *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 10 Rz 38; *Haberer/Zehetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 62 Rz 15.

425 *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 10 Rz 43.

426 *G. Roth*, Grundriss des österreichischen Wertpapierrechts² (1999) 143; *Aicher/Schubmacher* in Krejci, Unternehmensrecht⁵ (2013) 549 f; *Keinert*, Handbuch des Wertpapierrechts I (2014) Rz 30 und 61; *Moser*, Gerichtsstand des Erfüllungsorts nach der EuGVVO 2012 für Ansprüche aus Staatsanleihen, ÖJZ 2017, 897 (900).

427 *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 9 Rz 1 und § 10 Rz 38; *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 723.

428 *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 10 Rz 39; *Gratzl/Hausmaninger/Justich*, Hb AG Kap 3 Rz 45.

429 *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 720 f; *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 10 Rz 22.

430 Siehe ausführlich dazu *Micheler*, Wertpapierrecht zwischen Schuld- und Sachenrecht (2003); *Lehmann*, Finanzmarktinstrumente (2010).

431 *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 10 Rz 39; *Wolkerstorfer*, Außergerichtliche Pfandverwertung von in Sammelurkunden verbrieften Aktien, RdW 2015, 12 (12).

432 Siehe zum Effekten giro *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 10 Rz 39.

übergang via Besitzeinweisung an die OeKB, die Aktien nunmehr für den Erwerber zu verwahren.⁴³³

- 20/113** Namensaktien sind Orderpapiere, die auf den Namen des ersten Berechtigten oder dessen Order lauten.⁴³⁴ Für sie ist die wertpapierrechtliche Übertragung durch Indossament kennzeichnend, womit auch einzelne Bestimmungen des WechselG anzuwenden sind (§ 62 Abs 1 AktG).⁴³⁵ Hier erfolgt in einer Orderklausel eine unterschriebene Erklärung des bisher aus der Urkunde genannten Berechtigten (Indossant) idR auf der Rückseite des Dokuments, dass die Berechtigung auf eine von ihm bezeichnete Person (Indossatar) übergehen soll (Indossament). Zur Legitimation erforderlich sind die Vorlage der Aktienurkunde sowie der Nachweis einer ununterbrochenen Reihe von Übertragungsvermerken (Indossamentenkette), die vom aktuellen Berechtigten bis zum ersten namentlich erwähnten Berechtigten zurückführen muss.⁴³⁶ Der letzte Übertragungsvermerk kann auch ein Blankoindossament sein (Art 16 WechselG),⁴³⁷ bei dem der neue Berechtigte nicht genannt wird. Als geborene Orderpapiere ist die Übertragung von Namensaktien durch Indossament auch ohne Beifügung einer besonderen Orderklausel auf dem Papier möglich,⁴³⁸ ein Ausschluss der Übertragbarkeit durch Indossament mit einer negativen Orderklausel (Rektaklausel) hingegen nicht.⁴³⁹ Sind Namensaktien in einer Sammelurkunde verbrieft (vgl § 9 Abs 3 AktG), die bei einer Bank hinterlegt sind, erfolgt die Übertragung wiederum durch Effekten giro und Besitzeinweisung. Ist die Sammelurkunde bei der AG hinterlegt, bedarf die Übertragung einer Zession samt Besitzeinweisung. Ist die Mitgliedschaft nicht verbrieft,⁴⁴⁰ was nur bei Namensaktien möglich ist (Inhaberaktien börsennotierter AG sind

433 *Oppitz* in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht VI² (2007) Rz 2/201 ff; *G. Roth*, Wertpapierrecht² 144 f; *Dokalik*, Der Nachweis der Aktionärs-eigenschaft nach dem Entwurf eines ARÄG 2009 GesRZ 2008, 329 (331); *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 10 Rz 24; *Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 10 Rz 39.

434 *Keinert*, Hb Wertpapierrecht I Rz 55.

