

Gesellschafterwechsel durch Anteilsübertragung in der Kapitalgesellschaft & Co

Alexander Schopper, Innsbruck

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Unterschiedliche gesetzliche Konzeptionen des Gesellschafterwechsels bei Personen- und Kapitalgesellschaften
- III. Gesellschafterwechsel in der GmbH & Co OG
 - A. Veräußerung des Gesellschaftsanteils an der OG
 - B. Übertragung der Geschäftsanteile an einer Beteiligungs-GmbH
 - 1. Grundsatz der freien Übertragbarkeit gem § 76 Abs 1 GmbHG
 - 2. Vinkulierung im Gesellschaftsvertrag der GmbH
 - 3. Einschränkung der freien Übertragbarkeit durch Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag der OG
 - 4. Einschränkung der freien Übertragbarkeit gem § 124 UGB analog?
- IV. Gesellschafterwechsel in der GmbH & Co KG
 - A. Veräußerung des Gesellschaftsanteils an der KG
 - 1. Komplementär-Stellung
 - 2. Kommanditisten-Stellung
 - B. Veräußerung der Geschäftsanteile an einer Beteiligungs-GmbH
 - 1. Komplementär-GmbH
 - 2. Kommanditisten-GmbH
- V. Zusammenfassung

I. Einleitung

Zu den Forschungsinteressen des Jubilars *Johannes Reich-Rohrwig*¹⁾ zählen seit langem Personengesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter („Kapitalgesellschaft & Co“²⁾, „Quasi-Kapitalgesellschaften“³⁾) oder „verdeckte Kapitalgesellschaften“, allen voran die GmbH & Co

1) Vgl *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) 388 ff; vgl zB auch *Reich-Rohrwig*, Vor- und Nachteile der GmbH & Still im Vergleich zur GmbH & Co KG, wbl 1988, 14.

2) So zB *Ch. Nowotny*, Die GmbH & Co KG auf dem Weg zur Kapitalgesellschaft? RdW 2009, 326.

3) So *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 405.

KG.⁴⁾ Die Kapitalgesellschaft & Co erfuhr durch den Gesetzgeber⁵⁾ und die Rechtsprechung⁶⁾ in der jüngeren Vergangenheit eine partielle Gleichstellung mit Kapitalgesellschaften. Diese Entwicklung hat *Johannes Reich-Rohrwig* maßgeblich beeinflusst, beruft sich doch der OGH in seiner Leitentscheidung 2 Ob 225/07p vom 29. 5. 2008 vor allem⁷⁾ auf seine wissenschaftliche Vorarbeit.⁸⁾

Auch die Übertragung von Gesellschaftsanteilen stand schon mehrfach im wissenschaftlichen Fokus des Jubilars.⁹⁾ Der vorliegende Beitrag verbindet die beiden Themen und behandelt den Gesellschafterwechsel in der Kapitalgesellschaft & Co durch Anteilsübertragung unter Lebenden, also durch Kauf, Schenkung bzw vorweggenommene Erbfolge. Fragen des Gesellschafterwechsels in einer Kapitalgesellschaft & Co sind nicht auf Verfügungen über Gesellschaftsanteile an der Personengesellschaft beschränkt, sondern betreffen auch die Übertragung von Geschäftsanteilen oder Aktien der an der Personengesellschaft beteiligten Kapitalgesellschaften, beispielsweise die Veräußerung von Geschäftsanteilen einer Komplementär-GmbH in einer GmbH & Co KG.

II. Unterschiedliche gesetzliche Konzeptionen des Gesellschafterwechsels bei Personen- und Kapitalgesellschaften

Das Kapitalgesellschaftsrecht¹⁰⁾ und das Personengesellschaftsrecht verfolgen geradezu spiegelverkehrte Konzepte bei der Übertragung der Gesellschafts- bzw GmbH-Geschäftsanteile. Im Recht der GmbH sind die Geschäftsanteile gem § 76 Abs 1 GmbHG nach der gesetzlichen Grundregel frei übertragbar. Der Grundsatz der freien Übertragbarkeit ist ein Merkmal der Kapitalgesellschaften. Abweichend davon können Übertragungsbeschränkungen – wie beispielsweise

- 4) Dazu gehören neben der GmbH & Co KG etwa die AG & Co KG, die Verein & Co KG oder die Auslandskapitalgesellschaft & Co KG sowie eine OG, die keine natürliche Person als Gesellschafter aufweist; vgl zB *U. Torggler in Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch II³ (2012) Vor § 189 Rz 24; *Ch. Nowotny in Straube*, UGB II/RLG³ § 221 Rz 9.
- 5) Vgl § 67 Abs 1 IO; § 189 Abs 1 Z 1 UGB; § 4 Z 3 EKEG..
- 6) OGH 21. 12. 1995, 2 Ob 594/95 NZ 1997, 124 = *ecolex* 1996, 679; 7. 11. 2007, 6 Ob 235/07p GesRZ 2008, 100 (*Umlauf*); 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p GeS 2008, 315 (*Bauer*) = ÖBA 2009, 60 (*Bollenberger*) = GesRZ 2008, 310 (*Stingl*).
- 7) Wegbereitend für 2 Ob 225/07p war daneben vor allem auch *Karollus*, Verstärkter Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, *ecolex* 1996, 860.
- 8) Dies attestieren auch *Karollus*, Einlagenrückgewähr in der verdeckten Kapitalgesellschaft, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 69 FN 165, und *Ch. Nowotny*, RdW 2009, 326 (328).
- 9) *Reich-Rohrwig*, Unternehmens- und Anteilsübertragung aus zivil- und gesellschaftsrechtlicher Sicht, in *Bank Austria* (Hrsg), Unternehmensnachfolge (1999) 10 ff; *Reich-Rohrwig/Thiery*, Gewährleistungsfragen beim Anteilskauf, *ecolex* 1991, 89; *Reich-Rohrwig*, Auslegung und Reichweite von Bilanzgarantien, in *Althuber/Schopper* (Hrsg), Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence I (2010) 388.
- 10) Aus Gründen der Vereinfachung und der besseren Lesbarkeit wird in weiterer Folge der Schwerpunkt auf das GmbH-Recht, also die GmbH & Co OG und die GmbH & Co KG gelegt. Die Ausführungen gelten zumindest im Grundsatz aber auch für AG als unbeschränkt haftende Gesellschafter einer Personengesellschaft.

eine Vinkulierung oder Aufgriffsrechte – im Gesellschaftsvertrag der betreffenden GmbH, aber auch auf sonstiger vertraglicher Grundlage getroffen werden (§ 76 Abs 2 GmbHG). In der Praxis wird von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht.¹¹⁾ Das gilt nicht nur für die GmbH im Allgemeinen, sondern auch für eine GmbH, die unbeschränkt haftende Gesellschafterin einer Personengesellschaft ist.¹²⁾

Für OG und KG ist das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgedreht: Nach § 124 Abs 1 UGB müssen alle Mitgesellschafter der Verfügung über einen Gesellschaftsanteil zustimmen. § 124 Abs 1 UGB enthält somit eine gesetzliche Vinkulierung, die aber einen dispositiven Charakter aufweist. Abweichend davon kann der Gesellschaftsvertrag der OG oder KG die freie Übertragbarkeit gestatten, eine Übertragung ohne Zustimmung der Mitgesellschafter nur für bestimmte Konstellationen (zB innerhalb der Familie) zulassen oder eine Zustimmung durch Mehrheitsbeschluss vorsehen.¹³⁾

In der Kapitalgesellschaft ohne natürliche Person als Vollhafter treffen diese beiden gegensätzlichen Konzepte des Gesellschafterwechsels aufeinander.

