

MMag. Dr. Gerhard HOCHEDLINGER, E.M.L.E., Rechtsanwaltsanwarter, Wien

Die Übertragung von Unternehmen und Gesellschaftsanteilen nach § 142 HGB

Es gehört zu den Aufgaben einer marktwirtschaftlichen Rechtsordnung, es Unternehmern zu ermöglichen, die wirtschaftlichen und rechtlichen Strukturen der von ihnen betriebenen Unternehmen mit der notwendigen Flexibilität an veränderte Marktbedingungen anzupassen.¹⁾ Während für Kapitalgesellschaften das Umgründungsrecht mittlerweile eine Reihe an Instrumenten zur Unternehmensreorganisation bereithält,²⁾ sind die Möglichkeiten zur vereinfachten Umstrukturierung bei Personengesellschaften begrenzt.³⁾ Aufgrund der Tatsache, dass bei Personengesellschaften – im Folgenden soll, um den Rahmen dieses Beitrags nicht vollends zu sprengen, schwerpunktmäßig auf die Offene Handelsgesellschaft als „typische Personengesellschaft“⁴⁾ eingegangen werden – gesellschaftsrechtliche Umgründungsvorschriften vom Gesetzgeber kaum vorgesehen wurden,⁵⁾ wurde in der Vergangenheit zur Unternehmensumstrukturierung in Gesamtrechtsnachfolge immer wieder auf die Bestimmung des § 142 HGB zurückgegriffen.⁶⁾ Mit der in praxi zu konstatierenden „Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 142 HGB durch privatautonome Gestaltung“⁷⁾ soll sich daher der gegenständliche Beitrag vorwiegend befassen. Eine nähere Auseinandersetzung mit Anteils- und Unternehmensübertragungen – heute häufig als Share Deals bzw. Asset Deals bezeichnet⁸⁾ – setzt allerdings die Klärung der Vorfrage voraus, wer denn nun nach heutigem Verständnis die Verfügungsberechtigten über das Gesellschaftsvermögen einer OHG sind. Dies wird es daher vorab zu klären gelten.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Rechtsnatur der OHG
 - 1. Die Vielheitstheorie als traditionelle Ansicht
 - 2. Die im Vordringen befindliche Einheitstheorie
 - 3. Die OHG als juristische Person?
- III. Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen
 - 1. Mitgliedschaft und Anteil am Gesellschaftsvermögen
 - 2. Austritt und Eintritt oder Anteilsübertragung?
 - 3. Die Durchführung der Anteilsübertragung
 - 4. Die Bestimmung des § 142 HGB
 - 4.1. Ratio legis des § 142 HGB
 - 4.2. Wirkungen der Übernahme des Gesellschaftsvermögens
 - 4.3. Der Anwendungsbereich des § 142 HGB
 - 4.3.1. „Umwandlung“ einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft
 - 4.3.2. Übertragung aller Gesellschaftsanteile im Wege der Gesamtrechtsnachfolge an Nichtgesellschafter?
 - 4.3.3. Analoge Anwendung des § 142 HGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts?
- IV. Die Übertragung von Unternehmen und Betrieben
 - 1. Die Problematik der Singularsukzession
 - 2. Bestrebungen, Unternehmens- bzw. Betriebsübertragungen im Wege der Universalsukzession zu vollziehen
 - 2.1. Das Rechtsinstitut der Universalsukzession
 - 2.2. Interessenbeeinträchtigung Dritter?

2.2.1. Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen?

2.2.2. Beeinträchtigung von Schuldnerinteressen?

2.2.3. Beeinträchtigung von Vertragspartnerinteressen?

2.3. Analoge Anwendung des § 142 HGB?

V. Conclusio

¹⁾ Vgl. Grünwald, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 113.

²⁾ Vgl. hierzu Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, 13.

³⁾ Krit. hierzu Enzinger, Fusion von Personengesellschaften, GesRZ 1996, 100.

⁴⁾ Die hier angestellten Überlegungen treffen zum Teil auch auf die Kommanditgesellschaft sowie auf die EEG zu. Der Ausdruck „Personenhandelsgesellschaften“ wäre daher vielfach zu eng, der Begriff „Personengesellschaften“ hingegen zu weit gefasst, da dieser auch die hier nicht interessierende stille Gesellschaft sowie die GesbR miteinbeziehen würde. Um im weiteren Verlauf ständige Aufzählungen und Differenzierungen zu vermeiden, wurde daher der Weg gewählt, bloß von der OHG als „Grundform der handelsrechtlich relevanten Personengesellschaften“ (vgl. Roth/Fitz, Handels- und Gesellschaftsrecht, 74) zu sprechen.

⁵⁾ So ist etwa die Realteilung von Personengesellschaften im HGB nicht explizit vorgesehen; allerdings ermöglicht § 145 HGB den Gesellschaftern, im Zuge der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung zu vereinbaren. Eine derartige andere Art der Auseinandersetzung ist die Realteilung (vgl. Szep, Umgründungen iZm Personengesellschaften im Lichte jüngster OGH-Rsp zur Kapitalerhaltung, ecollex 2001, 807).

⁶⁾ Grundlegend hierzu vgl. Hochedlinger, Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen, Unternehmen und Betrieben bei Personenhandelsgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung der Bestimmung des § 142 HGB, 162 ff.

⁷⁾ Vgl. hierzu Grünwald, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 92.

⁸⁾ Vgl. hierzu zB Canaris, Handelsrecht²², 128.

I. Einleitung

Befasst man sich im Zusammenhang mit Umgründungsvorgängen mit der OHG etwas näher, so fällt bald auf, dass trotz mittlerweile hundertjährigen Bestehens dieser Gesellschaftsform eine Reihe von ganz wesentlichen Fragen heute noch immer höchst umstritten ist.⁹⁾ So wird vor allem in der deutschen Literatur ein zum Teil erbitterter Streit¹⁰⁾ darüber geführt, ob die OHG als solche Rechtsträgerin und Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens ist oder ob diese Funktionen nicht doch ausschließlich den Gesellschaftern der OHG zukommen. Dabei zeigt sich, dass sich die diesbezüglichen Ansichten der Lehre – aber auch der Rspr – im Laufe der Zeit ebenso gewandelt haben wie die Frage, ob bzw wie eine Übertragung von Gesellschaftsanteilen vonstatten gehen kann, heute anders als noch vor einigen Jahrzehnten beantwortet wird.

II. Die Rechtsnatur der OHG

Konfrontiert mit der Frage nach der Rechtsnatur von Personenhandelsgesellschaften, führt der OGH regelmäßig aus, die OHG sei „nach hA ... keine juristische Person und besitze keine eigene Rechtspersönlichkeit, doch tritt sie im Rechtsverkehr wie eine juristische Person in Erscheinung“.¹¹⁾ Die OHG sei nach heute sowohl in Österreich als auch in Deutschland hL und stRspr als Gesamthand aufzufassen.¹²⁾

Die Theorie der Gesamthand gehört indes – wie K. Schmidt es formuliert – „zu den schwierigsten und umstrittensten Fragen der gegenwärtigen Zivilrechtsdogmatik. ... Es geht um Kernprobleme der Rechtsträgerschaft und der Rechtszuordnung: ... Ist, was wir als Gesamthand bezeichnen, ein Sondervermögen der Gesamthänder, oder ist die Gesamthand selbst Rechtsträgerin?“¹³⁾ Anders gewendet: Ist die „Gesamthand als solche“ Rechtssubjekt oder sind letztendlich doch (nur) die Gesellschafter der OHG als Rechtsträger¹⁴⁾ anzusehen, die Gesamthand sohin nichts anderes als eine besondere Verbundenheit der Gesellschafter zueinander?¹⁵⁾

1. Die Vielheitstheorie als traditionelle Ansicht

Die hier als traditionelle Ansicht bezeichnete ältere Lehre baut konsequent auf der Prämisse auf, dass nur natürliche und juristische Personen Rechtsträger sein können,¹⁶⁾ und sieht folglich die Gesamthänder, dh die Gesellschafter der OHG, als Rechtsträger und das Gesamthandvermögen als ein diesen Gesamthändern zustehendes Sondervermögen an.¹⁷⁾ In der vor allem in der deutschen Literatur¹⁸⁾ zur Frage nach dem Wesen der Gesamthandgesellschaft¹⁹⁾ geführten Diskussion haben in letzter Zeit vor allem *Beuthien*²⁰⁾ und *Weber-Grellet* der Gesamthand als solchen die Rechtsfähigkeit abgesprochen und allein die Gesellschafter als Träger aller Rechte und Pflichten angesehen.²¹⁾ Auch die in Österreich hM will die OHG weder

⁹⁾ Vgl grundsätzlich hiezu *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation, 5 f.

¹⁰⁾ Vgl hiezu *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 246; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 1357 f.

¹¹⁾ Vgl zB OGH 17.9.1963, 8 Ob 232/63 (EvBl 1964/13); OGH 10.11.1971, 3 Ob 102/71 in GesRZ 1972, 59 = EvBl 1972/162 = HS 8098; OGH 10.7.1986, 7 Ob 583/86 in wbl 1987, 161 = NZ 1987, 287 = HS 16.073; OGH 29.8.1995, 5 Ob 59/95 in wbl 1996, 81 = wbl 1996, 117 = HS 26.043; ebenso VwGH 3.10.1996, 96/16/0136 in RdW 1997, 432 = NZ 1997, 284 = ÖJZ 1998, 73 = ÖStZB 1997, 449 = HS 27.035.

¹²⁾ Vgl für viele *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II, Personen- gesellschaften⁴, 129.

¹³⁾ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 203 f.

¹⁴⁾ Begriffe wie „Rechtssubjektivität“, „Rechtsträgerschaft“, „Rechtsfähigkeit“, „Rechtszuständigkeit“ uÄ, denen beim Versuch der Beantwortung dieser Frage naturgemäß besondere Bedeutung zukommt, sollen im Folgenden synonym verwendet werden (vgl hiezu *Zöllner* in FS Gernhuber, Rechtssubjektivität von Personengesellschaften?, 567 f). Dies wird im gegebenen Zusammenhang nicht nur von *Dellinger* empfohlen (vgl *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation, 44), sondern im Übrigen – wie *Straube/Davy* aufgezeigt haben – auch von der „einschlägigen österreichischen Standardliteratur“ erhellt bzw bestätigt (eingehend hiezu *Straube/Davy*, Rechtsfähigkeit ohne Rechtspersönlichkeit?, GesRZ 1980, 174).

¹⁵⁾ Als geradezu bezeichnend hiezu sei *Wiedemanns* Verweis auf *von Gierke* zitiert: „Die deutschrechtliche Gesamthandslehre und ihre modernen Anhänger verstehen die Gesamthand als eine kollektiv berechnete und verpflichtete Personeneinheit und dementsprechend als ein personenrechtliches Prinzip: die Personen sind, wie *von Gierke* sagte, ‚irgendwie miteinander verschmolzen und geeint‘“ (*Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 245).

¹⁶⁾ Vgl zB *Geiler* in *Düringer-Hachenburg*, Kom HGB II, 1 Anm 21: „Die Gesellschaft ist keine juristische Person. Also müssen die Rechte an den einzelnen Gütern den Gesellschaftern zustehen.“ Ebenso RGZ 65, 227. Zur Problematik vgl weiters *K. Schmidt*, Der Partnerschaftsgesetzentwurf: Chance für eine überfällige Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Ein rechtspolitischer Beitrag zum Recht der unternehmenstragenden Gesamthand in Österreich, JBl 1988, 746; *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation, 5; *Lindacher*, Gesamthandschuld, Gesamthänderschuld und akzessorische Gesellschafterindividualschuld, GesRZ 1981, 62.