435 Eingehend zur Anwendbarkeit wechselrechtlicher Bestimmungen *Haberer/Zebetner* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 62 Rz 19 ff.

436 *Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 9 Rz 37; *Gratzl/Hausmaninger/Justich*, Hb AG Kap 3 Rz 43; *Haberer/Zebetner* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 62 Rz 15 und 20.

437 Vgl ErläutRV 1252 BlgNR 24.GP 6; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 3/118; *Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, Ausgewählte Fragen zum Recht der Namensaktie nach dem GesRÄG 2011, GES 2013, 180 (184); *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 62 Rz 15.

438 *Keinert*, Hb Wertpapierrecht I Rz 55; *Haberer/Zebetner* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 62 Rz 18.

439 *G. Roth*, Wertpapierrecht² 147; *Keinert*, Hb Wertpapierrecht I Rz 55.

440 Die Mitgliedschaft des Aktionärs entsteht unabhängig von der Verbrieftung, die Aktie ist bloß ein deklaratorisches Wertpapier, vgl *Artmann/Rüffler*, GesR Rz 720.

zwingend in Sammelurkunden zu verbriefen (§ 10 Abs 2 AktG); ältere nicht verbrieft Inhaberaktien nicht-börsennotierter AG gelten seit 1.1.2014 ex lege als Namensaktien (§ 262 Abs 28 AktG), erfolgt deren Übertragung durch Zession,⁴⁴¹ die nach hM – neben der Übertragung durch Indossament – auch für verbrieft Aktien zulässig ist.⁴⁴²

Die Zustimmung(serklärung) zur Übertragung vinkulierter Namensaktien durch das hierfür kompetente Organ der AG ist an keine Form gebunden, in der Satzung kann jedoch ein Formerfordernis vorgesehen werden.⁴⁴³ **20/114**

Begibt die AG Namensaktien, ist sie zur Führung eines Aktienbuches verpflichtet.⁴⁴⁴ Dieses stellt ein Verzeichnis mit dem in § 61 Abs 1 AktG vorgeschriebenen Inhalt dar und ist strafbewährte (§ 258 Abs 1 AktG) Sache des Vorstandes.⁴⁴⁵ Dritte haben in dieses kein Einsichtsrecht, womit Außenstehende – anders als bei der GmbH aufgrund der Firmenbucheintragung – sich ohne Mitwirkung von Aktionären oder AG keine Kenntnisse über den Personenkreis der Aktionäre und etwaige Gesellschafterwechsel verschaffen können.⁴⁴⁶ Veräußert ein Aktionär seine Namensaktien, ist der Rechtsübergang im Aktienbuch zu vermerken (§ 61 Abs 3 AktG). Die Verpflichtung zur Umschreibung im Aktienbuch trifft die AG erst, wenn der Aktionärswechsel ordnungsgemäß gemeldet und nachgewiesen ist.⁴⁴⁷ Zur Anmeldung von Eintragung und Löschung ist der Erwerber befugt, dem Veräußerer hingegen kommt nur die Befugnis im Hinblick auf seine Löschung zu.⁴⁴⁸ Als Nachweis erfordert die hM die Vorlage des Anteilscheins (vgl dazu § 62 Abs 1 AktG), wobei konkret der Rechtsübergang vom eingetragenen Aktionär auf den angemeldeten Erwerber nachzuweisen ist.⁴⁴⁹ Bei depotverwahrten Aktien erfolgt der Nachweis durch Meldung der Wertpapiersammelbank an die **20/115**

441 *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 9 Rz 14 und 21; *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 9 Rz 42; *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 23; *Gratzl/Hausmaninger/Justich*, Hb AG Kap 3 Rz 43.

442 *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 3/118; *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 62 Rz 2; *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 62 Rz 24 ff; *Schulz* in MüKo AktG⁴ § 68 Rz 136.

443 *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 3/122; *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 62 Rz 14.

444 *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 61 Rz 1.

445 *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 15 und 18.

446 *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 38.