III. Gesellschafterwechsel in der GmbH & Co OG

A. Veräußerung des Gesellschaftsanteils an der OG

Ausgangspunkt der folgenden Ausführungen ist die OG, deren Gesellschafterkreis sich aus mehreren GmbHs („Beteiligungs-GmbHs“) zusammensetzt („GmbH & Co OG“¹⁴⁾). Diese Erscheinungsform ist zwar praktisch nicht so häufig anzutreffen wie die GmbH & Co KG, doch lassen sich die Fragen des Gesellschafterwechsels bei der GmbH & Co OG besonders gut darstellen, weshalb die Erörterung der GmbH & Co KG erst im Anschluss daran erfolgt.

Möchte eine Beteiligungs-GmbH ihren Gesellschaftsanteil an der OG übertragen, gilt § 124 UGB. Demnach kann die Beteiligungs-GmbH als Gesellschafter der OG über ihren Gesellschaftsanteil nicht ohne die Zustimmung aller übrigen OG-Gesellschafter verfügen, außer es wurde eine abweichende Vereinbarung im

11) OGH 17. 12. 2010, 6 Ob 63/10y; 25. 2. 1993, 6 Ob 1013/92; RIS Justiz RS0059750; Schopper in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG. Kommentar (2014) § 76 Rz 18; vgl dazu Reich-Rohrwig, Verbreitung und Gesellschafterstruktur der GmbH in Österreich, in Doralt/Löffler (Hrsg), Kontinuität und Wandel: Beiträge zum Unternehmensrecht. Festschrift für Walther Kastner zum 90. Geburtstag (1992) 371 (376); Reich-Rohrwig, Übertragung vinkulierter Anteile, *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 in FN 108).

12) Vgl etwa W. Arnold in Kastner/Stoll (Hrsg), Die GmbH & Co KG (1970) 118; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ (2002) 1645; Wiedemann, Gesellschaftsrecht II (2004) 868 ff; Schultze, Die Reichweite des Formerfordernisses bei der Veräußerung einer Beteiligung an einer GmbH & Co. KG, NJW 1991, 1936 mwN.

13) Eckert in U. Torggler (Hrsg), UGB Kommentar (2013) § 124 Rz 3; Koppensteiner/Auer in Straube, UGB I⁴ (2014) § 124 Rz 3.

14) Vgl zu Begriff und Erscheinungsformen Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 388 ff.

OG-Gesellschaftsvertrag getroffen. Auf Gesellschaften, die vor dem 1. 1. 2007 errichtet wurden, sind die Bestimmungen des HGB anzuwenden, sofern die Gesellschafter nicht die Anwendung der Regelungen des UGB vereinbaren.¹⁵⁾ Auch zum HGB vertrat die hA¹⁶⁾, dass ein Gesellschafter einer OHG nur mit Zustimmung aller Gesellschafter über seinen Gesellschaftsanteil verfügen kann, sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist.

Sind Anteilsübertragungen nicht im Gesellschaftsvertrag zugelassen und lässt der Gesellschaftsvertrag auch keine Mehrheitsentscheidung zu, ist somit die Zustimmung von sämtlichen Mitgesellschaftern erforderlich (§ 124 Abs 1 UGB). In den hier interessierenden Fällen sind das alle übrigen an der OG beteiligten Kapitalgesellschaften. Solange nicht alle Mitgesellschafter zugestimmt haben, ist die Übertragung schwebend unwirksam.¹⁷⁾ Bei sukzessiver Zustimmung ist diese erteilt, wenn die letzte erforderliche Zustimmungserklärung dem veräußerungswilligen Gesellschafter zugeht. Allerdings ist zu beachten, dass die Zustimmung jedes einzelnen Mitgesellschafter bis zur wirksamen Vornahme der Abtretung grundsätzlich frei widerruflich ist.¹⁸⁾ Die Transaktionssicherheit kann durch Abgabe unwiderruflicher Zustimmungserklärungen verbessert werden.¹⁹⁾ Wer für die Zustimmungserklärung zuständig ist, richtet sich primär nach dem Gesellschaftsvertrag der Beteiligungs-GmbH. Fehlt eine diesbezügliche Regel 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 Geschäftsanteils²⁰⁾ ist auf die hier interessierende Frage nicht übertragbar, weil die Abgabe einer Zustimmungserklärung zur Übertragung des OG-Gesellschaftsanteils eines Dritten für die Beteiligungs-GmbH keine gesellschaftsinterne Angelegenheit ist.

Verweigert auch nur ein Mitgesellschafter der OG seine nach § 124 UGB erforderliche Zustimmung, kann die fehlende Zustimmung nach der hA zur gesetzestypischen OG nicht im Wege einer analogen Anwendung des § 77 GmbHG

15) § 907 Abs 9 UGB.

16) Siehe zB OGH 18. 1. 1977, 5 Ob 308/76; 22. 5. 2007, 4 Ob 51/07i; 10. 4. 2008, 3 Ob 22/08v; 4. 7. 2013, 6 Ob 66/13v; *uva in RIS-Justiz* RS0061550; *Koppensteiner in Straube* (Hrsg), 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 ff; *Reich-Rohrwig*, Unternehmenskauf und Beteiligungserwerb (Teil II): (Beteiligungserwerb), *ecolex* 1990, 219.

17) *Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn* (Hrsg), *Handelsgesetzbuch* (2008) § 105 Rz 161.

18) *K. Schmidt in K. Schmidt* (Hrsg), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*³ (2011) § 105 Rz 218.

19) Zur Zulässigkeit der unwiderruflichen Zustimmung siehe *Weitemeyer in Oetker* (Hrsg), *Kommentar zum Handelsgesetzbuch* (HGB)³ (2013) § 105 Rz 62; *K. Schmidt in MünchKomm HGB*³ § 105 Rz 218.