¹⁷⁾ Ausführlich dazu *Schulze-Osterloh*, Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, 5 ff; *Flume*, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972), 199; *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 29 ff.

¹⁸⁾ Eine umfassende Übersicht in bezug auf Beiträge zum Wesen der Gesamthand – unterteilt in ‚Anhänger der traditionellen Auffassung‘ einerseits und Vertreter der ‚modernen Gesamthanddoktrin andererseits‘ – bietet *Hueck* in FS *Zöllner* I, Drei Fragen zur Gesamthandgesellschaft, 227.

¹⁹⁾ Zu diesbezüglichen Grundsatzfragen vgl zB *Ulmer*, Die Gesamthandsgesellschaft – ein noch immer unbekanntes Wesen?, AcP 198 (1998), 113; *Mülbert*, Die rechtsfähige Personengesellschaft, AcP 199 (1999), 39; *Raiser*, Der Begriff der juristischen Person, AcP 199 (1999), 105.

²⁰⁾ *Beuthien*, Die Vorgesellschaft im Privatrechtssystem, ZIP 1996, 308.

²¹⁾ *Weber-Grellet*, Die Gesamthand – ein Mysterienspiel?, AcP 182 (1982), 328; ebenso *von Stebut*, Die Haftung ausgeschiedener Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen – Gesellschafterwechsel und Identität von Personenhandelsgesellschaften, ZGR 1981, 197. Konservativ zurückhaltend gibt sich in der gegenwärtigen Diskussion um die Rechtssubjektivität der OHG auch *Zöllner*, indem er die praktische Relevanz des Theorienstreits in Frage stellt und davor warnt, „grundlegende Monographien aus den 70er Jahren, namentlich die von *Ulrich Huber* und *Schulze-Osterloh*, die auf dem ... Standpunkt (der Vielheitstheorie) stehen, nicht einfach als obsolet zu behandeln“. (*Zöllner* in FS Gernhuber, 567; was hingegen die heutige Sichtweise *Hubers* zur Frage der Rechtsfähigkeit der OHG angeht, vgl *Huber* in FS Lutter, Rechtsfähigkeit, juristische Person und Gesamthand, 109 f).

als juristische Person²²⁾ noch als „sonstige Rechtsperson“ anerkennen.²³⁾ Die Gesellschafter und nicht die Gesellschaft sollen Zurechnungsobjekt aller Rechte und Pflichten sein, die von einer Personenhandels-gesellschaft unter ihrer Firma erworben werden, dh dass diese Rechte und Pflichten von den Gesellschaftern gemeinsam nach den besonderen Vorschriften des HGB und der EVHGB getragen werden. Als Eigentümer des Gesellschaftsvermögens haben sie nicht die Stellung von Miteigentümern gemäß §§ 825 ff ABGB, sondern von Eigentümern zur gesamten Hand.²⁴⁾ Wie *Koppensteiner*²⁵⁾ gehen etwa auch *Hämmerle/Wünsch*²⁶⁾ davon aus, dass „das Gesellschaftsvermögen als das gemeinschaftliche Vermögen der Gesellschafter“ zu betrachten ist,²⁷⁾ und auch *Kastner/Doralt/Nowotny* wollen der OHG keine Rechtspersönlichkeit zukommen lassen. Zum „Vermögen der OHG“ führen diese aus, dass es „heute unbestritten“ im Gesamthand-eigentum der Gesellschafter steht.²⁸⁾

2. Die im Vordringen befindliche Einheitstheorie

Während für die Anhänger der Vielheitstheorie die Rechte und Pflichten der beteiligten Personen solche der Gesellschafter sind,²⁹⁾ betont die Einheitstheorie als Antithese dazu die Zugehörigkeit dieser Rechte und Pflichten zur Gesellschaft als kollektiver Einheit.³⁰⁾

Diese laut *K. Schmidt* „im Vordringen befindliche und von *Flume* initiierte³¹⁾ Gegenansicht“ geht von der Rechts-subjektivität der Gesamthand als solcher aus³²⁾ und stützt sich in ihrer Argumentation va auf die Bestimmung des § 124 HGB, welche normiert, dass die OHG „unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden (kann)“, und welche es „konsequent“ anzuwenden gilt.³³⁾ Dass die Gesellschaft selbst Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann, mithin rechtsfähig ist, ergibt sich – wie *K. Schmidt* betont – in eindeutiger Weise aus dieser Vorschrift: „Die OHG braucht hierfür nicht als juristische Person eingeordnet zu werden, sondern es genügt, dass sie nach dem Gesetz Rechtsträgerin ist.“³⁴⁾ Auch der BGH ist mittlerweile dieser „modernen“ Gesamthanddoktrin gefolgt.³⁵⁾

Für Österreich wurde bereits ausgeführt, dass Lehre und Judikatur „konservativer“ zu sein scheinen,³⁶⁾ wenngleich in rezenten Aufsätzen³⁷⁾ vermehrt auf die eben skizzierte „moderne Gesamthandlehre“ Bezug genommen bzw diese sogar als „zutreffend“ bezeichnet wird.³⁸⁾ Obzwar demnach auch in der österreichischen Lehre die „neuere Gesamthanddoktrin“ zunehmend Anhängerschaft findet,³⁹⁾ wird aber dennoch stets auf die hM hingewiesen, wonach

²²⁾ Vgl *Ostheim*, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht, 60: „Wenn zwar von der OHG gesagt wird, daß sie weitgehend ‚wie eine juristische Person behandelt‘ werde, so impliziert diese Aussage, daß die OHG eben keine juristische Person ist.“

²³⁾ AA hingegen zB *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 29.

²⁴⁾ Vgl *Straube/Davy*, GesRZ 1980, 178.

²⁵⁾ *Koppensteiner in Straube*, HGB I² § 124 Art 7 Nr 9-11 Rz 5.

²⁶⁾ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II, Personengesellschaften⁴, 129.

²⁷⁾ Vgl *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II, Personengesellschaften⁴, 184; ebenso *Feil/Perkounigg/Schnabl/Ingerz*, Die offene Handelsgesellschaft², 12 f.

²⁸⁾ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 83.

²⁹⁾ Vgl zB *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 246: „Was man – schlagwortartig verkürzt – der Gesamthand zuordnet oder zurechnet, das wird in den Rechtsfolgen stets an die der Gemeinschaft angehörenden Personen weitergeleitet.“ Ähnlich *Riegger*, Die Rechtsfolgen des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer zweigleedrigen Personalgesellschaft, 13.

³⁰⁾ Vgl *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 246; *Flume*, ZHR 136 (1972), 189 f.

³¹⁾ Anknüpfend an von *Gierkes* Untersuchungen zur Gesamthand, machte *Flume* erstmals deutlich, dass die Gesamthandgesellschaft mehr als ein den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zustehendes Sondervermögen ist. Über die vermögensrechtliche Komponente hinaus weist sie vielmehr auch eine personenrechtliche Komponente auf, die sich im Gesellschaftsvertrag als Organisationsvertrag dokumentiert. Die daraus resultierende „Organisationseinheit“ der „Gesellschafter in ihrer Verbundenheit“ – *Flume* verwendet hierfür den Terminus „Gruppe“ – ist es schließlich, die als Rechtssubjekt am Rechtsleben teilnimmt, ohne aber juristische Person zu sein (vgl *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I, Die Personengesellschaft, 54 ff).

³²⁾ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 207; ebenso *Boujong in Eberoth/Boujong/Joost*, HGB I § 105 Rz 8.

³³⁾ Vgl *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 1359; „inkonsequent“ in diesem Sinne va *Schulze-Osterloh*, Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, 11 f.

³⁴⁾ *K. Schmidt in Schlegelberger*, HGB⁵ § 124 Rz 1; ähnlich *ders*, Gesellschaftsrecht³, 1358.

³⁵⁾ So vertritt – wie *Brandes* aufgezeigt hat – „der II. Zivilsenat des BGH seit Jahren den Standpunkt, dass das Gesamthandsvermögen rechtlich nicht von den Gesamthändern, sondern von der Gesellschaft getragen wird; die Gesellschaft als Gesamthand ist Träger von Rechten und Pflichten (BGHZ 79, 374 = WM 1981, 259). Für die OHG ergibt sich dieser Befund ausdrücklich aus § 124 HGB“ (*Brandes*, Die Rechtsprechung des BGH zur Offenen Handels-, Kommandit- und Publikumpersonengesellschaft, WM 1990, 1224). Anders jedoch noch BGH 7.10.1987, IVa ZR 67/86 in WM 1987, 1557 (unter Verweis auf BGH 16.2.1961, III ZR 71/60 in WM 1961, 430 = BGHZ 34, 293, 296).

³⁶⁾ Zu den in Österreich einerseits und Deutschland andererseits überwiegend vertretenen Rechtsansichten vgl *Thiery*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Unternehmer, 15 ff.

³⁷⁾ Vgl zB *Oberhammer*, Die Gesellschaft nach bürgerlichem Recht – eine Gesamthandgesellschaft?, JBl 1997, 624; *Brugger*, Zum Problem der Vollmacht an eine Erwerbsgesellschaft, AnwBl 1991, 773.

³⁸⁾ Vgl *Karollus*, Unternehmerwechsel und Dauerschuldverhältnis, ÖJZ 1995, 246; ähnlich *Lindacher*, GesRZ 1981, 61 ff.

³⁹⁾ So meint etwa *Hermann*, dass zur Frage der Rechtsfähigkeit der OHG keine Unterschiede zwischen der österreichischen und der deutschen Rechtsordnung bestehen, weshalb sich die Einheitstheorie auch in Österreich durchzusetzen im Begriff ist (vgl *Hermann*, Zur Haftung gemäß § 128 HGB, eoclex 1995, 894), und auch *Grünwald* grenzt die OHG von der GesBR vor allem dahin gehend ab, dass Erstere „Gesamthand (ist) und als solche – wie sich aus § 124 HGB ergibt – am Rechtsverkehr teilnehmen und Träger von Rechten und Pflichten sein (kann). Ihr Vermögen steht der Gesellschaft selbst zu, während die Gesellschafter keinen Bruchteil oder sonstigen Anteil an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens haben“ (*Grünwald*, Rechtsfolgen des Erwerbs bzw Verlusts der Vollkaufmannseigenschaft bei Personengesellschaften, GesRZ 1993, 132). *Rüffler* meint überhaupt, dass die in Deutschland mit Vehemenz geführte Diskussion zur Rechtsnatur der Gesamthand „im wesentlichen nur für die deutsche Gesellschaft bürgerlichen Rechts von Bedeutung ist, zumal für Personenhandels-gesellschaften ... das HGB selbst ausreichend Auskunft (gibt), daß die Gesellschaft eigenständiges Zuordnungssubjekt ist“ (*Rüffler*, Zum Inhalt der Gesellschafterhaftung gemäß § 128 HGB, JBl 1999, 227).