447 *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 61 Rz 15; *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 34 und 59.

448 *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 54; *Schulz* in MüKo AktG⁴ § 68 Rz 133.

449 *Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, GeS 2013, 180 (185); *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 55.

AG.⁴⁵⁰ Sind die Namensaktien unverbrieft,⁴⁵¹ hat der Nachweis auf andere Weise zu erfolgen, bspw durch Vorlage von Kaufvertrag und Zessionsvereinbarung.⁴⁵² Nach Anmeldung und Nachweis in ordnungsgemäßer Weise können Erwerber als auch Veräußerer die Gesellschaft auf Eintragung in das Register klagen.⁴⁵³ Umstritten ist, ob die Mitteilung des Gesellschafterwechsels eine Pflicht des Erwerbers darstellt.⁴⁵⁴ Da die Materialien zu § 61 AktG im BudgetbegleitG 2014 von einer Mitteilungsobliegenheit sprechen, ist uE nicht von einer Pflicht auszugehen.⁴⁵⁵ Es ist dem Erwerber jedoch anzuraten, sich rasch eintragen zu lassen, zumal er sonst seine Mitgliedschaftsrechte nicht ausüben kann (dazu sogleich) und Dividendenansprüche nicht eingetragener Namensaktionäre mit Ablauf des Geschäftsjahres verfallen, in dem der betreffende Gewinnverwendungsbeschluss gefasst wurde (§ 61 Abs 5 AktG).⁴⁵⁶

20/116 Für die wirksame Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft ist die Umschreibung im Aktienbuch nicht erforderlich (deklarative Wirkung der Eintragung)^{457, 458} Ebenso wenig kann sie Mängel der Übertragung heilen.⁴⁵⁹ Für die Dauer der Verzeichnung als Aktionär verschafft die Eintragung im Aktienbuch diesem jedoch die volle mitgliedschaftliche Stellung gegenüber der Gesellschaft („relative Gesellschafterstellung“; § 61 Abs 2 AktG).⁴⁶⁰ Nach umstrittener Ansicht darf die AG keinem anderen als dem im Aktienbuch bezeichneten Namens-

450 *Kusznier/Perner*, Das neue Aktienbuch – Änderungen durch das Aktienrechts-Änderungsgesetz, *ecolex* 2009, 768 (769); *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 61 Rz 27 und § 62 Rz 4; *dies*, Wertpapierrecht 184 f; *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 57.

451 Seit dem GesRÄG 2011 ist die Bestimmung des § 61 AktG nicht nur für verbrieft, sondern auch für unverbriefte Namensaktien einschlägig, s *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 22 ff; *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 61 Rz 2.

452 *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 61 Rz 27 und § 62 Rz 4; *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 57.

453 *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 3/120; *Koch* in Hüffer/Koch, AktG¹³ (2018) § 67 Rz 5; *Schulz* in MüKo AktG⁴ § 68 Rz 134.

454 Für die Mitteilungspflicht *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 61 Rz 17 ff; aA *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 53.

455 ErläutRV 53 BlgNR 25. GP 10; *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 53.

456 *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 53.

457 Zum eingeschränkten konstitutiven Charakter der Eintragung im Aktienbuch s *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 40; *Lutter/Drygala* in KölnKomm AktG³ § 67 Rz 42.

458 OGH 25.9.2003, 2 Ob 212/03w, ZfRV-LS 2004, 25; *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 61 Rz 14 und § 62 Rz 5; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 3/118.

459 *Bayer* in MüKo AktG⁴ § 67 Rz 43; *Koch* in Hüffer/Koch, AktG¹³ § 67 Rz 11.