20) Vgl dazu *Schopper in Gruber/Harrer*, *GmbHG* § 76 Rz 24; *Reich-Rohrwig*, *GmbH-Recht* (1983) 624f.

bzw § 62 Abs 2 AktG durch einen Gerichtsbeschluss ersetzt werden.²¹⁾ Begründet wird dies vor allem damit, dass die Interessen des veräußerungswilligen Gesellschafters ausreichend durch die Kündigungsmöglichkeit gem § 132 UGB geschützt seien.²²⁾ Das mag für die gesetzestypische OG zutreffen. Für die GmbH & Co OG ist beim Verweis auf die Kündigungsmöglichkeit aber einschränkend zu berücksichtigen, dass dem kündigenden OG-Gesellschafter nach der wohl hA²³⁾ zur insoweit vergleichbaren Rechtslage des ausscheidenden Kommanditisten in der GmbH & Co KG im engeren Sinn²⁴⁾ der gesetzliche Abfindungsanspruch gem § 137 Abs 2 UGB bzw eine im OG-Gesellschaftsvertrag vereinbarte Abfindung gegen die OG nicht ohne weiteres zusteht. Die Befriedigung eines solchen Abfindungsanspruchs aus dem Vermögen der OG dürfte nach der Entscheidung OGH 2 Ob 225/07p, deren einschlägige Aussagen auch für die GmbH & Co OG²⁵⁾ relevant sind, rechtswidrig sein, wenn sie nicht in Einklang mit den auf die GmbH & Co OG analog anwendbaren Grundsätzen der Kapitalerhaltung erfolgt.²⁶⁾ Demnach dürfte die Leistung der Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen im Wege einer alineaen Gewinnausschüttung²⁷⁾ oder unter Einhaltung der Kapitalherabsetzungsvorschriften zulässig sein. Teilweise wird auch vertreten, dass der Anspruch gegen die Personengesellschaft überhaupt nichtig sei und – im Regelfall – im Wege der Konversion in einen Anspruch des ausscheidenden Gesellschafters gegen die Mitgesellschafter umzudeuten sei.²⁸⁾ Für das hier interessierende Thema folgt daraus: Dem veräußerungswilligen Gesellschafter dürfte die Durchsetzung all dieser Varianten gegen den Willen der Mitgesellschafter erhebliche, wenn nicht sogar unüberwindbare Probleme bereiten. Vor diesem Hintergrund ist bei Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung eines Gesellschaftersanteils in einer GmbH & Co OG unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, ob die Kündigung für den veräußerungswilligen Gesellschafter tatsächlich eine adäquate Alternative zum Verkauf des Gesellschaftersanteils ist. Ist dies nicht der Fall, weil der Abfindungsanspruch (trotz positiven Verkehrswerts des Gesellschaftersanteils) nicht oder nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand durchsetzbar ist, so ist § 77 GmbHG analog anwendbar. Die fehlende Zustimmung der Mitgesellschafter kann daher im Einzelfall bei der GmbH & Co OG

21) Vgl Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/598; Eckert in U. Torggler, UGB § 124 Rz 3; Koppensteiner/Auer in Straube, UGB I⁴ § 124 Rz 3.

22) Siehe Koppensteiner/Auer in Straube, UGB I⁴ § 124 Rz 3; Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/598.

23) Vgl zur GmbH & Co KG Rüffler, Kapitalherabsetzung und Liquidation, in Artmann/Rüffler/U. Torggler, GmbH & Co KG ieS 107; Kalss, Kapitalschutzregeln in der GmbH & Co KG, in GedS Arnold (2011) 77 (92); idS bereits Kalss/Eckert/Schörghofer, Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & Co KG? GesRZ 2009, 65 (76).

24) GmbH ist einzige Komplementärin; s zur Terminologie Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann (Hrsg), Kommentar zum UGB² (2010) § 161 Rz 30.

25) Vgl Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB² § 161 Rz 55; Karollus in Artmann/Rüffler/U. Torggler, GmbH & Co KG ieS 54; in diesem Sinne bereits vor der Entscheidung des OGH Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 407.

26) So Rüffler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, GmbH & Co KG ieS 107.

27) Dazu Rüffler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, GmbH & Co KG ieS 107.

28) Vgl Rüffler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, GmbH & Co KG ieS 107 f.

durch einen Beschluss des Gerichts ersetzt werden. Diese Analogie steht im Einklang mit dem von § 77 GmbHG verfolgten Zweck, der auch auf die Kapitalgesellschaft & Co zutrifft, wenn die Kündigung für den veräußerungswilligen Gesellschafter keine adäquate Alternative zu dem durch die fehlende Zustimmung der Mitgesellschafter blockierten Verkauf des Gesellschaftsanteils darstellt. Teleologisch dient diese Analogie dem Schutz des veräußerungswilligen Gesellschafters. Sie ist eine Folgewirkung, die sich aus der vom OGH angenommenen Übertragung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsgrundsatzes auf die Kapitalgesellschaft & Co ergibt.

Kommt es hingegen auf der Ebene der OG zum Gesellschafterwechsel – weil die Mitgesellschafter zustimmen oder der OG-Gesellschaftsvertrag eine Anteilsübertragung ohne Zustimmung zulässt – besteht kein Anlass, Gläubigerschutzbestimmungen aus dem Kapitalgesellschaftsrecht analog auf die Übertragung der Gesellschaftsanteile in der GmbH & Co OG anzuwenden. Da die Mitgliedschaft des Altgesellschafters auf den Erwerber übergeht, hat der Altgesellschaftler bei Durchführung des Gesellschafterwechsels keinen Anspruch auf Leistung eines Abfindungsguthabens gem § 137 Abs 2 UGB.²⁹⁾ Anders als beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der GmbH & Co OG stellt sich die Frage der Vereinbarkeit des Abfindungsanspruchs mit dem Kapitalerhaltungsgrundsatz beim Gesellschafterwechsel gar nicht.³⁰⁾ Mit einem Gesellschafterwechsel in der GmbH & Co OG ist auch kein sonstiger kapitalherabsetzender Effekt verbunden, denn der Erwerber ist als Rechtsnachfolger des Veräußerers aus Gläubigersicht ein neues Zurechnungsobjekt für die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Der Erwerber haftet gem § 130 UGB zwingend auch für die Altschulden. Den Veräußerer trifft die fortgesetzte Haftung nach § 160 UGB. Diese Haftungsordnung des Personengesellschaftsrechts gilt unabhängig davon, ob es sich beim Veräußerer und/oder beim Erwerber um natürliche oder juristische Personen handelt. Bei der Übertragung des Gesellschaftsanteils in einer GmbH & Co OG besteht insoweit im Vergleich zur gesetzestypischen OG keine spezifische Schutzlücke für die Gesellschaftsgläubiger. Darüber hinausgehende Interessen der Gesellschaftsgläubiger sind nicht geschützt. Insbesondere sind die Gesellschaftsgläubiger der OG nicht davor geschützt, dass ein Gesellschafter seinen Anteil an einen Dritten mit geringerer Bonität überträgt. Die Interessen der Gesellschaftsgläubiger werden durch die Forthaftung des ausscheidenden Gesellschafters gewahrt. Das gilt für die gesetzestypische OG ebenso wie für die GmbH & Co OG. Aus diesen Gründen ist eine analoge Anwendung der Kapitalherabsetzungsregeln aus dem Kapitalgesellschaftsrecht mangels Lücke im Haftungssystem der OG abzulehnen. Beim Gesellschafterwechsel ist daher auch kein Gläubigeraufruf gem § 55 Abs 2 letzter Satz GmbHG analog erforderlich.

In der OG existieren keine zwingenden Vorschriften zur Aufbringung eines bestimmten Mindestkapitals. Das gilt uneingeschränkt auch für die GmbH & Co OG. Bei der GmbH & Co OG wäre auch unklar, was das Pendant zur Stamm-

29) Schauer in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/598; Eckert in *U. Torggler*, UGB § 124 Rz 3.