„die OHG keine eigene Rechtspersönlichkeit (hat)“.⁴⁰⁾ Die von *K. Schmidt* vertretene Rechtsansicht wird von *Koppensteiner* als „nicht überzeugend“ abgetan.⁴¹⁾ Warum daher der OGH in EvBl 1996/101 ausgerechnet unter Bezugnahme auf *Koppensteiner* die Gesellschaft als Trägerin des Gesellschaftsvermögens angesehen hat⁴²⁾, bleibt rätselhaft.⁴³⁾ Auch ist mehr als fraglich, ob diese Entscheidung – wengleich kein Einzelfall⁴⁴⁾ – bereits als substantielle Änderung der Rechtsprechung des OGH⁴⁵⁾ zur Frage der Rechtsträgerschaft der OHG angesehen werden kann, führte der OGH unter Bezugnahme auf seine stRspr⁴⁶⁾ doch erst jüngst wieder aus, dass „die Rechtsträger des Gesellschaftsvermögens die jeweiligen Gesellschafter zur gesamten Hand sind“.⁴⁷⁾

Zu leicht macht man es sich aber, will man die „österreichische Zurückhaltung“ gegenüber der Einheitslehre bloß mit einem „time-lag“ gegenüber deutschen Entwicklungen im Handelsrecht begründen. Nicht übersehen werden darf nämlich, dass sich die traditionelle Gesamthandoktrin va auf den Wortlaut der §§ 718 f BGB bzw Art 7 Nr 9 f EVHGB stützt, diese beiden nahezu wortgleichen Regelungen jedoch systematisch nicht „gleichrangig“ sind.⁴⁸⁾ Während nämlich in Deutschland die OHG nach hA als eine Sonderform der BGB-Gesellschaft⁴⁹⁾ anzusehen ist – § 105 Abs 3 dHGB verweist ausdrücklich auf die §§ 705 bis 740 BGB, die anzuwenden sind, soweit nicht das HGB in den §§ 105 bis 160 Sondervorschriften enthält⁵⁰⁾ –, finden in Österreich (wo das BGB auch in der Vergangenheit nie Anwendung fand)⁵¹⁾ die den einschlägigen Vorschriften des BGB nachgebildeten Bestimmungen des Art 7 der 4. EVHGB „ergänzend Anwendung“.⁵²⁾ Während man sich daher in der deutschen Rechtsordnung im „Konfliktfall § 124 HGB vs § 718 BGB“ am Inhalt der handelsrechtlichen Vorschrift orientieren kann und muss,⁵³⁾ können Argumentationsversuche etwa dahin gehend, dass Art 7 Nr 9 EVHGB durch § 124 HGB „verdrängt“ werde,⁵⁴⁾ nur schwer angestellt werden.⁵⁵⁾

⁴⁰⁾ *Torggler/Kucsko* in *Straube*, HGB I² § 105 Art 7 Nr 1 Rz 2.

⁴¹⁾ Vgl *Koppensteiner* in *Straube*, HGB I² § 124 Art 7 Nr 9-11 Rz 5.

⁴²⁾ OGH 26.3.1996, 1 Ob 2002/96k in GesRZ 1997, 98 = EvBl 1996/101 = RdW 1996, 585 = ARD 4797/31/96 = HS 27.031 = MietSlg 48.237.

⁴³⁾ *Koppensteiner* bekennt sich zwar zunächst unter Berufung auf *Flume* in der Tat zur These, dass das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als ‚Gruppe‘ gehört, deutet die Gruppe dann aber offenbar anders als *Flume* nicht als Rechtsträger (*Koppensteiner* in *Straube*, HGB I² § 124 Art 7 Nr 9-11 Rz 5; krit hiezu *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation, 11 f). Andererseits wiederum tritt *Koppensteiner* im Zusammenhang mit der Auslegung der Bestimmung des § 128 HGB für die Anwendung der „Haftungstheorie“ ein (*Koppensteiner* in *Straube*, HGB I² § 128 Rz 10a), die mE mit der traditionellen Gesamthandlehre unvereinbar ist. Würde man nämlich der traditionellen Gesamthandlehre konsequent folgen, so gäbe es mangels Rechtssubjektivität der Gesellschaft nur eine Schuld der Gesellschafter, womit die Frage nach dem Inhalt der Gesellschafterhaftung klar zu beantworten wäre: „Der Gesellschafter schuldet Erfüllung, weil alle für die ‚Gesellschaft‘ begründeten Verbindlichkeiten ja ‚in Wirklichkeit‘ seine eigenen sind“ (*Rüffler*, JBl 1999, 226 f).

⁴⁴⁾ Vgl zB OGH 26.3.1996, 1 Ob 2002/96k in GesRZ 1997, 98 = EvBl 1996/101 = RdW 1996, 585 = ARD 4797/31/96 = HS 27.031 = MietSlg 48.237; OGH 23.12.1952, 1 Ob 1009/52 in JBl 1953, 297 = HS 1198: „Die offene Handelsgesellschaft und ihre Gesellschafter sind verschiedene Rechtssubjekte.“ Unklar OGH 29.8.1995, 5 Ob 59/95 in wbl 1996, 81 = wobl 1996, 117 = HS 26.043.

⁴⁵⁾ Ausdrücklich der „modernen“ Gesamthandlehre folgend hingegen die E VwGH 21.12.2000, 2000/16/0563 in ecolex 2001, 402: „Die Gesellschaft wird nach neuerer Lehre und Rspr ungeachtet des Umstandes, dass sie keine juristische Person ist, insbesondere als Träger jener Rechte angesehen, die ihr von § 124 HGB ausdrücklich zugeordnet werden, wozu u.a. das Eigentumsrecht gehört (...). An dem der Gesellschaft als Rechtsträger zugeordneten Gesamtvermögen sind die Gesellschafter nur mittelbar über ihre Mitgliedschaft beteiligt“ (ähnlich bereits VwGH 3.10.1996, 96/16/0136 in RdW 1997, 432 = NZ 1997, 284 = ÖJZ 1998, 73 = ÖStZB 1997, 449 = HS 27.035).

⁴⁶⁾ Vgl zB OGH 10.11.1971, 3 Ob 102/71 in GesRZ 1972, 59 = EvBl 1972/162 = HS 8098: „Das Gesellschaftsvermögen steht im Gesamthand Eigentum aller Gesellschafter.“ Ebenso OGH 10.7.1986, 7 Ob 583/86 in wbl 1987, 161 = NZ 1987, 287 = HS 16.073.

⁴⁷⁾ OGH 16.3.2000, 2 Ob 54/00f in GBU 2000/04/02 = RdW 2000/382 = ecolex 2000/209 = wbl 2000/257 = EvBl 2000/154: „Nach Lehre und Rechtsprechung ändert nämlich der gleichzeitige Wechsel aller Gesellschafter der Personenhandelsgesellschaft nichts an der Identität der Gesellschaft, weil die Rechtsträger des Gesellschaftsvermögens die jeweiligen Gesellschafter zur gesamten Hand sind (ecolox 1991, 855 = EvBl 1992/22 = RdW 1992, 9 = wbl 1992, 99 = WoBl 1992, 59 = MietSlg 43.176 = HS 22.052 = HS 22.682)“; ebenso OGH 13.4.2000, 6 Ob 8/00w in ecolex 2001/17 = wbl 2000/317 = RdW 2000/653 = GBU 2000/11/01 = RWZ 2000/75. Zuweilen behilft sich die Judikatur mit der Ausweichformel, „das Gesellschaftsvermögen sei den ‚Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit‘ zugeordnet“, wobei – wie *Dellinger* bemerkt – hier die Formel der neueren deutschen Lehre mit Ausnahme der Worte „als Gruppe“ übernommen, gleichzeitig aber an der Vorstellung des Gesamthand Eigentums der Gesellschafter festgehalten wird. Dass derartige „Formelvermischungen“ einer dogmatischen Klärung nicht unbedingt förderlich sind, versteht sich von selbst (vgl *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation, 12).

⁴⁸⁾ Vgl hiezu auch OGH 16.9.1981, 3 Ob 29/81 in EvBl 1982/7 = HS 12.132. AA offenbar *Hermann*, ecolex 1995, 894.

⁴⁹⁾ *Habersack* in Großkomm. HGB⁴ § 124 Rz 2; ähnlich *Boujong* in *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB I § 105 Rz 7; differenzierend hingegen *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB⁵ § 105 Rz 3.

⁵⁰⁾ Vgl *Emmerich* in *Heymann*, HGB II² § 105 Rz 1.

⁵¹⁾ Vgl hiezu *Demelius*, Die Verweisungen des Handelsgesetzbuchs auf das Bürgerliche Gesetzbuch in der Ostmark und im Sudetenland, ZHR 109 (1942), 34 ff.

⁵²⁾ *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB⁵ § 105 Rz 246. Rechtstechnisch muss also festgestellt werden, dass – anders als die §§ 705 bis 740 BGB, die nur insoweit anwendbar sind als in §§ 105 bis 160 HGB „nicht ein anderes vorgeschrieben ist“ – die Vorschriften des Art 7 der 4. EVHGB offenbar „gleichrangig“ neben den §§ 105 ff HGB stehen, von einer bloß subsidiären Anwendbarkeit daher nicht gesprochen werden kann. Nicht ganz exakt ist es daher mE, wenn davon gesprochen wird, dass in Österreich „an die Stelle“ der in § 105 Abs 2 dHGB genannten Bestimmungen des BGB die Vorschriften des Art 7 der 4. EVHGB treten (vgl etwa *Emmerich* in *Heymann*, HGB II² § 105 Rz 1).

⁵³⁾ Durchaus nachvollziehbar sind daher die jüngsten Tendenzen in der deutschen Lehre, sich nicht länger vom Wortlaut des § 718 BGB beirren zu lassen und sich vielmehr auf § 124 HGB – eine „klärende Vorschrift von überzeugender Einfachheit, die sich einer rechtsdogmatischen Stellungnahme zum ‚Wesen‘ der OHG enthält und sich ohne Umstände umsetzen lässt“ – zu konzentrieren und diese Bestimmung „konsequent anzuwenden“ (*K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 1359). Ähnlich *Raiser* in FS Zöllner I, Gesamthandsgesellschaft oder juristische Person – Eine Geschichte ohne Ende?, 474 f.

⁵⁴⁾ Anders offenbar der weiter unten näher dargestellte Ansatz *Flumes*, der nicht mit einer bloß subsidiären Anwendbarkeit des § 718 BGB argumentiert, sondern vielmehr diese Bestimmung entgegen ihrem Wortsinn auslegen will.

⁵⁵⁾ Vgl dazu jedoch den Ansatz *Rüfflers*, der dem historischen „österreichischen“ Gesetzgeber des Jahres 1938 insoweit einen Irrtum unterstellen will: „Mit dem Argument, daß Zweck der Einführung des 4. EVHGB die Herstellung von Rechtsgleichheit mit Deutschland war, könnte man dann ... Art 7 Nr 9 und 10 EVHGB insoweit unangewendet lassen, als sie mit § 124 HGB unvereinbar sind. Eine historisch-teleologische Auslegung würde dann zur Negation einer grammatikalischen Auslegung führen“ (*Rüffler*, JBl 1999, 226).