460 *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 9 Rz 1; *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 39.

aktionär die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte gestatten.⁴⁶¹ Demnach kann die AG – anders als die GmbH – den noch nicht eingetragenen Erwerber des Anteils nicht als Gesellschafter behandeln bzw ihm seine Gesellschafterstellung nicht anerkennen, wenn dessen Berechtigung unzweifelhaft ist. Die andere Ansicht möchte – bei Vorliegen einer unzweifelhaften Berechtigung des Erwerbers – die AG dazu berechtigen (und sogar verpflichten), nach der tatsächlichen Rechtslage zu handeln, also dem nicht Eingetragenen die Mitgliedschaftsrechte zukommen zu lassen.⁴⁶² Erfolgt eine Eintragung des Aktionärswechsels bei vinkulierten Namensaktien ohne die erforderliche Zustimmung, wird vertreten, dass der zu Unrecht Eingetragene die uneingeschränkte Rechtsposition des Aktionärs hat, der materiell Berechtigte jedoch die erfolgte Eintragung bekämpfen und seine Eintragung verlangen kann.⁴⁶³

Für Inhaberaktionäre und deren mitgliedschaftliche Stellung hat das Aktienbuch keine unmittelbare Bedeutung.⁴⁶⁴ Generell gilt § 61 AktG für Inhaberaktien nicht.⁴⁶⁵ Führt die Inhaberaktien ausgebende AG freiwillig ein Aktionärsregister, was angesichts praktischer Schwierigkeiten bei börsennotierten Gesellschaften nicht vorkommen wird, so unterliegen diese Aufzeichnungen nicht den Regeln über das Aktienbuch.⁴⁶⁶ Derartige Eintragungen haben bloß eine Indizfunktion der Aktionärseseigenschaft.⁴⁶⁷

20/117

4. Zuständigkeit und Kosten

Mangels besonderer Formerfordernisse für die Aktientransaktion bestehen grundsätzlich keine über einen etwaigen Kaufpreis hinausgehende Kosten. Bezüglich Grunderwerbssteuer und Rechtsgeschäftsgebühr gilt das zur GmbH Gesagte. Zumal sich bei einem Gesellschafterwechsel in der AG grundsätzlich keine Änderungen im Firmenbuch ergeben, fallen auch diesbezüglich keine Kosten an. Nur beim Aktionärswechsel in einer Einmann-AG sind zunächst eine Eingabengebühr von € 152,- bzw ohne Eingabe via ERV € 170,- sowie

20/118

461 *Jabornegg/Geist* in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 62 Rz 26; *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 61 Rz 8 und 11.

462 *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 45; *Schulz* in MüKo AktG⁴ § 68 Rz 130.

463 *Krejci*, *ecolex* 1992, 560 (561 f); *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 47.

464 *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 17, dort auch mit Ausführungen zum mittelbaren Interesse der Inhaberaktionäre an der ordnungsgemäßen Führung des Aktienbuches.

465 Vgl *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 20 f, wo auch Ausnahmen aufgezeigt werden.

466 *Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 61 Rz 2.

467 *Haberer/Zebetner* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 61 Rz 21.

für die Löschung und Neueintragung jeweils € 21,-, insgesamt also € 42,- zu zahlen (Tarifposten 10 lit c Z 8 GGG).

5. Rechtsfolgen

- 20/119** Nach wirksamer Übertragung der Aktien hat der Erwerber dieselbe Rechtsposition, wie sie der Veräußerer hatte (zur Wirkung der Eintragung im Aktienbuch s oben).⁴⁶⁸ Die Erlangung der Gesellschafterstellung bewirkt somit, dass dem erwerbenden Aktionär die jeweiligen Vermögens- und Verwaltungsrechte zukommen.
- 20/120** Mit der Anteilstransaktion geht ferner eine noch offene Einlagenschuld unmittelbar auf den Erwerber über.⁴⁶⁹ Dies gilt auch für einen schon während der Mitgliedschaft des Veräußerers fälligen, aber nicht berichtigten Beitrag. Der veräußernde Aktionär wird mit Übergang der Mitgliedschaft von der Einlagepflicht frei und haftet hierfür nur noch subsidiär unter den Voraussetzungen des § 59 AktG (Vormännerhaftung).⁴⁷⁰ Der Erwerber übernimmt jedoch keine Sachleistungspflichten. Sacheinlagen schuldet nur derjenige, der sich zu ihrer Erbringung verpflichtet hat.⁴⁷¹ Der veräußernde Aktionär bleibt daher Schuldner der ausstehenden Sacheinlageverpflichtung.⁴⁷² Ist die Sacheinlageverpflichtung aufgrund unterbliebener oder mangelhafter Erfüllung (teilweise) in Geld abzudecken, haftet der Erwerber jedoch wie für rückständige Geldeinlagen.⁴⁷³ Als mitgliedschaftliche Leistungspflichten gehen auch Nebenleistungsverpflichtungen (§ 50 AktG) ipso iure auf den Erwerber der belasteten Aktien über.⁴⁷⁴ Mangels besonderer Abrede über eine Schuldübernahme haftet

