

wie etwa die prozedurale Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit von *John Hart Ely*, erklärten bzw begründeten die vielen Tätigkeitsbereiche der Verfassungsgerichte (und eine Vielzahl an Grundrechten) nicht. *Grimm* gibt zwar zu, dass es auch Staaten gebe, die freiheitlich seien, allerdings ohne Verfassungsgericht auskämen; „historisch lässt sich allerdings zeigen, dass ein solcher Zustand äußerst voraussetzungsreich“ bezüglich der Rechtskultur sei (S 37). Da formale Institutionen wie Verfassungsgerichte dabei helfen können, informelle (rechtskulturelle) Voraussetzungen zu substituieren, scheine die Verfassungsgerichtsbarkeit eine universellere Lösung zur Erhöhung der Chancen für die Beachtung der Verfassung zu sein als rechtskulturelle Verfassungsgarantien.

Die ursprüngliche Frage des Buches, also ob Verfassungsgerichtsbarkeit als rechtlich oder als politisch einzuordnen ist, kann nicht einfach beantwortet werden. Ihr Gegenstand sind politische Entscheidungen, ihre Wirkungen sind ebenfalls eindeutig politisch – ob der Vorgang ihrer Entscheidungsfindung auch ein politischer ist, ist allerdings eine offene Frage. Man kann den Vorgang sowohl in politikwissenschaftlicher Sprache als auch in rechtswissenschaftlicher Sprache rekonstruieren (es geht also nicht um verifizierbare Thesen, sondern um verschiedene Konzeptualisierungen). Der Zweifel an der Dichotomisierung ist der wichtigste Kritikpunkt gegenüber dem Buch, das ansonsten eine beeindruckend gut strukturierte Übersicht über zahlreiche theoretische Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit bietet. Die Formulierung der Frage im Titel „Recht oder Politik?“ impliziert dichotome Alternativen, wobei es aber in Wirklichkeit eher nur um parallele Deutungsschemata geht. Man sollte sich lieber fragen, was man damit gewinnt (erkenntnistheoretisch oder politisch), wenn Verfassungsgerichtsbarkeit in politikwissenschaftlicher oder rechtswissenschaftlicher Sprache rekonstruiert wird. Die Ablehnung der rechtswissenschaftlichen Konzeptualisierung ist der amerikanischen Politikwissenschaft und den illiberalen populistischen Politikern gemeinsam, natürlich mit gänzlich unterschiedlichen Motivationen – was auch von *Grimm* eindrücklich gezeigt wird.

Das Buch von *Grimm* ist eine verständliche, kurze und dennoch präzise Zusammenfassung klassischer und moderner (vor allem deutscher und amerikanischer) Debatten der Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit. Die interessantesten Einsichten stammen aus der Zusammenschau dieser verschiedenen Schichten (wie etwa der Positionen zur Normativität der Grundrechte bei *Kelsen*, *Tushnet* und *Waldron*, S 38). Insgesamt ist es eine gut geschriebene, scharfsinnige und durchaus empfehlenswerte Lektüre.

András Jakab

Herrmann, Andreas: Risikouberwälzung beim Bauwerkvertrag. 156 Seiten, Manz, Wien 2018. Buch. € 42,-. ISBN 978-3-214-01416-2.

Das Buch geht auf die Dissertation des Autors an der Universität Wien zurück. Untersucht wird die Frage, welche Grenzen für vertragliche Vereinbarungen bestehen, die von den dispositiven gesetzlichen Gefahrtragsregeln (§§ 1168, 1168a ABGB) abweichen. Da den §§ 1168, 1168a ABGB nach zutreffender Ansicht des Autors die Sphärentheorie zugrunde liegt, ist unter einer Risikouberwälzungsklausel die vertragliche Übertragung eines Risikos aus der Sphäre eines Vertragspartners in die Sphäre des anderen Vertragspartners zu verstehen. Grundsätzlich handelt es sich dabei um ein Problem des Werkvertragsrechts im Allgemeinen. Das vorliegende Werk beschränkt sich jedoch auf Bauwerkverträge, was

deswegen sinnvoll ist, weil bei Bauvorhaben besondere Risiken (zB Baugrundrisiko) bestehen und sich auch im Zusammenhang mit ÖNORMEN bauspezifische Fragen stellen.