Zwar mag für manche der Wortlaut des Art 7 Nr 1 EVHGB durchaus darauf hindeuten, dass die eben genannten Bestimmungen der EVHGB ebenso wie die mit diesen „korrespondierenden“ Vorschriften des BGB bloß subsidiär anwendbar sind,⁵⁶⁾ doch wäre dann die Vorschrift des Art 7 Nr 9 EVHGB – anders als § 718 BGB, der für die BGB-Gesellschaft Anwendung findet – sinnlos. Die Schaffung sinnloser Normen darf jedoch dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden.⁵⁷⁾

Wenn also *K. Schmidt* vermeint, dass „die früher hM, die die Gesellschafter als Träger der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechte und Pflichten ansah, ... für den Fall der OHG oder KG contra legem (ist),“⁵⁸⁾ dann kann dem – will man diesen Satz auch für Österreich gelten lassen – nur dann gefolgt werden, wenn man eine entsprechende Erklärung für die in Art 7 Nr 9 – 11 EVHGB enthaltenen Regelungen hat.⁵⁹⁾ Weil sich nun Art 7 Nr 9 EVHGB nicht einfach „weginterpretieren“ lässt, kommt die in Österreich hA bei der Frage nach dem Träger des Gesellschaftsvermögens zum Schluss, dass dieses den Gesellschaftern selbst zugeordnet ist, wobei freilich „das gemeinschaftliche Vermögen doch von der individuellen Berechtigung und Verfügung der einzelnen Gesellschafter rechtlich soweit gelöst (ist), dass lediglich eine Zuordnung zu den gemeinschaftlichen verbundenen Gesellschaftern angenommen werden kann.“⁶⁰⁾ Dies ist jedenfalls die „Lösung“ der traditionellen Lehre.⁶¹⁾

Anders hingegen jüngere Ansätze: Zwar darf in Österreich, wenn etwa *Koppensteiner* die „Ambivalenz der Formulierungen in § 124 Abs 1 HGB einerseits und Art 7 Nr 9 andererseits“ – Träger des Gesellschaftsvermögens ist gemäß § 124 Abs 1 HGB die Gesellschaft während nach Art 7 Nr 9 EVHGB gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter vorliegt⁶²⁾ – beklagt,⁶³⁾ nicht der Regelung des § 124 HGB einfach der Vorzug gegeben werden, vielmehr ist zu versuchen, die genannten Bestimmungen im Wege der Interpretation derart zu verstehen, dass eine inhaltliche Vereinbarkeit der Vorschriften zueinander gegeben ist. *Flume* hat im gegebenen Zusammenhang aufgezeigt, dass § 718 BGB bereits in sich widersprüchlich ist und nur im historischen Kontext verstanden werden kann. Eine Gesamthand als Rechtssubjekt könne daher zumindest nicht ausgeschlossen werden, eine „am Wortlaut des Gesetzes orientierte Argumentation“ scheidet aber jedenfalls aus.⁶⁴⁾ Wenn aber nun nach *Flume* § 718 BGB nicht „wörtlich genommen“ werden darf, dann muss dies mE auch für Art 7 Nr 9 EVHGB gelten, zumal diese Bestimmung nach dem Willen des historischen („österreichischen“) Gesetzgebers wohl nicht anders als die wortgleiche Bestimmung des BGB verstanden werden darf. Es könnte daher auch in Österreich der Ansatz von *Flume* gewählt werden, den für die Gesetzesauslegung geltenden Grundsatz, dass „der äußerst mögliche Wortsinn die Grenze jeglicher Auslegung absteckt“⁶⁵⁾, quasi „auszuklammern“ und folglich mit verstärktem Augenmerk auf eine historische Interpretation, insbesondere aber anhand objektiv-teleologischer Kriterien,⁶⁶⁾ die OHG als solche

als Rechtsträgerin und Trägerin des Gesellschaftsvermögens anzusehen und so auch in Österreich der Einheitstheorie zum Durchbruch zu verhelfen.⁶⁷⁾ Dass eine rein historisch-teleologische Betrachtungsweise im gegebenen Zusammenhang nicht zielführend sein kann, betont auch *Dellinger*, indem er auf den Willen des HGB-Gesetzgebers des Jahres 1897 verweist, nach dem die OHG jedenfalls nicht als Rechtsträger angesehen werden kann.⁶⁸⁾ Dennoch aber konstatiert *Dellinger* eine „Notwendigkeit eines gewandelten Verständnisses“ hinsichtlich der Rechtsträgerschaft von Personenhandelsgesellschaften, zumal „die Theorie der Rechtsträgerschaft der OHG ihrem darstellenden Zweck besser gerecht wird als die traditionelle Lehre,⁶⁹⁾ weshalb sie dieser vorzuziehen ist.“⁷⁰⁾

⁵⁶⁾ Vgl *Rüffler*, JBl 1999, 226; ebenso offenbar *K. Schmidt*, Der Partnerschaftsgesetzentwurf: Chance für eine überfällige Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Ein rechtspolitischer Beitrag zum Recht der unternehmenstragenden Gesamthand in Österreich, JBl 1988, 747.

⁵⁷⁾ Vgl *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ I, 22 mwN.

⁵⁸⁾ Vgl *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB⁵ § 124 Rz 1.

⁵⁹⁾ *K. Schmidt* selbst bemerkt, dass der von ihm propagierten Auffassung, die Gesellschaft selbst sei Trägerin von Rechten und Pflichten sowie Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens, in Österreich nicht nur die auf der Annahme, dass nur natürliche und juristische Personen Rechtsträger sein könnten, basierende traditionelle Gesamthandlehre, sondern auch die Bestimmung des Art 7 Nr 9 EVHGB – zumindest auf den ersten Blick – im Wege zu sein scheint (*K. Schmidt*, JBl 1988, 747).

⁶⁰⁾ *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 105 Rz 6.

⁶¹⁾ Infolge „Resignation vor der Widersprüchlichkeit der gesetzlichen Regelung“ wird schließlich – wie *Dellinger* nicht ohne Ironie bemerkt – eine Flucht in Bezeichnungen wie „quasi-juristische Person“ oder „Übergangsform zur juristischen Person“ gesucht (vgl *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation, 9 f).

⁶²⁾ Ausführlich hiezu *Krejci/Schmidt*, Vom HGB zum Unternehmensgesetz, 45 ff; *Bälz* in FS Zöllner I, Organisationsvertrag und Gesamthand – Zur Abgrenzung von Außen- und Innengesellschaften, 48.

⁶³⁾ Vgl *Koppensteiner* in *Straube*, HGB I² § 124 Art 7 Nr 9-11 Rz 5.

⁶⁴⁾ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I, Die Personengesellschaft, 74.

⁶⁵⁾ *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ I, 22 mwN; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³, 145.

⁶⁶⁾ Wie insbesondere *Mülbert* aufgezeigt hat, hat *Flume* sein personenrechtlich-gruppenbildendes Gesamthandverständnis eher in dogmengeschichtlichen Betrachtungen aus dem Wesen der Gesamthand und nicht etwa – wie aber *Flume* zum Teil vorzugeben versucht – ausschließlich in einer Analyse des positiven Rechts entwickelt (vgl *Mülbert*, AcP 199 [1999], 48).

⁶⁷⁾ Vgl *Hochedlinger*, Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen, Unternehmen und Betrieben bei Personenhandelsgesellschaften, 56. Die Bestimmung des Art 7 Nr 9 EVHGB wäre daher – wie *K. Schmidt* vermeint – „in Wahrheit“ so zu verstehen, dass diese nur regelt, „was zum Gesellschaftsvermögen gehört. Die ... so umstrittene Frage, wem das Gesellschaftsvermögen gehört, ist durch ... § 124 HGB beantwortet, und die Antwort lautet: Rechtsträger ist die Gesellschaft!“ (*K. Schmidt*, JBl 1988, 747).

⁶⁸⁾ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation, 12 f.

⁶⁹⁾ Diesen rechtsdogmatischen Vorteil der „modernen“ Gesamthandlehre gestehen selbst *Beuthien/Ernst* als Kritiker der Einheitstheorie zu: „... In der Tat geht es bei der Einheits- und Vielheitstheorie nur um die dogmatische Frage, welche der beiden Gesamthandtheorien den begrifflich höheren Erklärungswert hat und so in der Praxis einfachere und schneller einsichtige Begründungen ermöglicht. Insofern scheint die jüngere, sich als modern begreifende Einheitstheorie überlegen zu sein.“ (*Beuthien/Ernst*, ZHR 156 [1992], 229).

⁷⁰⁾ *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation, 28.

Unabhängig von der eben dargestellten Kontroverse zwischen „traditioneller“ und „neuerer“ Gesamthanddoktrin soll an dieser Stelle aber festgehalten werden, dass jedenfalls kein Gesellschafter selbständig über einen Bruchteil an einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens verfügen und kein Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen dadurch in Mitleidenschaft ziehen kann, dass er über seinen Vermögensanteil verfügt.⁷¹⁾ Wie weiter unten aufgezeigt werden wird, existiert ein derartiger Vermögensanteil überhaupt nur als mitgliedschaftlicher Beteiligungswert, ist also von der Mitgliedschaft nicht zu trennen und deshalb als solcher kein tauglicher Verfügungsgegenstand.⁷²⁾

3. Die OHG als juristische Person?

Wenngleich die hL betont, dass der historische Gesetzgeber mit der Gesamthandgemeinschaft OHG gerade keine juristische Person im Auge hatte,⁷³⁾ hat doch eine Reihe von Autoren⁷⁴⁾ die Auffassung vertreten, die OHG sei eine juristische Person,⁷⁵⁾ wobei vielfach auf das hohe Maß an Selbständigkeit der OHG, das sich va in der Regelung des § 124 HGB äußert, verwiesen wurde.⁷⁶⁾ Auch der Gedanke einer europäischen Rechtsangleichung wird seit kurzem verstärkt als Argument für die Qualifikation der OHG als juristische Person ins Treffen geführt.⁷⁷⁾

Wie *Dellinger* aufgezeigt hat, ging und geht es aber bei der Frage, ob denn die OHG nicht doch eine juristische Person sei, letztendlich stets um die Klärung der in Wahrheit angesichts des Fehlens einer gesetzlichen Definition im Detail noch immer offenen Vorfrage nach dem Wesen der juristischen Person.⁷⁸⁾ Folgte man nämlich einem „weiten Begriffsverständnis, wonach jedes von der natürlichen Person verschiedene Gebilde, dem vom Gesetz Rechtssubjektivität verliehen ist, ... juristische Person ist“, so ergäbe sich daraus die Einordnung der OHG als juristische Person von selbst. Freilich bliebe diesfalls der Begriff der juristischen Person relativ konturlos.⁷⁹⁾

Für die Vertreter der Einheitslehre⁸⁰⁾ stellt sich aber freilich die Frage nach dem Unterschied zwischen der Gesamthand OHG und einer juristischen Person.⁸¹⁾ Worin liegt – will man die Gesamthandgesellschaft OHG als Rechtsträgerin, eigenes Rechtssubjekt und Trägerin des Gesamthandvermögens begreifen⁸²⁾ – der Unterschied zwischen einer derart verstandenen Gesamthandgesellschaft einerseits und einer juristischen Person andererseits? Oder anders gefragt: Was fehlt der OHG zur juristischen Person?⁸³⁾

Als Unterscheidungsmerkmale geltend gemacht werden dabei in der Literatur insbesondere⁸⁴⁾ der der OHG von der Rechtsordnung im Vergleich zur juristischen Person geringere Umfang an eingeräumten Rechten,⁸⁵⁾ die Unmöglichkeit einer Einmann-OHG,⁸⁶⁾ Haftungsfragen⁸⁷⁾ und Unterschiede in der Organisation.⁸⁸⁾

Insgesamt müssen aber die praktischen Unterschiede als nahezu marginal bezeichnet werden, weshalb sich in der Tat die Frage aufdrängt, „ob sich die Rechtsfigur der Gesamthandgesellschaft dauerhaft neben derjenigen der juristischen Person behaupten wird.“⁸⁹⁾ Weil aber – zumindest in Österreich – erst der Gedanke der Rechtsträ-

⁷¹⁾ Vgl hiezu *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 318 f.

⁷²⁾ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 1318; ähnlich *Bälz* in FS Zöllner I, 48.

⁷³⁾ Für viele vgl *Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, 102.

⁷⁴⁾ Was die Rspr anbelangt, so blieb – soweit ersichtlich – die E OGH 21.10.1975 in JBl 1978, 87 = HS 9119, in der die OHG (ohne nähere Begründung) als juristische Person bezeichnet wurde, ein Einzelfall.

⁷⁵⁾ Vgl zB *Ostheim*, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht, 60 mwN; *Wieland*, Handelsrecht, 398.

⁷⁶⁾ Vgl *Straube/Davy*, GesRZ 1980, 179.