30) Vgl zum Abschichtungsanspruch des ausscheidenden Kommanditisten aus der GmbH & Co KG *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG ieS 107 f.

einlage der GmbH sein sollte.³¹⁾ Es wäre daher generell verfehlt, die Regeln über die Kapitalaufbringung aus dem Kapitalgesellschaftsrecht sinngemäß auch auf die GmbH & Co OG anzuwenden. Das gilt auch für den hier interessierenden Gesellschafterwechsel, bei dem namentlich die Vorschriften über die Kaduzierung (§ 66 GmbHG), die Haftung der Rechtsvorgänger (§ 67 Abs 1 GmbHG)³²⁾ und die Ausfallhaftung der Mitgesellschafter (§ 70 Abs 1 GmbHG) bei der Übertragung des OG-Gesellschaftsanteils nicht analog anzuwenden sind. Durch das Fehlen einer natürlichen Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter der OG treten im Falle eines Gesellschafterwechsels mE keine Schutzlücken für Gesellschaftsgläubiger auf. Eine planwidrige Unvollständigkeit im Personengesellschaftsrecht wäre aber Voraussetzung für die analoge Anwendung der einschlägigen Bestimmungen aus dem GmbH-Recht.³³⁾

Die Übertragung des Gesellschaftsanteils an einer gesetzestypischen OG ist formfrei.³⁴⁾ Das gilt auch für die Übertragung von OG-Anteilen in einer GmbH & Co OG. Mangels Lücke im UGB ist die Notariatsaktspflicht gem § 76 Abs 2 GmbHG nicht analog auf die Übertragung eines OG-Gesellschaftsanteils in der GmbH & Co OG anwendbar. Allerdings kann im OG-Gesellschaftsvertrag eine Formpflicht verankert werden, um einen Gleichklang mit dem GmbH-Recht herzustellen.

B. Übertragung der Geschäftsanteile an einer Beteiligungs-GmbH

1. Grundsatz der freien Übertragbarkeit gem § 76 Abs 1 GmbHG

Von der soeben erläuterten Übertragung der Gesellschaftsanteile an der OG ist die Veräußerung der Geschäftsanteile an einer Beteiligungs-GmbH zu unterscheiden. Die Regeln über die Übertragbarkeit eines OG-Gesellschaftsanteils sind hier nicht unmittelbar anwendbar, weil GmbH-Geschäftsanteile und nicht Gesellschaftsanteile an der OG übertragen werden sollen. Einschlägig ist § 76 Abs 1 GmbHG, wonach die Geschäftsanteile grundsätzlich frei übertragbar sind. Eine von diesem Grundsatz abweichende Einschränkung der freien Übertragbarkeit könnte sich für eine an einer OG beteiligten GmbH durch folgende Rechtsgrundlagen ergeben: 1.) eine Vinkulierung³⁵⁾ im GmbH-Gesellschaftsvertrag, 2.) eine Einschränkung im OG-Gesellschaftsvertrag oder in einer schuldrechtlichen Vereinbarung oder 3.) eine analoge Anwendung des § 124 UGB auf Anteilsübertragungen in der Beteiligungs-GmbH. Darauf ist nun im Detail einzugehen.

31) Dazu noch näher unten bei der GmbH & Co KG.

32) AA wohl *Artmann*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhöhung, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG ieS 83 (94f), dort zum Gesellschafterwechsel in der GmbH & Co KG im engeren Sinn.

33) Vgl statt aller *F. Bydlinski* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) § 7 Rz 2; *Schauer* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.01} § 7 Rz 4 (Stand Oktober 2013, rdb.at).

34) OGH 23. 6. 1988, 8 Ob 565/87 SZ 61/153 = wbl 1988, 279; *Eckert* in *U. Torggler*, UGB § 124 Rz 5.

35) Für die bessere Lesbarkeit wird im Folgenden ausschließlich auf Vinkulierungen eingegangen. Andere Übertragungsbeschränkungen, wie insbesondere Aufgriffsrechte, werden hier bewusst ausgeblendet.

2. Vinkulierung im Gesellschaftsvertrag der GmbH

Die freie Übertragbarkeit kann im Gesellschaftsvertrag der GmbH von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht werden (§ 76 Abs 2 GmbHG). Übertragungsbeschränkungen können auch an die Zustimmung anderer Gesellschaftsorgane gebunden werden, nach hA aber nicht an die Zustimmung Dritter.³⁶⁾ Unzulässig ist daher eine im Gesellschaftsvertrag der Beteiligungs-GmbH verankerte Klausel, wonach die Übertragung der Geschäftsanteile der GmbH die Zustimmung aller oder bestimmter Mitgesellschafter der OG voraussetzt. Eine derartige Vereinbarung kann aber auf schuldrechtlicher Basis getroffen werden. Ihr kommt im Unterschied zu einer im Gesellschaftsvertrag verankerten Vinkulierung keine absolute (dingliche) Wirkung zu. Ohne Zustimmung vorgenommene Anteilsübertragungen in Verletzung einer solchen Pflicht sind wirksam, ziehen aber schadenersatzrechtliche Folgen oder als ultima ratio einen Ausschluss der betreffenden Beteiligungs-GmbH aus der OG nach sich (§ 140 UGB).

Trotz Vinkulierung im GmbH-Gesellschaftsvertrag kann ein Gesellschafter der Beteiligungs-GmbH seinen Geschäftsanteil gegen den Willen des oder der Zustimmungsberechtigten gem § 77 GmbHG mit Zustimmung des Gerichts übertragen, wenn er die Stammeinlage vollständig eingezahlt hat, keine ausreichenden Gründe für die Verweigerung der Zustimmung vorliegen und die Übertragung ohne Schädigung der Gesellschaft, der übrigen Gesellschafter und der Gläubiger erfolgen kann. Die Gesellschaft hat die Möglichkeit, einen anderen Erwerber zu nominieren, der den GmbH-Anteil zu den gleichen Bedingungen erwirbt wie der vom Gesellschafter vorgesehene Erwerber. Wie bereits oben erwähnt, ist die Bestimmung vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Gesetzgeber bei der GmbH keine Auflösung oder Austritt aus wichtigem Grund zulässt und der Gesellschafter ohne § 77 GmbHG an die Gesellschaft gekettet bliebe.³⁷⁾

§ 77 GmbHG ist zwingend.³⁸⁾ Im Gesellschaftsvertrag der GmbH können jedoch Gründe vorgesehen werden, bei deren Vorliegen die Zustimmung verweigert werden darf.³⁹⁾ Unzulässig wäre es wohl, als ausreichenden Grund allein die fehlende Zustimmung zur Übertragung des OG-Anteils vorzusehen, weil dies den Zweck des § 77 GmbHG vereiteln würde.

36) Vgl *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 76 Rz 25; *Keller*, Zur Beschränkung der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, *ecolex* 2012, 789 f; *Koppensteiner*, Vinkulierungsklauseln in mittelbaren Beteiligungsverhältnissen, in *Schweizer/Burkert/Gasser* (Hrsg), Festschrift für Jean Nicolas Druey: Zum 65. Geburtstag (2002) 427 (439); *Rauter* in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2013) § 76 Rz 107; aA *N. Arnold*, Allgemeines, Gründung und Gesellschaftsvertrag, in *GedS Arnold* 47.