468 Reich-Rohrwig, *ecolex* 1990, 219 (221).

469 Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 49 Rz 5 und 10; *Drygala* in KölnKomm AktG³ § 54 Rz 5.

470 Schopper in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 49 Rz 15 und 18; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 49 Rz 10; *Bungeroth* in MüKo AktG⁴ § 54 Rz 13; *Drygala* in KölnKomm AktG³ § 54 Rz 9.

471 Schopper in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 49 Rz 20; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 49 Rz 9 und 11; *P. Doralt/Winner* in MüKo AktG⁴ § 54 Rz 115 mit Verweis auf § 28a AktG; zum dAktG etwa *Drygala* in KölnKomm AktG³ § 54 Rz 11; *Bungeroth* in MüKo AktG⁴ § 54 Rz 14; *Fleischer* in K. Schmidt/Lutter (Hrsg), *Aktiengesetz Kommentar*³ (2015) § 54 Rz 13.

472 Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 49 Rz 11; *Henze* in Hopt/Wiedemann, *Großkommentar*⁴ § 54 Rz 31; *Drygala* in KölnKomm AktG³ § 54 Rz 11.

473 Schopper in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 49 Rz 20; *Bungeroth* in MüKo AktG⁴ § 54 Rz 14; *Koch* in Hüffer/Koch, AktG¹³ § 54 Rz 4; *Drygala* in KölnKomm AktG³ § 54 Rz 12.

474 Schopper in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 50 Rz 9; *Henze* in Hopt/Wiedemann, *Großkommentar*⁴ § 55 Rz 2, 32 und 41; *Koch* in Hüffer/Koch, AktG¹³ § 55 Rz 7; *Bungeroth* in MüKo AktG⁴ § 55 Rz 20; *Drygala* in KölnKomm AktG³ § 55 Rz 53.

der Erwerber – anders als bei den Einlagenbeiträgen – für auf die Nebenverpflichtung bezogenen Rückstände aus der Zeit vor der Anteilsübertragung nicht. Hierfür trifft allein den Veräußerer die Leistungspflicht.⁴⁷⁵ Verpflichten sich Aktionäre schuldrechtlich über ihre korporative Beitragspflicht hinaus, gehen diese – nicht in der Mitgliedschaft begründeten – Verpflichtungen nicht ex lege mit der Mitgliedschaft auf den Erwerber über.⁴⁷⁶ Abweichendes kann vertraglich im Innenverhältnis zwischen Erwerber und Veräußerer vereinbart werden. Gegenüber der AG ist eine vertragliche Schuldübernahme entsprechend der allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften nur mit ihrer Zustimmung wirksam.⁴⁷⁷ Ist der Veräußerer aufgrund des Empfangs einer verbotenen Zahlung gem § 56 AktG rückerstattungspflichtig, erstreckt sich diese Haftung nicht auf den Erwerber der Aktie. Der Rückgewähranspruch der Gesellschaft betrifft nicht die Mitgliedschaft, sondern den empfangenden Aktionär persönlich.⁴⁷⁸