⁷⁷⁾ Vgl *Raiser*, Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts, AcP 194 (1994), 511; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 192; *ders*, Konzeption des neuen Umwandlungsgesetzes, 595; *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation, 45.

⁷⁸⁾ Vgl im gegebenen Zusammenhang hiezu *Hochedlinger*, Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen, Unternehmen und Betrieben bei Personenhandelsgesellschaften, 12.

⁷⁹⁾ Vgl *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation, 33 f.

⁸⁰⁾ Verneint man hingegen die strittige Frage, ob die Gesamthand OHG als solche Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann, so ist bereits darin der Unterschied zwischen der Gesamthand einerseits und einer juristischen Person andererseits zu sehen: Während die juristische Person selbst als Rechtssubjekt zu betrachten ist, wären bei einer solcher Art verstandenen OHG letztendlich die – wenn auch in besonderem Maße miteinander verbundenen – Gesellschafter der OHG Rechtsträger (so zB *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 260).

⁸¹⁾ Vgl hiezu *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 207, ebenso *Raiser*, AcP 194 (1994), 497 und *Huber* in FS Lutter, 111.

⁸²⁾ Wie vorhin dargelegt, soll hier nicht zwischen Rechtspersönlichkeit, Rechtssubjektivität und Rechtsfähigkeit unterschieden werden. Freilich wird dabei nicht übersehen, dass gerade in jüngster Zeit von Teilen der Lehre derartige Differenzierungen vorgenommen werden, um auf diese Weise den Unterschied zwischen der „Gesamthand OHG“ und juristischen Personen erklären zu können (vgl hiezu etwa *Pfeifer*, Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität der Gesamthand – die GbR als OHG?, NZG 2001, 297).

⁸³⁾ Vgl hiezu *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB⁵ § 105 Rz 6. Ähnlich *Huber* in FS Lutter, 111.

⁸⁴⁾ Ausführlich hiezu *Hochedlinger*, Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen, Unternehmen und Betrieben bei Personenhandelsgesellschaften, 43.

⁸⁵⁾ Vgl *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 124 Rz 3; dagegen *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB⁵ § 105 Rz 6; ebenso *Huber* in FS Lutter, 112 f.

⁸⁶⁾ Vgl *Feil*, Handelsgesetzbuch, § 142 Rz 1; *Habersack* in Großkomm. HGB⁴ § 124 Rz 42; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I, Die Personengesellschaft, 99; *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 29. Für *Schünemann* stellt eine Einmann-Personengesellschaft ein „begriffliches Monstrum ohne jede juristische Lebensfähigkeit“ dar (vgl *Schünemann*, Grundprobleme der Gesamthandgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vollstreckungsrechts, 196). AA hingegen insb etwa *Raiser*, AcP 194 (1994), 495 ff; *Weimar*, Einmann-Personengesellschaften – ein neuer Typ des Gesellschaftsrechts?, ZIP 1997, 1769 ff; *Baumann*, Die Einmann-Personengesellschaft, BB 1998, 225 ff.

⁸⁷⁾ Zuweilen wird die Ansicht vertreten, es sei ein Kennzeichen der juristischen Person, dass die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt bleibt, während bei der Gesamthand die Gesellschafter typischerweise mit ihrem Privatvermögen haften (vgl zB *Kastner/Doralt/Novotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 83 f). AA jedoch insb *Raiser*, AcP 194 (1994), 505 f.

⁸⁸⁾ Vgl *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 217; *Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, 104 ff; ähnlich *ders* in FS Lutter, 113 f.

⁸⁹⁾ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 1359. Besonders „progressiv“ in diesem Sinne *Raiser*, AcP 194 (1994), 504.

gerschaft der Gesamthand mühsam im Begriff ist, sich allmählich durchzusetzen, und so – wie *Dellinger* es treffend bezeichnet – „seitens der Praxis wenig Bereitschaft bestehen dürfte, den zumindest auf den ersten Blick viel gewagter scheinenden Schritt zur Deutung der OHG als juristische Person zu setzen,“⁹⁰⁾ soll im Folgenden die OHG nicht als juristische Person, sondern vielmehr als Gesamthand begriffen werden, wobei – wie sich zeigen wird – Einheits- und Vielheitslehre zuweilen zu unterschiedlichen Resultaten führen werden.

III. Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen

1. Mitgliedschaft und Anteil am Gesellschaftsvermögen

Die Stellung des Gesellschafters in der OHG manifestiert sich in seiner Mitgliedschaft.⁹¹⁾ Der so genannte „Gesellschaftsanteil“ bzw. „Anteil am Gesellschaftsvermögen“, der in der Literatur immer wieder Diskussionen auslöst, ist zwar von der Mitgliedschaft dogmatisch zu trennen,⁹²⁾ im Rechtsleben erscheinen freilich Anteil und Mitgliedschaft häufig als Einheit, weshalb dort, wo Verwechslungen ausgeschlossen sind, *K. Schmidt* dafür plädiert, einfachheitshalber statt von der Mitgliedschaft vom Anteil zu sprechen.⁹³⁾

2. Austritt und Eintritt oder Anteilsübertragung?

Die Frage der Zulässigkeit der Anteilsübertragung war in der Vergangenheit höchst umstritten, weil der historische Gesetzgeber an eine Übertragbarkeit der Anteile schlicht nicht gedacht hatte.⁹⁴⁾ Vielfach hat man daher die Mitgliedschaft als schlechterdings unübertragbar angesehen und es bei der Feststellung belassen, dass eine „echte Übertragung“ der Mitgliedschaft eben nicht möglich sei. Wenn die Beteiligten daher eine Übertragung vereinbart hatten, musste diese gewollte Anteilsübertragung in einen Austritt und Eintritt umgedeutet werden.⁹⁵⁾

Heute hingegen ist – wie *Flume* ausführt – „(v)on der ursprünglichen Vorstellung der Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft ... der Personengesellschaft des Handelsrechts ... im Wandel der Rechtsentwicklung“⁹⁶⁾ nur übrig geblieben, dass die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft der Zulassung durch den Gesellschaftsvertrag oder der Zustimmung durch die Mitgesellschafter bedarf.⁹⁷⁾ Wenn aber eine unmittelbare Übertragung der Mitgliedschaft vom Ausscheidenden an den Übernehmenden, ohne den Übertragungsakt in zwei Teile – in Ausscheiden und in Eintritt eines Gesellschafters – zu zerlegen, nunmehr von Lehre⁹⁸⁾ und Rspr⁹⁹⁾ anerkannt wird, so bedeutet dies freilich nicht, dass die Anteilsübertragung „an die Stelle“ des „kombinierten Austritts und Eintritts“ getreten ist; vielmehr sind heute beide „Varianten“ zulässig.¹⁰⁰⁾ Rechtsfolge des Eintritts ist, dass der Neugesellschafter eine neue Mitgliedschaft erhält.¹⁰¹⁾ Die OHG als solche bleibt jedoch bestehen, die Identität der Gesellschaft wird nicht berührt.¹⁰²⁾ „Vermögensrechtlich“ bedeutet der Eintritt eines neuen Gesellschafters, dass dieser einen Gesellschaftsanteil erhält, was für die vorhandenen Gesellschafter zur so genannten Abwachsung nach Art 7 Nr 15 EVHGB bzw. § 738 BGB

führt, weil sich ihre verhältnismäßige Beteiligung verringert, während hinsichtlich der Vermögensverhältnisse des eintretenden Gesellschafters im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsvermögen von einer Anwachsung gesprochen wird.¹⁰³⁾ Die Vertreter der älteren Gesamthandlehre spre-

⁹⁰⁾ Vgl. *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation, 41; ähnlich *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 191 f.

⁹¹⁾ Ausführlich hiezu vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 556 ff; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I, Die Personengesellschaft, 125 f; *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 39; *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges Recht‘, 33 f.

⁹²⁾ Vgl. hierzu *Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 145; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 1305; *Flume*, ZHR 136 (1972), 195; *Bälz* in FS Zöllner I, 51.

⁹³⁾ Vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 1305 f.

⁹⁴⁾ Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I, Die Personengesellschaft, 349 (= *Flume* in FS Larenz, Die Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft durch Übertragung der Mitgliedschaft, 773); ausführlich hiezu *Bälz* in FS Zöllner I, 52 und *Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 349.

⁹⁵⁾ Vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 1318; ebenso *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 51.

⁹⁶⁾ Überblickartig hiezu vgl. *Hochedlinger*, Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen, Unternehmen und Betrieben bei Personengesellschaften, 72 ff.

⁹⁷⁾ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I, Die Personengesellschaft, 349. Ausführliche Darstellungen dieses „Wandels in der Rechtsentwicklung“ bieten insbesondere *Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 354 ff; *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 51 ff; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I, Die Personengesellschaft, 348 ff (= *Flume* in FS Larenz, 771 ff) und *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges‘ Recht, 37 ff.

⁹⁸⁾ Vgl. zB *Koppensteiner* in *Straube*, HGB I², Art 9-11 § 124 Rz 16; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 133.

⁹⁹⁾ Vgl. OGH 18.1.1977, 5 Ob 308/76 in GesRZ 1977, 98 = EvBl 1977/126 = HS 10.364 = SZ 50/4; OGH 27.6.1979, 1 Ob 638/79 in GesRZ 1980, 42 = HS 10.489; OGH 23.6.1988, 8 Ob 565/87 in RdW 1988, 384 = wbl 1988, 370 = HS 18.068.

¹⁰⁰⁾ In diesem Sinne ausdrücklich VwGH 23.11.1987, ZI 87/15/0061 in GesRZ 1988, 113 (aA jedoch offenbar BGH 8.11.1965, II ZR 223/64 in NJW 1966, 499 = BGHZ 44, 229). Welche dieser Gestaltungen nun im Einzelfall vorliegt, ist eine Frage der Vertragsauslegung (*K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB⁵ § 105 Rz 182). Wenn aber *Hämmerle/Wünsch* eine Unterscheidung der beiden Methoden der „faktischen Anteilsübertragung“, nämlich unmittelbare Anteilsübertragung einerseits und kombinierter Ein- und Austritt andererseits, als praktisch bedeutungslos qualifizieren (vgl. *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II, Personengesellschaften⁴, 243 f), so übersehen sie dabei, dass etwa der Abfindungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters nach Art 7 Nr 15 EVHGB beim Doppelvertrag gegen die Gesellschaft besteht, bei der Anteilsübertragung hingegen gegenüber dem Erwerber. Wird schließlich die Anteilsübertragung – etwa wegen Willensmängeln – erfolgreich angefochten, so bleibt beim Modell der Anteilsübertragung der „Veräußerer“ Gesellschafter, keinesfalls ist aber der „Erwerber“ neuer Gesellschafter geworden. Im Falle des Doppelvertrags hingegen ist zwischen der Wirksamkeit von Ausscheiden und Eintritt zu unterscheiden, sodass allenfalls bloß das Ausscheiden des alten Gesellschafters unwirksam, der Eintritt des neuen hingegen wirksam zustande gekommen wäre und die Gesellschaft in der Folge einen zusätzlichen Gesellschafter hätte (näher hiezu *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 52; ebenso *Reich-Rohrwig*, Unternehmenskauf und Beteiligungserwerb, *ecolx* 1990, 219 ff).

¹⁰¹⁾ *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB⁵ § 105 Rz 180.

¹⁰²⁾ Vgl. *Boujong* in *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB I § 105 Rz 157.