37) Vgl *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 77 Rz 1; *Kralik*, Bemerkungen zum Veräußerungsverbot und zur Verpfändung nach § 76 GmbHG, in *Loebenstein* (Hrsg), *Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft: Festschrift für Walther Kastner zum 70. Geburtstag* (1972) 215 (216).

38) *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 77 Rz 1.

39) *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 77 Rz 4.

3. Einschränkung der freien Übertragbarkeit durch Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag der OG

Lässt der OG-Gesellschaftsvertrag in Abweichung von § 124 Abs 1 UGB die zustimmungslose Verfügung über OG-Gesellschaftsanteile zu, sind – vorbehaltlich einer gegenteiligen Regelung im GmbH-Gesellschaftsvertrag – zweifelsfrei auch Anteilsübertragungen in den Beteiligungs-GmbHs zulässig. Der OG-Gesellschaftsvertrag kann aber auch zur Gesellschaftsanteilsübertragung schweigen – was zur Anwendung des § 124 Abs 1 UGB auf der Ebene der Personengesellschaft führt – und darüber hinaus eine Einschränkung der freien Übertragbarkeit der Geschäftsanteile in den Beteiligungs-GmbHs enthalten. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung ergibt sich schon daraus, dass Übertragungsbeschränkungen für GmbH-Geschäftsanteile nach hA auch Bestandteil von schuldrechtlichen Vereinbarungen wie Syndikatsverträgen sein können.⁴⁰⁾ Wie bei Syndikatsverträgen kann eine im OG-Gesellschaftsvertrag vereinbarte Übertragungsbeschränkung für Geschäftsanteilsübertragungen in den Beteiligungsgesellschaften aber nicht absolut wirken.⁴¹⁾ Ein Verstoß gegen eine solche Bestimmung hat daher nicht die Unwirksamkeit der Anteilsübertragung zur Folge, sondern zieht Schadenersatzansprüche oder als ultima ratio die Möglichkeit einer Ausschlussklage nach § 140 UGB nach sich.⁴²⁾ Allerdings ist mE zu bedenken, dass Adressaten der im OG-Gesellschaftsvertrag verankerten Pflichten grundsätzlich nur die Gesellschafter der OG (also hier die Beteiligungs-GmbHs), nicht aber die bloß mittelbar an der OG beteiligten Gesellschafter der Beteiligungs-GmbHs sind. Daher verstößt ein einzelner Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft nicht gegen den OG-Gesellschaftsvertrag, wenn er seinen GmbH-Geschäftsanteil an einen Dritten veräußert. Eine entsprechende Treuepflicht für die Gesellschafter der Beteiligungs-GmbH kann man mE nur in Ausnahmefällen annehmen, denn die damit verbundene Einschränkung der freien Übertragbarkeit der Geschäftsanteile ist ein tiefgreifender Eingriff in ihre Gesellschafterrechte. Anderes gilt, wenn eine im Gesellschaftsvertrag der Beteiligungs-GmbH verankerte Vinkulierung die Zustimmung der Generalversammlung der Beteiligungs-GmbH erfordert (dazu oben Punkt 2). Der zustimmende Beschluss der Generalversammlung ist der GmbH zuzurechnen, denn die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit bzw die Generalversammlung sind Organ der Gesellschaft.⁴³⁾ Somit kann eine Zustimmung zur Übertragung eines vinkulierten GmbH-Anteils durch die Beteiligungs-GmbH einen Verstoß der Gesellschaft gegen ihre Pflichten aus dem OG-Gesellschaftsvertrag darstellen, sofern dieser eine Einschränkung betreffend die freie Übertragbarkeit der Geschäftsanteile in den Beteiligungs-Gesellschaften enthält. Rechtsfolge wäre auch hier eine Schadenersatz-

40) Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG § 77 Rz 18 mwN.

41) Zur syndikatsvertraglichen Vinkulierung siehe OGH 21. 5. 1997, 7 Ob 2350/96f: Vinkulierung wirkt diesfalls „nicht absolut“.

42) Vgl dazu Loritz, Die Reichweite von Vinkulierungsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen, NZG 2007, 361 (366): Ausschluss in der Regel nicht gerechtfertigt.

43) Im Einzelnen strittig; vgl Enzinger in Straube, GmbHG § 34 Rz 3 mwN; Rauter in Straube, GmbHG § 76 Rz 101 ff.

rechtliche Haftung der Beteiligungs-GmbH bzw als ultima ratio der Ausschluss der betreffenden Gesellschaft aus der OG.

Ist im OG-Gesellschaftsvertrag nicht ausdrücklich geregelt, ob die Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen an einer Beteiligungs-GmbH eingeschränkt sein soll, kann sich eine Einschränkung aus der Auslegung des OG-Gesellschaftsvertrags ergeben. Bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrags von Personengesellschaften ist nach Ansicht des OGH der Wille der Gründer zu berücksichtigen.⁴⁴⁾ Das gilt selbst dann, wenn bereits ein neuer Gesellschafter in die Gesellschaft eingetreten ist und dieser nicht vorbringt, dass er bei seinem Beitritt auf eine besondere Auslegung der Vertragsklausel vertraute.⁴⁵⁾ Eine objektive Auslegung ist bei Personengesellschaftsverträgen nach dem OGH nur dann geboten, wenn dies der Vertrauensschutz des neu eintretenden Gesellschafters erfordert oder sich die Vertragsklausel auf außenstehende Dritte auswirken kann.⁴⁶⁾

Aus der Auslegung des OG-Gesellschaftsvertrags kann sich ergeben, dass die Gesellschafter der Beteiligungs-GmbH überhaupt keinen Übertragungsbeschränkungen unterliegen sollen, wenn die Beteiligungs-GmbH nur dazu dient, die Zahl der Gesellschafter in der OG klein zu halten und jeder Familienstamm durch eine Beteiligungs-GmbH vertreten ist. Weiters kann die Auslegung ergeben, dass nur bestimmte Übertragungen unterbunden werden sollen. Die Übertragung eines Minderheitsanteils ist zB ohne weiteres zulässig, während die Übertragung eines Mehrheitsanteils der Beteiligungs-GmbH wegen des damit verbundenen Machtwechsels die Interessen der OG berührt. Welche Zwecke die Beteiligungs-GmbH und die Vinkulierungsklausel in der OG verfolgen, kann nur im Einzelfall beantwortet werden.⁴⁷⁾

Ganz allgemein ist im Zweifel davon auszugehen, dass die Übertragbarkeit von Anteilen an den beteiligten Gesellschaften in keiner Weise eingeschränkt werden sollte, falls die Gesellschafter im OG-Gesellschaftsvertrag die Übertragbarkeit von OG-Gesellschaftsanteilen einer Zustimmung gem § 124 UGB vorbehalten oder davon abweichend eine eingeschränkte Übertragbarkeit vorgesehen haben, diese Regel sich aber *expressis verbis* nicht auf Beteiligungs-GmbHs erstreckt. Mitgesellschafter, die sich in der OG mit Kapitalgesellschaften einlassen, müssen davon ausgehen, dass es zu Anteilsverschiebungen in den Beteiligungsgesellschaften kommt. Dieses bewusst in Kauf genommene Risiko gilt ganz unabhängig davon, ob sich die Geschäftstätigkeit der Beteiligungs-Gesellschaften ausschließlich auf die Stellung als unbeschränkt haftender Gesellschafter der OG

44) OGH 20. 5. 2008, 4 Ob 229/07s; zuletzt 13. 3. 2014, 6 Ob 226/13y.