Es liegt wohl in der Natur des Themas, dass die Annäherung an den eigentlichen Gegenstand der Untersuchung nicht ganz einfach ist. Wer die Zulässigkeitsgrenzen von vertraglichen Risikouberwälzungsklauseln untersuchen möchte, muss sich zunächst mit den gesetzlichen Gefahrtragsregeln (§§ 1168, 1168a ABGB) herumschlagen, zumal eine *Risikouberwälzung* definitionsgemäß ja nur dann vorliegt, wenn überhaupt vom gesetzlichen Grundkonzept abgewichen wird. Außerdem spielt das dispositive Recht auf Grund seiner Leitbildfunktion eine Rolle bei der Kontrolle der Zulässigkeit der konkreten Risikouberwälzungsklausel. Das Buch enthält daher zunächst eine kompakte Darstellung des Meinungsstands zur Gefahrtragung beim Werkvertrag (S 5–32). Beim Werkvertrag spielen aber nicht nur die Gefahrtragsregeln, sondern auch die Art der vertraglichen Preisgestaltung (Kostenvoranschläge, Einheitspreis-, Regiepreis- und Pauschalpreisvertrag) eine maßgebliche Rolle für die Risikoverteilung. § 1170a ABGB bringt das eindringlich zum Ausdruck. Daher sind auch die bei Bauwerkverträgen gängigen Preisvereinbarungen eine notwendige Grundlage für eine Untersuchung der Zulässigkeitsgrenzen von Risikouberwälzungen beim Werkvertrag (S 36–54).

Zum eigentlichen Kern des Untersuchungsgegenstands dringt *Herrmann* vor, wenn er sich der Auslegung von Risikouberwälzungsklauseln widmet (S 60 ff). Zutreffend wird hier die Bedeutung der Vertragsauslegung (§§ 914, 915 ABGB), insbesondere die korrekte Ermittlung des Bausolls, betont. Ebenso zutreffend ist freilich das – letztlich nicht explizit ausgesprochene – Ergebnis, dass für die Auslegung von Risikouberwälzungsklauseln keinerlei Besonderheiten ausgemacht werden können, sondern die allgemeinen Grundsätze der Vertragsauslegung gelten.

Da Vereinbarungen über die Risikouberwälzung im Regelfall in Form von AGB getroffen werden, setzt sich der Autor mit der AGB-Kontrolle (§§ 864a, 879 ABGB) im Zusammenhang mit Bauwerkverträgen im Allgemeinen und mit Risikouberwälzungsklauseln im Besonderen auseinander (S 67–112). Exemplarisch herauszugreifen ist an dieser Stelle die spannende Frage, ob rechtliche ÖNORMEN (konkret die ÖNORM B 2110) Leitbildfunktion bei der Inhaltskontrolle iS des § 879 Abs 3 ABGB haben. *Herrmann* bejaht dies, wenn die Parteien die Geltung der ÖNORM vereinbart haben, einzelne Punkte der ÖNORM aber durch individuelle vertragliche Gestaltung modifiziert oder abbedungen wurden. Dem ist mE zumindest im Grundsatz nur dann zuzustimmen, wenn das dispositive Gesetzesrecht zum einschlägigen Regelungsproblem nichts sagt, die ÖNORM hingegen schon. Haben die Parteien die Geltung der ÖNORM nicht vereinbart, ist sie nach Ansicht *Herrmanns* nicht als Maßstab der Kontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB heranzuziehen. Auch hier ist mE ein Vorbehalt angezeigt: Die Heranziehung einer konkreten ÖNORM-Regelung als Orientierungshilfe für die gröbliche Benachteiligung iS des § 879 Abs 3 ABGB ist in solchen Fällen dann nicht ausgeschlossen, wenn das dispositive Gesetzesrecht dazu gar keine Regelung enthält und die ÖNORM-Regelung ihrerseits einer allgemeinen Inhaltskontrolle standhält. Problematisch ist die Heranziehung der ÖNORM als Leitbild somit mE dann, wenn eine einschlägige dispositive gesetzliche Regelung existiert, von der die ÖNORM abweicht. Dann muss das dispositive Gesetz und nicht die ÖNORM Maßstab für die Prüfung nach § 879 Abs 3 ABGB sein.