¹⁰³⁾ Vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 1313.

chen in diesem Zusammenhang von einer „Änderung der Rechtszuständigkeit“: „Das Gesellschaftsvermögen gehörte bisher den alten Gesellschaftern zur gesamten Hand; jetzt tritt der neue Gesellschafter in die Gesamthand ein, sodaß ihm das Gesellschaftsvermögen mitgehört; es wächst ihm ein Anteil am Gesellschaftsvermögen zu.“¹⁰⁴⁾ Demgegenüber betont die Einheitstheorie, dass sich beim Eintritt eines Gesellschafters nicht die Zugehörigkeit des Gesellschaftsvermögens zur Gesellschaft, sondern nur die Beteiligungsquote der Gesellschafter ändert.¹⁰⁵⁾ Trägerin des Gesellschaftsvermögens ist und bleibt ausnahmslos die als eigenes Rechtssubjekt zu qualifizierende Gesellschaft als solche.¹⁰⁶⁾

3. Die Durchführung der Anteilsübertragung

Auch wenn – wie vorhin ausgeführt – üblicherweise von „Anteilsübertragung“ die Rede ist, sollte gerade im gegebenen Zusammenhang doch besser von einer Übertragung der Mitgliedschaft die Rede sein. Diese erfolgt – unbeschadet von An- und Abwachsungsvorgängen innerhalb der Gesamthand bei Wahrung der Identität der Gesellschaft – im Wege der Singularkonzeption vom Alt- auf den Neugesellschafter.¹⁰⁷⁾

4. Die Bestimmung des § 142 HGB

Da eine Einmann-OHG nach hA nicht möglich ist, ist bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden OHG zu beachten, dass jeweils das Erlöschen der Gesellschafterstellung eines ausscheidenden Gesellschafters und die Begründung der neuen Gesellschafterstellung des eintretenden Gesellschafters „in einem Akt“ geschehen müssen.¹⁰⁸⁾ Wird also die Mitgliedschaft eines aus einer zweigliedrigen OHG ausscheidenden Gesellschafters nicht unmittelbar auf einen neu eintretenden Gesellschafter übertragen bzw. wird der austretende Gesellschafter nicht „gleichzeitig“ durch einen eintretenden Gesellschafter „ersetzt“, so geht die Gesamthand nach nahezu einhelliger Auffassung¹⁰⁹⁾ ex lege unter. Der historische Gesetzgeber jedenfalls war der Ansicht, dass ohne besondere gesetzliche Regelung das Ausscheiden des letzten Mitgesellschafters die Liquidation der Gesellschaft zur Folge hätte;¹¹⁰⁾ das Gesellschaftsvermögen, dh praktisch das Unternehmen der Gesellschaft, müßte in eine teilbare Geldmasse umgewandelt werden.¹¹¹⁾ Um genau dies zu verhindern, wurde die Bestimmung des § 142 HGB geschaffen.¹¹²⁾ Was sohin bei der mehrgliedrigen Gesellschaft die Fortsetzungsklausel den Schutz gegen einen Zwang zur Liquidation darstellt, soll bei der zweigliedrigen Gesellschaft das Übernahmerecht des § 142 HGB leisten.¹¹³⁾

4.1. Ratio legis des § 142 HGB

Die Bestimmung des § 142 HGB erstreckt die beiden Ausschlusstatbestände der §§ 140 und 141 HGB¹¹⁴⁾ auf zweigliedrige Gesellschaften¹¹⁵⁾ und hat dementsprechend nach heute hA¹¹⁶⁾ in erster Linie klarstellende Funktion.¹¹⁷⁾ Rechtskonstruktiv liegt der Bestimmung des § 142 HGB der Gedanke zugrunde, dass mit dem Ausscheiden des vor-

letzten Gesellschafters die Gesamthand wegfällt und der „verbleibende Gesellschafter“ ohne Übertragungsakte Alleineigentümer des Handelsgewerbes wird.¹¹⁸⁾ Ein den §§ 140 und 141 HGB gegenüber besonderer Zweck wird von § 142 HGB nicht verfolgt.¹¹⁹⁾ Die Bestimmung des § 142 HGB stellt – in „rechtspolitisch zutreffender Weise“, wie Westermann ausführt – bloß die zweigliedrige und die mehrgliedrige Gesellschaft „in rechtstechnischer und in materiell-rechtlicher Hinsicht“ gleich: „Ratio legis ist stets die Erhaltung des Unternehmens.“¹²⁰⁾ Ähnlicher Formulierungen bedienen sich im gegebenen Zusammenhang auch Koppensteiner,¹²¹⁾ der ausführt, dass der „Zweck der Vorschrift ... darin besteht, anstatt der Liquidation die Erhaltung des Unternehmens zu ermöglichen“¹²²⁾, Thiery¹²³⁾ und Oberhammer, der als „eigentliche ratio legis“ die „Kontinuität der unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse“ –

¹⁰⁴⁾ Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft⁴, 392 ff. Ebenso Schulze-Osterloh, Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, 129.

¹⁰⁵⁾ Vgl K. Schmidt in Schlegelberger, HGB⁵ § 105 Rz 181.

¹⁰⁶⁾ K. Schmidt in Schlegelberger, HGB⁵ § 138 Rz 24.

¹⁰⁷⁾ Vgl K. Schmidt, Gesellschaftsrecht³, 1321; OGH 18.1.1977, 5 Ob 308/76 in GesRZ 1977, 98 = EvBl 1977/126 = HS 10.364 = SZ 50/4; ebenso OGH 06.9.1990, 6 Ob 564/90 in RdW 1991, 12 = ecolex 1991, 24; OGH 29.3.1994, 1 Ob 536/94 in ecolex 1994, 694 = HS 25.050.

¹⁰⁸⁾ Vgl K. Schmidt, Gesellschaftsrecht³, 1314.

¹⁰⁹⁾ Die Möglichkeit einer „Einmann-Gesamthand“ hingegen nicht ausschließend K. Schmidt, Grundzüge der GmbH-Novelle, NJW 1980, 1775.

¹¹⁰⁾ K. Schmidt in FS Frotz, ‚Übernahmerecht‘ und ‚Übernahmeprozess‘ nach § 142 HGB, 402.

¹¹¹⁾ Vgl Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, 374.

¹¹²⁾ Ausführlich hiezu K. Schmidt in FS Frotz, 402 f.

¹¹³⁾ Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, 374.

¹¹⁴⁾ Zum Ausschlussgrund des § 140 HGB vgl insb Enzinger in FS Frotz, Ausschluss aus Personengesellschaften und das Wohl des Unternehmens, 224.

¹¹⁵⁾ Vgl Koppensteiner in Straube, HGB I², § 142 Rz 1; Aman, Einbringung durch Anwachsung, ÖStZ 1995, 255.

¹¹⁶⁾ Vgl K. Schmidt in Schlegelberger, HGB⁵ § 142 Rz 3; Emmerich in Heymann, HGB II² § 142 Rz 1; Koppensteiner in Straube, HGB I², § 142 Rz 1.

¹¹⁷⁾ Vgl K. Schmidt, HGB-Reform im Regierungsentwurf, ZIP 1997, 918. Ebenso ders in FS Frotz, 403: „Was in § 142 HGB steht, besagt nichts anderes, als wenn man den §§ 140 und 141 HGB jeweils folgenden Absatz 3 angefügt hätte: ‚Die Absätze 1 und 2 gelten auch dann, wenn nach dem Ausschluss eine Gesellschaft nicht mehr vorhanden ist.‘ (Diese Vorgangsweise hat im Prinzip das dH-RefG gewählt: § 142 dHGB wurde aufgehoben und § 140 Abs 1 dHGB wurde um folgenden Satz ergänzt: ‚Der Ausschlussklage steht nicht entgegen, dass nach der Ausschließung nur ein Gesellschafter verbleibt‘, was K. Schmidt schließlich mit den Worten ‚Bravo! So hätte schon der HGB-Gesetzgeber verfahren sollen!‘ quittiert [ZIP 1997, 918]).

¹¹⁸⁾ Thiery, Zur Ex-lege-Umwandlung einer OHG (KG) in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GesRZ 1987, 205.

¹¹⁹⁾ Vgl K. Schmidt, HGB-Reform im Regierungsentwurf, ZIP 1997, 918; ebenso Piehler in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts § 68 Rz 6.

¹²⁰⁾ Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, 374; ebenso BGH 9.7.1968 V ZR 80/66 in NJW 1968, 1964 = BGHZ 50, 307.

¹²¹⁾ Vgl Koppensteiner in Straube, HGB I², § 142 Rz 4.

¹²²⁾ Ähnlich Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, 374; ebenso Raisch, Die rechtsdogmatische Bedeutung der Abgrenzung von Handelsrecht und bürgerlichem Recht, JuS 1967, 540.

¹²³⁾ Thiery, GesRZ 1987, 205: „Ratio legis des § 142 HGB ist freilich die Erhaltung des Unternehmens.“

eine präzisere Wortwahl als die Formulierung „Erhaltung des Unternehmens“ – verstanden haben will.¹²⁴⁾

4.2. Wirkungen der Übernahme des Gesellschaftsvermögens

In gesellschaftsrechtlicher Hinsicht bedeutet die Übernahme, dass die OHG aufgelöst und gleichzeitig beendet wird.¹²⁵⁾ Der Ausscheidende erwirbt einen Auseinandersetzungsanspruch, auf den die Bestimmungen der Art 7 Nr 15 und 16 EVHGB entsprechend anzuwenden sind. Aus vermögensrechtlicher Sicht impliziert die Übernahme des Gesellschaftsvermögens die „Gesamtrechtsnachfolge“ des Übernehmers in Aktiva und Passiva der Gesellschaft,¹²⁶⁾ und zwar – so die dabei häufig verwendete Ausdrucksweise – „im Wege der Anwachsung“.¹²⁷⁾

4.3. Der Anwendungsbereich des § 142 HGB

Neben den gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Fällen der Übernahme des Unternehmens können weitere Fälle der Geschäftsübernahme durch Gesellschaftsvertrag oder durch Vereinbarung unter den Gesellschaftern geschaffen werden.¹²⁸⁾ So kann beispielsweise im Gesellschaftsvertrag vereinbart sein, dass für den Fall der Kündigung oder des Todes des vorletzten Gesellschafters der verbleibende Gesellschafter das Unternehmen mit sämtlichen Aktiven und Passiven ohne Liquidation übernimmt,¹²⁹⁾ und auch wenn im Gesellschaftsvertrag nichts darüber bestimmt ist, können die Gesellschafter stets noch im Einzelfall vereinbaren, dass einer von ihnen „das Geschäft mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation“ übernehmen soll.¹³⁰⁾

Die Zulässigkeit derartiger ad hoc-Vereinbarungen wird heute nicht länger bezweifelt.¹³¹⁾ Soweit ersichtlich hat der OGH die Möglichkeit der analogen Anwendung des § 142 HGB auf die „vertragliche Übernahme des Unternehmens einer zweigliedrigen Gesellschaft durch einen Gesellschafter“ erstmals im Jahre 1952 bejaht.¹³²⁾ „Vollzogen“ kann – wie K. Schmidt es formuliert – eine derartige Vereinbarung auf unterschiedliche Weise werden: So kann die Vereinbarung eine Austrittsvereinbarung darstellen, so dass der ausscheidende Gesellschafter gegen eine vereinbarte Abfindung austritt. Ebenso kann ein Anteilskauf oder eine Einbringung von Mitunternehmeranteilen vorliegen.¹³³⁾ Von Bedeutung ist die „Geschäftsübernahme nach § 142 HGB“ aufgrund vertraglicher Vereinbarung in praxi vor allem wegen der damit verbundenen Rechtswirkung der Gesamtrechtsnachfolge.¹³⁴⁾

¹²⁴⁾ Oberhammer, JBl 1997, 630. Differenzierend hingegen Jabornegg, der zwischen dem Interesse auf Erhaltung der Gesellschaft und dem Interesse auf Fortführung (bloß) des Unternehmens (bei Untergang der OHG) unterscheiden will (vgl. Jabornegg in Jabornegg, HGB § 142 Rz 2 f.; ähnlich Hartmann, Der ausscheidende Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis⁴, 4; Sandroch, Zur Übernahme eines Unternehmens nach § 142 HGB, JR 1969, 323).