45) So OGH 20. 5. 2008, 4 Ob 229/07s.

46) Im Einzelnen strittig; vgl etwa *Artmann*, Die Auslegung von Personengesellschaftsverträgen, einschließlich Syndikatsverträgen, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Die Verbandsverfassung zwischen Satzung, Syndikatsvertrag und zwingendem Gesellschaftsrecht (2013) 23 (27); *Habermeier* in *Staudinger*, BGB. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch samt Nebengesetzen II (2003) § 705 Rz 12; *K. Schmidt* in *MünchKomm HGB*³ § 105 Rz 150; *U. Torggler* in *Straube*, UGB I⁴ § 105 Rz 84 f; *Schockenhoff*, Die Auslegung von GmbH- und AG-Satzungen, ZGR 2013, 76 (98); zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen, allerdings mit Schwerpunkt auf Satzungen von GmbHs jüngst auch *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG (2014) 127 ff.

47) Vgl *Koppensteiner* in *FS Druey* 427 (434).

beschränkt, oder ob sie darüber hinaus noch weitere operative Geschäftstätigkeiten entfalten oder sonstige Beteiligungen halten bzw über weiteres Vermögen verfügen. Eine pauschale Ausnahme für reine Holdinggesellschaften lässt sich in der Praxis ohnehin kaum durchhalten, weil völlig offen bleibt, wie weit die Beschränkung der freien Übertragbarkeit der Anteile dann reicht. Offen bliebe beispielsweise, welche operative Tätigkeiten ausreichen und über wie viel weiteres Vermögen die Gesellschaft verfügen muss, damit man nicht mehr von einer reinen Holdinggesellschaft sprechen kann.⁴⁸⁾ Jedenfalls keine Ausnahme für reine Beteiligungs-GmbHs liegt vor, wenn der OG-Gesellschaftsvertrag keine Vorkehrungen für den Erbfall trifft.⁴⁹⁾ Ist es dem Eigentümer der Geschäftsanteile erlaubt, seine Geschäftsanteile an eine beliebige Person zu vererben, spricht dies dafür, dass die OG-Gesellschafter auch eine Anteilsübertragung unter Lebenden nicht verhindern wollten. Enthält der OG-Gesellschaftsvertrag eine Nachfolgeklausel, wonach die Geschäftsanteile der Beteiligungs-GmbH nur an Personen vererbt werden dürfen, die bestimmte Eigenschaften (zB Ausbildung) aufweisen oder sich verpflichten, dass die Beteiligungs-GmbH ihren Gesellschafterpflichten weiterhin nachkommt, könnte dies auf die Anteilsübertragung unter Lebenden insoweit durchschlagen, als die Übertragung der Anteile nur an Personen zulässig ist, die diese Eigenschaften aufweisen oder die sicherstellen, dass die Beteiligungs-GmbH weiterhin ihren OG-Gesellschafter-Pflichten nachkommt. Eine Vinkulierung iS eines Zustimmungsrechts eines Dritten würde sich aus diesen Bestimmungen jedoch nicht ergeben.

Im Ergebnis führt eine von § 124 UGB abweichende oder diesen nur wiedergebende Regelung betreffend die Einschränkung der Übertragung von OG-Gesellschaftsanteilen im Gesellschaftsvertrag einer OG in aller Regel zu keinen Übertragungsbeschränkungen in Kapitalgesellschaften, die an dieser OG beteiligt sind. Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der in Österreich bereits recht intensiv geführten Diskussion über die Anwendbarkeit einer Vinkulierungsklausel im Gesellschaftsvertrag einer GmbH auf Anteilsübertragungen in einer an dieser GmbH beteiligten Muttergesellschaft.⁵⁰⁾

48) Vgl *Koppensteiner* in FS Druey 427 (435).

49) Vgl *Koppensteiner* in FS Druey 427 (435 f).

50) Siehe umfassend *Koppensteiner* in FS Druey 427; ferner *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz. Kommentar³ (2007) § 76 Rz 4; *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 76 Rz 29; *Weissmann*, Übertragungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen (2008) 256 ff; *Rauter* in *Straube*, GmbHG § 76 Rz 97; *Gurmann/Sakowitsch*, Vinkulierung von Geschäftsanteilen und Rechtsfolgen der Umgehung, GeS 2008, 136 (141); *Seibt* in *Scholz* (Hrsg), GmbHG. Kommentar zum GmbH-Gesetz¹¹ (2012) § 15 Rz 111a; aA für die Übertragung aller Geschäftsanteile oder Aktien in einer reinen Beteiligungsholding *Lutter/Grunewald*, Gesellschaften als Inhaber vinkulierter Aktien und Geschäftsanteile, AG 1989, 409 (410); *Weissmann*, Übertragungsbeschränkungen 260 f; *Kurat*, Konzernwirkung von Vinkulierungsklauseln, GesRZ 2009, 92 (94); *Kowalski*, Vinkulierte Geschäftsanteile – Übertragungen und Umgehungen, GmbHR 1992, 347 (353); noch weitergehend *Karollus/Artmann*, Zur Auslegung einer Vinkulierungsklausel – individuelles Zustimmungsrecht, Ersetzung der Zustimmung durch das Gericht und mittelbare Anteilsverschiebung, GesRZ 2001, 64 (66 f).

4. Einschränkung der freien Übertragbarkeit gem § 124 UGB analog?

Vom Wortlaut des § 124 Abs 1 UGB erfasst sind nur Verfügungen über den Gesellschaftsanteil an der OG, nicht aber die Übertragung eines Geschäftsanteils von einer an der OG beteiligten GmbH. Eine analoge Anwendung des § 124 UGB auf Ebene der Beteiligungs-GmbH ist abzulehnen. Der bloße Umstand, dass eine GmbH unbeschränkt haftende Gesellschafterin einer Personengesellschaft ist, rechtfertigt nicht, vom Regime der freien Übertragbarkeit gem § 76 Abs 1 GmbHG abzuweichen.