In einem inhaltlich sehr dicht geschriebenen Abschnitt widmet sich das Buch schließlich „speziellen Fragen der

Risikoüberwälzung“ (S 113–142). Im Anschluss an den OGH geht Herrmann grundsätzlich davon aus, dass die Überwälzung unkalkulierbarer und nach oben hin unbegrenzter Risiken gröblich benachteiligend ist. Die Gretchenfrage ist in dem Zusammenhang natürlich, was unter „unkalkulierbaren Risiken“ zu verstehen ist. Besonders verdienstvoll sind daher die Bemühungen Herrmanns um eine Klarstellung dieses wichtigen Begriffes (S 121 ff). Kennzeichnend für ein unkalkulierbares Risiko sei, dass dessen Realisierung nicht mit einem Wagniszuschlag im konkreten Vertrag zufriedenstellend abgegolten werden könne. Im Anschluss daran werden mit dem Preisrisiko, Baugrundrisiko, Einbringlichkeitsrisiko, Vollständigkeits- und Mengenrisiko spezielle Risiken bei Bauwerkverträgen definiert und im Hinblick auf die Zulässigkeit einer Überwälzung auf die andere Vertragspartei untersucht.

Die praktische Handhabung des Buches wird durch eine gute Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und ein übersichtliches Stichwortverzeichnis erleichtert.

Abschließend noch ein kleiner Hinweis auf die Praxisrelevanz des Themas: Die Risikoverteilung im konkreten Bauvertrag ist die entscheidende Vorfrage, ob dem Werkunternehmer ein Anspruch auf damit zusammenhängende Mehrkosten gebührt. Die Lektüre des Buches ist daher für jeden interessant, der sich mit Mehrkostenforderungen im österreichischen Bauwerkvertragsrecht befasst. Damit sollte für einen reißenden Absatz gesorgt sein.

Alexander Schopper

Wolkerstorfer, Thomas: Erbfolge in den GmbH-Geschäftsanteil. 458 Seiten, Verlag Österreich, Wien 2020. Gebunden. € 119,-. ISBN 978-3-7046-8394-6.

Zwischen Tour d’Horizon und Tour de Force. Das auf der Habilitationsschrift von Thomas Wolkerstorfer (im Folgenden: der Autor) an der Johannes Kepler Universität Linz basierende Werk nimmt sich eines Themas an, das im Vergleich zu den ebenfalls berücksichtigten Grundlagen noch nicht Gegenstand umfangreicher Darstellungen war. Es handelt sich um eine Querschnittsmaterie von Gesellschaftsrecht und Erbrecht. Das bringt es mit sich, dass zwischen gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Ausführungen ein mitunter rascher Wechsel stattfindet. Festzuhalten ist die ins Detail gehende Aufarbeitung (auch) der gesellschaftsrechtlichen Grundlagen, die über das Grundlagenkapitel hinaus einen beachtlichen Teil des Werks ausmacht und zahlreiche eigene Stellungnahmen des Autors zu diversen strittigen Themen im Zusammenhang mit dem GmbH-Geschäftsanteil enthält, der vom Autor als „Schnittpunkt von Erb- und GmbH-Recht“ bezeichnet wird. Es findet sich ein historischer Abriss der GmbH ebenso wie eine Auseinandersetzung mit der Rechtsnatur des Geschäftsanteils und der in diesem enthaltenen mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten. Besonderes Interesse verdient der „Exkurs“ zum Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, welches vom OGH trotz Fehlens einer expliziten Grundlage im GmbHG sehr weit verstanden wird. Der Autor gelangt hierbei nach Analyse des Meinungsstandes und einem Vergleich mit den Informationsrechten eines Kommanditisten zur Frage der subsidiären Anwendbarkeit der Regelungen betreffend die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (in concreto § 1194 ABGB): Bezüglich der Frage, ob es sich bei § 1194 Abs 1 Z 1 ABGB um ein Individualrecht oder ein kollektives Mitgliedschaftsrecht auf Information handelt, schließt sich der Autor der überwiegenden Meinung an, die ein kollektives Recht annimmt. Eine subsidiäre Anwendbarkeit auf die GmbH wird bejaht, wie dies etwa auch schon von Koppensteiner (Die GesBR neuer