¹²⁵⁾ Vgl. BGHZ 65, 82 f.: „Sämtliche zur Mitgliedschaft gehörenden Rechte, Pflichten, Ansprüche und Schulden vereinigen sich, und da es im Recht der Personengesellschaften eine ‚Ein-Mann-Gesellschaft‘ nicht gibt, hört die Gesellschaft als solche auf zu bestehen.“

¹²⁶⁾ Zuweilen wird auch einem Vorgang gesprochen, der einer Universal sukzession „gleichkommt“ bzw. „gleichzustellen“ ist; vgl. OGH 17.5.1977, 3 Ob 50/77 in JBl 1978, 97 = HS 10.427.

¹²⁷⁾ Vgl. zB Koppensteiner in Straube, HGB I², § 142 Rz 10; Grünwald, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 90; Aman, ÖStZ 1995, 255; Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khum, UmgrStG², § 19 Rz 36; Schuchter, Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer zweigliedrigen Personengesellschaft, ÖStZ 1992, 334: „In vermögensrechtlicher Hinsicht impliziert die Übernahme die Gesamtrechtsnachfolge des Übernehmers in Aktiva und Passiva der Gesellschaft, und zwar im Wege der Anwachsung.“ Ebenso zB OGH 25.4.1991, 6 Ob 537/91 in eolex 1991, 539 = AnwBl 1991, 744 = wbl 1991, 367 = RdW 1991, 264 = HS 22.049; BFH 10.3.1998 VIII R 76/96 in NJW 1998, 1645. Terminologisch konstatiert K. Schmidt, dass die „Geschäftsübernahme nach § 142 HGB“ in der Tat vielfach als „Anwachsung und (!) Universal sukzession“ angesehen wird. K. Schmidt selbst will zwischen den Begriffen der „Anwachsung“ einerseits und der „Gesamtrechtsnachfolge“ andererseits zwar differenzieren, lässt dieser Unterscheidung für die Praxis allerdings nicht allzu große Bedeutung zukommen (K. Schmidt in FS Frotz, 404 f.; ähnlich Oberhammer, JBl 1997, 630 f.; krit. hingegen Jabornegg in Jabornegg, HGB § 142 Rz 31; Hochedlinger, Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen, Unternehmen und Betrieben bei Personenhandelsgesellschaften, 115 f.).

¹²⁸⁾ Vgl. etwa VwGH 18.11.1993, 92/16/0109 in RdW 1994, 196 = ÖStZB 1994, 230 = HS 24.048; ebenso OGH 13.10.1983, 6 Ob 812/82 in GesRZ 1984, 213 = NZ 1985, 170 = HS 14.115; zuletzt OGH 13.4.2000, 6 Ob 8/00w in eolex 2001/17 = wbl 2000/317 = RdW 2000/653 = GBU 2000/11/01 = RWZ 2000/75; vgl. auch OLG Frankfurt a.M. 14.10.1966, 6 W 291/64.

¹²⁹⁾ Vgl. Koppensteiner in Straube, HGB I², § 142 Rz 14.

¹³⁰⁾ Vgl. Emmerich in Heymann, HGB II² § 142 Rz 20. Zwar ist eine „vereinbarte Übernahme des Unternehmens“ – wie Hueck es ausdrückt – im Gesetz „nicht ausdrücklich vorgesehen, aber der Grundsatz der Vertragsfreiheit und das wirtschaftliche Bedürfnis sprechen für die Bejahung dieser Möglichkeit, die denn heute allgemein anerkannt wird“ (Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft⁴, 467).

¹³¹⁾ Vgl. zB OGH 17.5.1977, 3 Ob 50/77 in JBl 1978, 97 = HS 10.383. Vgl. BGH 9.7.1968 V ZR 80/66 in NJW 1968, 1964 = BGHZ 50, 307: „Die entsprechende Anwendung von § 142 HGB auf Übernahmevereinbarungen ist sowohl vom Reichsgericht (...) als auch vom Bundesgerichtshof (...) sowie vom Schrifttum seit langem für zulässig gehalten worden.“ Ebenso OGH 17.5.1977, 3 Ob 50/77 in JBl 1978, 97 = HS 10.427; OGH 13.10.1983, 6 Ob 812/82 in GesRZ 1984, 213 = NZ 1985, 170 = HS 14.115; OLG Wien 2.8.1989, 6 R 32/89 in NZ 1991, 13 = eolex 1990, 90; zuletzt ausführlich OGH 13.4.2000, 6 Ob 8/00w in eolex 2001/17 = wbl 2000/317 = RdW 2000/653 = GBU 2000/11/01 = RWZ 2000/75: „Die vereinbarte ‚Anwachsung‘ ist in ihren Rechtsfolgen ein analoger Anwendungsfall des § 142 HGB, wie dies auch in der Literatur zur steuerrechtlichen Beurteilung nach dem UmgrStG anerkannt wird (...). Es wäre ein Wertungswiderspruch, wenn nur das gesetzliche Übernahmerecht nach § 142 HGB als Universalrechtsnachfolge aufgefasst wird, die auf dasselbe Ergebnis gerichtete Vereinbarung über das Ausscheiden der Gesellschafter und die Geschäftsübernahme des einzigen verbliebenen Gesellschafters aber anderen Regeln unterworfen wird.“

¹³²⁾ OGH 27.8.1952, 2 Ob 426/52 (HS 1400/18), wobei der OGH seine Entscheidung insbesondere mit Verweisen auf deutsche Judikatur begründete, hatte doch das Reichsgericht bereits 1903 die Frage der Zulässigkeit eines vertraglichen Übernahmerechts nach § 142 HGB bejaht (vgl. RG 11.11.1903, Rep I. 240/03 (RGZ 56, 13); ausführlicher und nicht bloß einzelfallbezogen befasste sich schließlich das Reichsgericht im Jahre 1907 abermals mit der gegenständlichen Problematik, wobei das Gericht seine vier Jahre zuvor getroffene Entscheidung bekräftigte und nochmals die Zulässigkeit der analogen Anwendung des § 142 HGB auf Vereinbarungen zwischen Gesellschaftern einer OHG ausdrücklich bejahte (vgl. RG 23.2.1907, Rep I. 404/06 [RGZ 65, 227]).

¹³³⁾ Vgl. K. Schmidt in Schlegelberger, HGB⁵ § 142 Rz 46.

¹³⁴⁾ Will man die Problematik der Zulässigkeit bzw. Sinnhaftigkeit der analogen Anwendung der Bestimmung des § 142 HGB auf vertragliche Übernahmen im Rahmen einer rechtlich-ökonomischen Analyse hinterfragen, so kann diese Analogie nur begrüßt werden, wird doch auf diese Weise ein gerichtliches Verfahren vermieden, in dem die betroffenen Gesellschafter, die eine derartige Geschäftsübernahme wünschen, etwa frei erfundene, vom ausscheidenden Gesellschafter angeblich gesetzte Ausschlussgründe iSd § 140 HGB vorbringen müssten, um so über den Umweg der Ausschlussklage den gewünschten Effekt der Anwachsung (bzw. Ge-

4.3.1. „Umwandlung“ einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft

Das österreichische Umgründungsrecht sieht zwar keine Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft ausdrücklich vor,¹³⁵⁾ doch ist es nach hL und stRspr¹³⁶⁾ ein der Umwandlung gleichkommender Vorgang – bzw. der Übergang des Gesellschaftsvermögens der OHG im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine Kapitalgesellschaft – möglich, wenn beispielsweise bei einer GmbH & Co KG im engeren Sinn¹³⁷⁾ sämtliche Kommanditisten ausscheiden oder diese ihre Mitgliedschaft auf die Komplementär-GmbH übertragen.¹³⁸⁾ Da es keine Einmann-Personengesellschaft gibt, fällt diese weg und es bleibt die GmbH übrig, der nach § 142 HGB im Wege der Gesamtrechtsnachfolge sämtliche Anteile der Kommanditgesellschaft anwachsen.¹³⁹⁾ Dieses so genannte „Anwachungsmodell“¹⁴⁰⁾ fand rasche Verbreitung und wird – va wegen des damit verbundenen Sukzessionsmodus – heftig beworben,¹⁴¹⁾ wengleich insbesondere die Verquickung von steuer- und handelsrechtlicher Terminologie, hier insbesondere die in der Praxis synonyme Verwendung der Begriffe „Gesellschaftsanteil“ einerseits und „Mitunternehmeranteil“ andererseits,¹⁴²⁾ immer wieder zu Verwirrung Anlass gibt und etwa zu Fragen dahingehend verleitet, was denn vermögensrechtlich überhaupt noch Gegenstand der Anwachsung bzw. Gesamtrechtsnachfolge sein kann, wenn zuvor bereits alle Anteile auf einen Gesellschafter im Wege einer Einbringung übertragen worden sind und eine derartige Einbringung zivilrechtlich nach nahezu einhelliger Auffassung doch nur als Singularsukzession erfolgen kann. Wie bereits ausgeführt, ist es handelsrechtlich jedoch bloß die Mitgliedschaft, die – im Wege der Singularsukzession – übertragen wird¹⁴³⁾ und nicht etwa Gesellschaftsanteile als solche. Diese Gesellschaftsanteile, die es „streng genommen gar nicht gibt“,¹⁴⁴⁾ fallen infolge der Tatsache, dass weder eine Einpersonengesellschaft möglich ist noch eine Person mehrere Mitgliedschaften an einer OHG gleichzeitig innehaben kann, zusammen und die rechnerischen Anteile wachsen – quasi in einem zweiten Akt – dem verbleibenden Gesellschafter an bzw. gehen auf diesen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über. Steuerlich hingegen werden regelmäßig sehr wohl „Anteile“ eingebracht, bzw. Mitunternehmeranteile iSv Art III UmgrStG,¹⁴⁵⁾ die in Universalsukzession übergehen.¹⁴⁶⁾

Was die „Umwandlung“ einer GmbH & Co KG in eine Kapitalgesellschaft durch Einbringung aller Kommanditanteile in die Komplementär-GmbH anbelangt, so vertritt allerdings *Koppensteiner* die Ansicht, dass ein derartiger Vorgang grundsätzlich gegen das in § 81 GmbHG normierte Verbot des Erwerbs eigener Geschäftsanteile durch die GmbH verstoße und deshalb grundsätzlich unzulässig sei.¹⁴⁷⁾ Der OGH ist dieser Auffassung im Wesentlichen

samtrechtsnachfolge) zu erreichen. Die hier angestellten Überlegungen erinnern daher frappant an die Beweggründe der Einführung der einvernehmlichen Ehescheidung im Rahmen der Familienrechtsreform 1977/1978 (vgl. dazu *Mänhardt/Ostheim*, Die Schwerpunkte

der Familienrechtsreform 1977/1978, 126: „Die Beweggründe zu diesem Reformschritt lagen auf der Hand: Nach vorsichtigen Schätzungen wurden 80 bis 90 Prozent aller Scheidungen ohnehin dadurch erreicht, dass sich die Ehegatten über die vorzutragenden Eheverfehlungen absprechen und dann vor Gericht einzelne [nicht selten erfundene] Umstände aus ihrem Eheleben vorbringen.“)

¹³⁵⁾ Kritisch dazu *Enzinger*, Umwandlungsrecht Quo Vadis, wbl 1997, 8.