Auf der Ebene der OG besteht mE auch kein schutzwürdiges Interesse der Mitgesellschafter daran, dass eine Übertragung der Geschäftsanteile in den Beteiligungs-GmbHs nicht ohne ihre Zustimmung erfolgen kann. Gegen die Anerkennung eines solchen schutzwürdigen Interesses spricht, wie bereits oben erwähnt, dass die Mitgesellschafter, die sich in der OG mit einer GmbH einlassen, damit rechnen müssen, dass es in der GmbH nachträglich zu einem Gesellschafterwechsel kommen kann. Sofern eine solche mittelbare Anteilsverschiebung unterbunden oder eingeschränkt werden soll, müssen die Gesellschafter entsprechende vertragliche Vorkehrungen treffen. Daher ist eine analoge Anwendung des § 124 Abs 1 UGB auf die Übertragungen von Geschäftsanteilen in einer Beteiligungs-GmbH generell abzulehnen. Aus den bereits oben dargelegten Gründen gilt das unabhängig davon, ob sich die Geschäftstätigkeit der Beteiligungs-GmbH ausschließlich auf die Stellung als Gesellschafterin in der OG beschränkt oder ob sie auch außerhalb des Geschäftsbereichs der OG ein eigenes operatives Geschäft führt, Beteiligungen hält oder über eigenes Vermögen verfügt.

Einer analogen Anwendung von § 124 Abs 1 UGB, die im Ergebnis zu einer Einschränkung der Übertragbarkeit der Geschäftsanteile an den beteiligten Gesellschaften führt, steht auch der Verkehrsschutz entgegen. Erwirbt ein Dritter Geschäftsanteile an einer GmbH, darf er davon ausgehen, dass sich die Übertragung der erworbenen Anteile nach dem Gesellschaftsvertrag der betreffenden GmbH bzw nach § 76 Abs 1 GmbHG richtet. Eine davon abweichende Einschränkung der Übertragbarkeit, die sich aus § 124 Abs 1 UGB ergibt, nur weil die betreffende GmbH (auch) als Gesellschafterin an einer OG beteiligt ist, muss sich der Erwerber nicht entgegenhalten lassen.

IV. Gesellschafterwechsel in der GmbH & Co KG

A. Veräußerung des Gesellschaftsanteils an der KG

1. Komplementär-Stellung

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 erforderlich, sofern im KG-Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist. Die Rechtslage entspricht hier jener des Gesellschafterwechsels bei einer OG.

2. Kommanditisten-Stellung

Da die §§ 161–177 UGB keine spezifischen Regelungen für die Übertragung einer Kommanditisten-Stellung vorsehen, gelten für diese gem § 161 Abs 2 iVm § 124 Abs 1 UGB dieselben Grundsätze wie für die Übertragung der Stellung als Komplementär.⁵¹⁾

Eine analoge Anwendung der GmbH-rechtlichen Vorschriften über die Kapitalaufbringung ist mE abzulehnen. Es besteht für den Kommanditisten keine Vorschrift über die Aufbringung eines bestimmten gesetzlich fixierten Mindestkapitals. Daran ändert sich auch nichts, wenn an der betreffenden KG keine natürliche Person als unbeschränkt haftende Gesellschafterin beteiligt ist. Die Vorschriften über die Kaduzierung (§ 66 GmbHG), die Haftung der Rechtsvorgänger (§ 67 Abs 1 GmbHG)⁵²⁾ und die Ausfallhaftung der Mitgesellschafter (§ 70 Abs 1 GmbHG) sind auf die Übertragung der Stellung als Kommanditist in einer GmbH & Co KG mangels Lücke im UGB nicht analog anzuwenden. Im Übrigen ist die Stammeinlage Dreh- und Angelpunkt der §§ 63 ff GmbHG. In der KG besteht streng betrachtet aber gar kein echtes Pendant zur Stammeinlage: Die Pflichteinlage und die darauf erbrachten Leistungen der Gesellschafter stehen im Unterschied zur Stammeinlage nicht im Firmenbuch und die Haftsumme ist im Gegensatz zur Stammeinlage keine Leistung, zu deren Erbringung sich der Kommanditist gegenüber der KG verpflichtet hat. Die Stammeinlage ist im System der Kapitalaufbringung durch die §§ 66 ff GmbHG abgesichert, weil die Summe der Stammeinlagen bei der GmbH der zentrale Haftungsfonds für die Gesellschaftsgläubiger ist. Bei der Personengesellschaft ist dieser Schutz aufgrund der persönlichen Haftung der Gesellschafter (Komplementär und Kommanditist) nicht notwendig, unabhängig davon, ob es sich um eine gesetzestypische Personengesellschaft handelt oder eine Personengesellschaft ohne natürliche Person als voll haftender Gesellschafter.

B. Veräußerung der Geschäftsanteile an einer Beteiligungs-GmbH

1. Komplementär-GmbH

Für die Geschäftsanteile einer Komplementär-GmbH gilt der Grundsatz der freien Übertragbarkeit (§ 76 Abs 1 GmbHG; Punkt III.B.1). In der Praxis sind Vinkulierungsklauseln üblich,⁵³⁾ ebenso Vorkaufsrechte und Andienungsrechte bzw -pflichten.⁵⁴⁾ Vor allem bei einer personengleichen GmbH & Co KG, bei der die Gesellschafter der Komplementär-GmbH und der KG identisch sind,⁵⁵⁾ ist

51) *Koppensteiner/Auer in Straube*, UGB I⁴ § 161 Rz 16; *Eckert in U. Torggler*, UGB § 161 Rz 6.

52) *AA Artmann in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG ieS 94 f.

53) *Hannes in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns* (Hrsg), Handbuch der GmbH & Co. KG. Gesellschaftsrecht – Steuerrecht²⁰ (2009) § 9 Rz 13; *Reichert in Sudhoff* (Hrsg), GmbH & Co. KG⁶ (2005) § 28 Rz 11.

54) *Reichert in Sudhoff*, GmbH & Co KG⁶ § 28 Rz 16 ff.

55) OGH 9. 4. 1992, 8 Ob 631/90; *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht³ (2013) 192; vgl auch *Schörghofer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/911; zur Terminologie s auch *Artmann in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, GmbH & Co KG ieS 83 (FN 2).

eine Vinkulierung häufig zweckmäßig, um einen Gleichlauf der Beteiligungen zu sichern. Beispielsweise kann die Übertragung eines Geschäftsanteils von der Zustimmung der Gesellschafter abhängig gemacht werden, die nur dann erteilt wird, wenn gleichzeitig auch der Anteil an der KG übertragen wird.⁵⁶⁾ Im KG-Gesellschaftsvertrag empfiehlt sich eine auf die Komplementär-GmbH abgestimmte (spiegelbildliche) Regelung. Zusätzlich kann der Beteiligungsgleichlauf dadurch abgesichert werden, dass die Gesellschafter ganz allgemein dazu verpflichtet werden, die Beteiligungsgleichheit zu wahren und Verstöße sanktioniert werden.⁵⁷⁾

Fehlt eine Vinkulierungsklausel, kann der Geschäftsanteil an der Komplementär-GmbH frei übertragen werden. Die KG-Gesellschafter wissen, dass es bei einer Komplementär-GmbH zu Anteilsverschiebungen kommen kann. Verzichten sie auf eine Vinkulierung der Geschäftsanteile, so ist davon auszugehen, dass sie die freie Übertragbarkeit der Geschäftsanteile nicht verhindern wollten. (Punkt III.B.3).⁵⁸⁾

2. Kommanditisten-GmbH

Auch in einer Kommanditisten-GmbH gilt der Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Geschäftsanteile (§ 76 Abs 1 GmbHG; Punkt III.B.1). Die Gesellschafter müssen eine Vinkulierungsklausel einführen, wenn sie die freie Übertragbarkeit der Geschäftsanteile der Kommanditisten-GmbH unterbinden wollen.