Prägung und der allgemeine Teil des Gesellschaftsrechts, wbl 2015, 301 [306]) nachvollziehbar vertreten wurde. Die Betrachtung des Teilbereichs der Nebenleistungspflichten (§ 8 GmbHG) umfasst eine kurze Erörterung des Tatbestandselements der „wiederkehrenden“ Leistung, was in der Kommentarliteratur des Öfteren offengelassen wird; auch hierzu bezieht der Autor eindeutig Stellung: Dauerleistungen wie eine Geschäftsführungs- oder Buchhaltungspflicht sind nicht als Nebenleistungspflicht wirksam festzulegen. Breiten Raum nimmt weiters die Frage nach dem Zeitpunkt des Entstehens der GmbH-Geschäftsanteile ein, wobei der Geschäftsanteil von einer Mitgliedschaft in der Vorgesellschaft abgegrenzt wird, was im Zusammenhang mit der gesetzlichen Terminologie einzelner gesetzlicher Tatbestände relevant sein kann.

Der Hauptteil des Werks beschäftigt sich mit der Übertragung von Geschäftsanteilen. Anders als der Titel des Buches nahelegen könnte, geht es nicht bloß um eine Vererbung des GmbH-Anteils. Rund 40 Seiten behandeln die Geschäftsanteilsübertragung unter Lebenden, wobei hier eines der „Hauptthemen“ des § 76 GmbHG, nämlich die Formpflicht, deren Zwecke und Reichweite, nicht zu kurz kommt. Die Beantwortung der Frage, welche Formzwecke zu bejahen sind, ist zugleich eine Vorentscheidung für die Behandlung zahlreicher Folgefragen. Verständnisfördernd sind (auch) die Vergleiche mit anderen Rechtsformen (OG, GesBR). In der Streitfrage, ob die Übertragung eines Geschäftsanteils einer GesBR, in deren Vermögen sich ein GmbH-Geschäftsanteil befindet, der Notariatsaktspflicht des § 76 Abs 2 GmbHG unterliegt, folgt der Autor jener Meinung im Schrifttum, die eine Notariatsaktspflicht bejaht (siehe etwa Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² [2018] § 76 Rz 35; Rauter in Rummel/Lukas, ABGB⁴ [2019] § 1182 Rz 25; Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG [2019] § 76 Rz 190/2). Hinsichtlich des Aspekts des Übergangs des GmbH-Anteils bei Übertragung des GesBR-Geschäftsanteils wird eine Ab- und Anwachsung ipso iure bejaht, wie sie in der Lehre vertreten wird (siehe für eine Gegenansicht Merzo/Rauter in Rummel/Lukas, ABGB⁴ [2019] § 1201 Rz 31 ff). Ein weiteres interessantes (gesellschaftsrechtliches) Thema findet sich im Kontext der Teilung des GmbH-Anteils, nämlich jenes der Satzungsdurchbrechung; im Ergebnis streng wird für eine – auch bloß punktuelle – Satzungsdurchbrechung die Einhaltung der Dreiviertelmehrheit, eine notarielle Beurkundung und auch die Eintragung des Beschlusses im Firmenbuch verlangt. Dies wird offenbar nicht nur für den Ausschluss der Anfechtbarkeit, sondern für die Beschlusswirksamkeit als solche verlangt, weshalb sich die Frage stellt, wann überhaupt im Falle einer Satzungsverletzung eine Anfechtbarkeit in Betracht kommt. Der Themenbereich wird wohl pro futuro noch Gegenstand zahlreicher Erörterungen sein.

Die umfangreichen Betrachtungen zur Übertragung des Geschäftsanteils von Todes wegen (Seiten 112 ff) enthalten neben grundlegenden Informationen zur gesetzlichen Erbfolge auch vertiefende Informationen zur Erbteilung sowie zum Ausschluss (bzw der Beschränkung) der Vererblichkeit. Letzteres Thema nimmt großen Raum in Anspruch, werden doch neben der – vom OGH abgelehnten – Akkreszenz (die nach der vom OGH bestätigten Meinung des OGH an einem Formzweck des § 76 Abs 2 GmbHG scheitert) auch der Erwerb eigener Anteile, das heißt durch die Gesellschaft selbst (insbesondere in Form einer praktisch heiklen Einziehung), und die in der Praxis verbreiteten Aufgriffsrechte eingehend beleuchtet. Den gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsoptionen folgt ein (Unter-)Kapitel zu zivilrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten. Die Komplexität der Themen erfordert eine vielschichtige Darstellung, wie insbesondere an den Ausführungen