Eine Besonderheit der wertpapiermäßigen Verbriefung von Aktien stellt die Möglichkeit des lastenfremigen Gutgläubenserwerbs dar.⁴⁷⁹ Einlagenrückstände und offene Nebenleistungsverpflichtungen müssen nicht geleistet werden, wenn verbrieft Aktien gutgläubig erworben werden, weil der Erwerber von der Lastenfreiheit der übernommenen Mitgliedschaftsbeteiligung ausgehen konnte.⁴⁸⁰ Schuldner bleibt im Fall der verbotswidrigen Einlagenrückgewähr der Veräußerer.⁴⁸¹ In Bezug auf Nebenverpflichtungen haften weder Erwerber noch Veräußerer, die Aktien werden nebenleistungsfrei.⁴⁸² Für den Schaden

20/121

475 *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 50 Rz 11; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 50 Rz 8 und 21; *Koch* in Hüffer/Koch, AktG¹³ § 55 Rz 7; *Bungeroth* in MüKo AktG⁴ § 55 Rz 21.

476 *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 49 Rz 31 und 39; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 49 Rz 25; *P. Doralt/Winner* in MüKo AktG⁴ § 54 Rz 121; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 3/157; *Haberer*, Kapitalgesellschaftsrecht 369.

477 *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 49 Rz 25.

478 *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 165 f; *Artmann* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 56 Rz 8; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 56 Rz 20; *P. Doralt/Winner* in MüKo AktG⁴ § 62 Rz 143; *Henze* in Hopt/Wiedemann, Großkomm⁴ § 62 Rz 35 f; *Bayer* in MüKo AktG⁴ § 62 Rz 26; *Koch* in Hüffer/Koch, AktG¹³ § 62 Rz 4; *Cahn* in Spindler/Stilz (Hrsg), AktG³ (2015) § 62 Rz 8.

479 Bei unverbrieften Anteilen ist ein gutgläubiger lastenfremiger Erwerb ausgeschlossen, vgl BGH 5.4.1993, II ZR 195/91, NJW 1993, 1983; *Drygala* in KölnKomm AktG³ § 54 Rz 21; *Bungeroth* in MüKo AktG⁴ § 54 Rz 17.

480 *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 9 Rz 14 und 41, § 49 Rz 19 sowie § 50 Rz 10; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 49 Rz 13 ff und § 50 Rz 13.

481 *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 49 Rz 13; *Koch* in Hüffer/Koch, AktG¹³ § 54 Rz 4; *Bungeroth* in MüKo AktG⁴ § 54 Rz 15 und 19.

482 *Schopper* in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 50 Rz 10; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 50 Rz 13; *Bungeroth* in MüKo AktG⁴ § 55 Rz 41 und 43 f; *Henze* in Hopt/Wiedemann, Großkomm⁴ § 55 Rz 25 ff.

der Gesellschaft hat idR der Vorstand aufzukommen,⁴⁸³ allerdings wird – bei Vorliegen der Voraussetzungen – auch die Schadenersatzpflicht des veräußernden Aktionärs vertreten.⁴⁸⁴

20/122 Wie bereits erwähnt kann den veräußernden Aktionär uU eine Haftung nach § 59 AktG treffen (Vormännerhaftung). Erfüllt er seine daraus resultierende Regressschuld, erhält der Veräußerer die Mitgliedschaft ipso iure (zurück). Da es in diesem Fall nicht zum (langfristigen) Gesellschafterwechsel kommt, darf auf weiterführende Literatur verwiesen werden.⁴⁸⁵

Autorenexemplar

483 Schopper in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 50 Rz 10; Drygala in KölnKomm AktG³ § 55 Rz 59.

484 Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 50 Rz 13; Henze in Hopt/Wiedemann, Großkomm⁴ § 55 Rz 26; Bungereoth in MüKo AktG⁴ § 55 Rz 43; Drygala in KölnKomm AktG³ § 55 Rz 57 ff.

485 Csoklich in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 59; Artmann in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 59.