Ob eine Vinkulierungsklausel aus praktischer Sicht zweckmäßig ist, hängt vom Einzelfall ab. Beispielsweise ist eine Vinkulierung der Geschäftsanteile der Kommanditisten-GmbH bei einer personengleichen GmbH & Co KG⁵⁹⁾ nicht zwingend notwendig, um den Beteiligungsgleichlauf an KG und Komplementär-GmbH sicherzustellen. Denn die Kommanditisten-GmbH ist sowohl in der KG als auch in der Komplementär-GmbH Gesellschafter, sodass eine Anteilsverschiebung bei der Kommanditisten-GmbH keine Auswirkungen auf den Beteiligungsgleichlauf in der GmbH & Co KG hat. In anderen Fällen haben die Gesellschafter gar kein Interesse an der Vinkulierung eines Kommanditisten-Anteils, weil die GmbH & Co KG zwei Klassen von Gesellschaftern vorsieht und nur ein Teil der Gesellschafter an der Komplementär-GmbH (Herrschaft) beteiligt ist, während der andere Teil nur als Kommanditisten Kapital bereitstellt und die Beteiligung jederzeit veräußern können soll.⁶⁰⁾ Bei einer Kommanditisten-GmbH, die der zweiten Gruppe zuzuordnen ist, ist eine Vinkulierung der Geschäftsanteile der Kommanditisten-GmbH zumindest aus Sicht der KG nicht angezeigt.

56) Vgl N. Arnold in GedS Arnold 49; Grunewald in MünchKommHGB³ § 161 Rz 94.

57) Reichert in Sudhoff, GmbH & Co KG⁶ § 28 Rz 26.

58) Einschränkend Reichert in Sudhoff, GmbH & Co KG⁶ § 28 Rz 13a: Anderes gilt bei reiner Holdinggesellschaft; s dazu aber die bereits oben zur GmbH & Co OG vorgetragenen Argumente (Punkt III.B.3).

59) Siehe dazu FN 55.

60) Vgl Reichert in Sudhoff, GmbH & Co KG⁶ § 28 Rz 27.

Die Gesellschafter der GmbH & Co KG müssen sich somit entscheiden, 1. ob Kommanditisten-Gesellschafteranteile vinkuliert sein sollen und falls ja, 2. ob auch Anteilsverschiebungen in beteiligten Kommanditisten-GmbHs vinkuliert sein sollen und wie 3. gegebenenfalls sichergestellt wird, dass in einer beteiligten Kommanditisten-GmbH keine Anteilsverschiebungen gegen den Willen der GmbH & Co KG zulässig sind. Treffen die Gesellschafter keine Vorsorge, ist davon auszugehen, dass die Geschäftsanteile in den beteiligten Kommanditisten-GmbHs frei übertragbar sind.

V. Zusammenfassung

Bei der Kapitalgesellschaft & Co richtet sich die Übertragung von Gesellschaftsanteilen an der Personengesellschaft grundsätzlich nach dem personengesellschaftsrechtlichen Regime. Sofern der Gesellschaftsvertrag der OG oder KG keine abweichende Regelung enthält, kann eine an der Personengesellschaft beteiligte Kapitalgesellschaft über ihren Gesellschaftsanteil nicht ohne Zustimmung aller Mitgesellschafter verfügen (§ 124 Abs 1 UGB für die GmbH & Co OG bzw § 161 Abs 2 iVm § 124 Abs 1 UGB für die GmbH & Co KG). Versagen die Mitgesellschafter die Zustimmung ohne ausreichenden Grund und ist für den veräußerungswilligen Gesellschafter eine Kündigung wegen des nur mit unverhältnismäßigem Aufwand durchsetzbaren Abfindungsanspruchs keine adäquate Alternative zum Verkauf des Gesellschaftsanteils, so ist § 77 GmbHG zum Schutz des veräußerungswilligen Gesellschafters analog auf die blockierte Veräußerung des OG- bzw KG-Gesellschaftsanteils anzuwenden. Bei Vorliegen der Zustimmung durch die Mitgesellschafter oder gesellschaftsvertraglich vereinbarter freier Übertragbarkeit kann der Gesellschaftsanteil an der OG oder KG formlos an einen Dritten veräußert werden, § 76 Abs 2 GmbHG gilt nicht analog. Bei einem Gesellschafterwechsel in der Kapitalgesellschaft & Co werden die Kapitalherabsetzungsregeln aus dem Kapitalgesellschaftsrecht mangels Lücke im Haftungssystem der OG bzw der KG nicht analog angewendet. Insbesondere ein Gläubigeraufruf gem § 55 Abs 2 letzter Satz GmbHG analog ist beim Gesellschafterwechsel nicht erforderlich, weil damit kein kapitalherabsetzender Effekt verbunden ist. Auch die kapitalgesellschaftsrechtlichen Vorschriften über die Kaduzierung (§ 66 GmbHG), die Haftung der Rechtsvorgänger (§ 67 Abs 1 GmbHG) und die Ausfallhaftung der Mitgesellschafter (§ 70 Abs 1 GmbHG) sind auf die Übertragung eines Gesellschaftsanteils an der OG bzw auf die Übertragung einer Stellung als Komplementär oder als Kommanditist in einer GmbH & Co KG nicht analog anzuwenden.

Die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer GmbH, die als Gesellschafter an einer OG oder KG beteiligt ist, richtet sich nach GmbH-Recht. Gesellschafter, die sich mit einer Kapitalgesellschaft als Mitgesellschafter in einer OG oder KG einlassen, müssen davon ausgehen, dass es zu Anteilsverschiebungen in der Kapitalgesellschaft kommen kann. Dieses bewusst in Kauf genommene Risiko gilt unabhängig davon, ob sich die Geschäftstätigkeit der Kapitalgesellschaft ausschließlich auf die Beteiligung als Gesellschafter der OG oder KG beschränkt oder ob sie darüber hinaus noch weitere operative Geschäftstätigkeiten entfaltet, sonstige Beteiligungen hält oder über weiteres Vermögen verfügt. Wollen die

Mitgeschafter der OG oder KG unkontrollierte Anteilsverschiebungen in der Beteiligungs-Gesellschaft unterbinden oder einschränken, müssen sie entsprechende gesellschafts- bzw syndikatsvertragliche Vorkehrungen treffen. Aus diesen Gründen ist im Zweifel der Gesellschaftsvertrag einer OG oder KG nicht dahingehend (ergänzend) auszulegen, dass Anteilsverschiebungen in den an der OG oder KG beteiligten Kapitalgesellschaften eingeschränkt oder gar ausgeschlossen werden sollten. § 124 Abs 1 UGB gilt nur auf der Ebene der Personengesellschaft und ist in der Kapitalgesellschaft & Co nicht analog auf Anteilsverschiebungen in den an der Personengesellschaft beteiligten Kapitalgesellschaften anzuwenden.