¹³⁶⁾ Vgl. OGH 26.03.1996, 1 Ob 2002/96k in GesRZ 1997, 98 = EvBl 1996/101 = RdW 1996, 585 = ARD 4797/31/96 = HS 27.031 = MietSlg 48.237.

¹³⁷⁾ Vgl. hierzu zB *R. Doralt*, Begriff und handelsrechtliche Zulässigkeit der GmbH & Co, 35 (in *Kastner/Stoll*, Die GmbH & Co KG im Handels-, Gewerbe- und Steuerrecht²).

¹³⁸⁾ *Finken/Decher* bezeichnen erstere Variante – das bloße Ausscheiden aller Kommanditisten – als „einfaches“ und zweite Variante – die Einbringung der Mitunternehmeranteile aller Kommanditisten in die Komplementär-Gesellschaft – als „erweitertes Anwachungsmodell“ (*Finken/Decher*, Umstrukturierung des Familienunternehmens in eine AG, AG 1989, 393). Ähnlich *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB³ § 142 Rz 46.

¹³⁹⁾ Vgl. *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 1/385.

¹⁴⁰⁾ Entwickelt wurde das „Anwachungsmodell“ – soweit ersichtlich – von *Bötticher* (vgl. hierzu *Krüger*, Wechsel der Unternehmensform im Wege der Anwachsung, NJW 1982, 2847 f).

¹⁴¹⁾ Vgl. zB *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 1/385; *Helbich/Wiesner*, Umgründungen⁵, 126; *Hügel* in *Hügel/Mühlehner/Hirschler*, Umgründungssteuergesetz, § 12 Rz 93; *Huber* in *Wundsam/Zöchling/Huber/Khun*, UmgrStG³, § 19 Rz 44 ff; *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 92; *Wiesner*, Einbringungen nach dem Umgründungssteuergesetz auf dem Prüfstand, RdW 1992, 282; *Wenger*, Kapitalerhöhung durch Einbringung einer KG in die Komplementär-GmbH, RWZ 2000/75: „Eine wegen der Gesamtrechtsnachfolge besonders interessante Gestaltungsmöglichkeit ist die ... als zulässig anerkannte Vereinbarung der Unternehmensübernahme durch den letzten Gesellschafter gemäß § 142 HGB.“ In einem Erlass des BMF vom 11.2.1992 wird ausgeführt, dass handelsrechtlich ein Fall der Einzelrechtsnachfolge vorliegt, wenn eine Personengesellschaft ihren gesamten Betrieb in die Komplementär-GmbH einbringt und es daher „(n)ach Auffassung des BMF ... in einem solchen Fall ... sinnvoller und rechtlich sowie administrativ einfacher (erscheint), wenn sämtliche Personengesellschafter ihre Anteile zu einem bestimmten Stichtag in die Komplementär-GmbH einbringen. Diese Vorgänge fallen ebenfalls unter Art III UmgrStG und zwingende Folge dieser Vorgänge ist das Anwachsen des Personengesellschaftsvermögens nach § 142 HGB auf den letzten Gesellschafter, die Komplementär-GmbH“ (BMF 11.2.1992 in RdW 1992, 160 = SWK 1992, A I 188; ähnlich nochmals BMF 9.12.1993 in eolex 1994, 269).

¹⁴²⁾ Vgl. OGH 16.3.2000, 2 Ob 54/00f in GBU 2000/04/02 = RdW 2000/382 = eolex 2000/209 = wbl 2000/257 = EvBl 2000/154: „... Im vorliegenden Fall wurde aber nicht ein Unternehmen eingebracht, sondern erfolgte die Einbringung der Mitunternehmeranteile an der KG im Sinne des § 12 Abs 2 Z 3 UmgrStG. Dabei handelt es sich um die Anteile an der KG.“ Ähnlich *Reich-Rohrwig*, Pensionsantritt, Rechtsformwandel und Mietrecht, eolex 1995, 488.

¹⁴³⁾ Vgl. OGH 18.1.1977, 5 Ob 308/76 in GesRZ 1977, 98 = EvBl 1977/126 = HS 10.364 = SZ 50/4; ebenso OGH 6.9.1990, 6 Ob 564/90 in RdW 1991, 12 = eolex 1991, 24; OGH 29.3.1994, 1 Ob 536/94 in eolex 1994, 694 = HS 25.050.

¹⁴⁴⁾ Vgl. *Koppensteiner* in *Straube*, HGB I², § 124 Art 7 Nr 9-11 Rz 7.

¹⁴⁵⁾ Vgl. hierzu zB *Wieser*, SWK 1992 A I 136; *Helbich/Wiesner*, Umgründungen⁵, 180.

¹⁴⁶⁾ Vgl. hierzu insbesondere *Helbich*, Umgründungen – Erläuterungen zum Strukturverbesserungsrecht⁴, 302; ebenso *Schneider*, Die Tatbestände des Umgründungssteuergesetzes, SWK 1992, A I 298; *Enzinger*, GesRZ 1996, 87.

¹⁴⁷⁾ *Koppensteiner*, GmbH² § 81 Rz 17; ausführlich zur Problematik im gegebenen Zusammenhang *Umlauf*, Das Verbot des Erwerbs eigener Anteile nach § 81 GmbHG unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die GmbH & Co KG, NZ 1989, 57.

gefolgt, zumal das Gesellschaftsvermögen nach Ansicht des OGH „ein Sondervermögen (darstellt), das den Gesellschaftern („als Gruppe“) zugeordnet wird.“¹⁴⁸) Das Verbot des § 81 GmbHG, dass eine GmbH keine eigenen Geschäftsanteile erwerben darf, und das Gebot der realen Kapitalaufbringung der §§ 6 und 6a GmbHG stehen einer Einbringung der Kommanditanteile der KG in die Komplementärgesellschaft jedoch freilich zumindest dann nicht entgegen, wenn die GmbH reine Arbeitsgesellschafterin ohne eigenem Kapitalanteil an der KG war.¹⁴⁹) Nicht befasst hat sich allerdings – soweit ersichtlich – der OGH bis dato mit der Frage, was in concreto gelten würde, wenn die GmbH als Komplementärin einer GmbH & Co KG keine reine Arbeitsgesellschafterin und sohin am Vermögen der Personenhandelsgesellschaft beteiligt wäre.¹⁵⁰) In der Literatur wird hiezu die Auffassung vertreten, dass diesfalls im Ausmaß der bestehenden Beteiligung der GmbH an der KG keine neuen Gesellschafterrechte gewährt werden dürften. Wäre also die Komplementär-GmbH mit einer bestimmten Quote am Vermögen der Kommanditgesellschaft beteiligt, so dürfte diese Eigentumsquote bei der Ermittlung des Wertes des eingebrachten Vermögens im Zuge einer Gründungsprüfung nicht berücksichtigt werden.¹⁵¹)

Bemerkenswert ist weiters die Tatsache, dass der OGH die Einbringung aller Kommanditanteile in die Komplementär-GmbH einer Einbringung eines Unternehmens dahingehend gleichhält, dass auch die Einbringung von Gesellschaftsanteilen einer Gründungsprüfung iSd § 6a Abs 4 GmbHG zu unterziehen sein soll, wenn nicht die in § 6a Abs 2 GmbHG genannten Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁵²)

4.3.2. Übertragung aller Gesellschaftsanteile im Wege der Gesamtrechtsnachfolge an Nichtgesellschafter?

Bereits seit geraumer Zeit bejahen Lehre¹⁵³) und Rspr¹⁵⁴) die Möglichkeit einer gleichzeitigen Übertragung sämtlicher Gesellschaftsanteile auf mehrere Erwerber, ohne dass dabei die OHG untergehen würde. Eine Übertragung sämtlicher Anteile an einen einzigen Dritten – dies verbunden mit der Folge, dass dieser „das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven“ gemäß § 142 HGB übernimmt – wurde hingegen lange Zeit abgelehnt.¹⁵⁵)

In BGHZ 71, 299 hingegen befand der BGH auch eine Übertragung sämtlicher Gesellschaftsanteile auf einen einzigen Nichtgesellschafter im Wege der Universalsukzession für zulässig mit der pragmatischen Begründung, dass andernfalls „der Erwerber zunächst durch Abtretung eines Gesellschaftsanteils Gesellschafter werden müsste, um sodann durch Anwachsung nach § 142 HGB die übrigen Anteile zu erwerben. Für einen derartigen Umweg aber besteht keine Notwendigkeit.“¹⁵⁶)

Nicht gefolgt ist dieser Ansicht vorerst der OGH. So führte dieser etwa in EvBl 1986/180 unter Berufung auf *Kastner*¹⁵⁷) aus, dass das Wesen des § 142 HGB darin bestehe, dass eben (nur) ein Gesellschafter verbleibe, dem als bisherigen Gesamthandlungseigentümer das Eigentum des ausscheidenden Gesellschafters zuwachse und der so Allein-

eigentümer werde.¹⁵⁸) 1997 allerdings ließ das OLG Innsbruck besagte rechtsdogmatische Bedenken des OGH zugunsten rechtlich-ökonomischer Argumente¹⁵⁹) in den Hintergrund treten und verwies in seiner Begründung auf die deutsche Judikatur.¹⁶⁰) In EvBl 2000/154 schließlich schloss sich auch der OGH – allerdings ohne Bezugnahme auf EvBl 1986/180 – dieser neueren Rechtsansicht an und führte – nahezu wortgleich wie der BGH in BGHZ 71, 299 – aus, dass für den Umweg, dass der potentielle Erwer-

¹⁴⁸) OGH 13.4.2000, 6 Ob 8/00w in *ecolex* 2001/17 = wbl 2000/317 = RdW 2000/653 = GBU 2000/11/01 = RWZ 2000/75; ebenso OGH 28.6.2000, 6 Ob 7/00y in RdW 2000/590.

¹⁴⁹) Als weiterer Weg der (indirekten) Unternehmensübertragung der KG auf die Komplementär-GmbH käme neben der Einbringung sämtlicher Kommanditanteile in die GmbH freilich auch das (bloße) „Ausscheiden aller Kommanditisten und (die) vereinbarte Anwachsung des Unternehmens der KG auf die Komplementär-GmbH im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 142 HGB“ in Betracht (vgl. *Wenger*, RWZ 2000/75). Diesen Weg dürfte auch *Koppensteiner* als zulässig erachten, zumal eine GmbH (vollinbezahlte) Geschäftsanteile sehr wohl unentgeltlich erwerben darf. Dies wird damit begründet, dass infolge des unentgeltlichen Erwerbs das Vermögen der GmbH nicht beeinträchtigt werden kann (vgl. *Koppensteiner*, GmbH² § 81 Rz 8).

¹⁵⁰) Für den der „modernen“ Gesamthandlehre folgenden VwGH hingegen soll es hinsichtlich der Frage, inwieweit die Gesamtrechtsnachfolge nach § 142 HGB Grunderwerbsteuer auslöst, irrelevant sein, ob der ausscheidende Gesellschafter bloßer Arbeitsgesellschafter und damit am Vermögen der Gesellschaft „eigentlich gar nicht beteiligt“ war: „Dieser Argumentation, die das Wesen des Gesellschaftsvermögens einer Personenhandelsgesellschaft ... verkennt, ist folgendes entgegenzuhalten: Die Gesellschaft wird nach neuerer Lehre und Rsp ungeachtet des Umstandes, dass sie keine juristische Person (mit umfassender Rechtsfähigkeit) ist, insbesondere als Träger jener Rechte und Pflichten angesehen, die ihr von § 124 HGB ausdrücklich zugeordnet werden, wozu ua das Eigentumsrecht gehört (...). An dem der Gesellschaft als Rechtsträger zugeordneten Gesamthandvermögen sind die Gesellschafter nur mittelbar über ihre Mitgliedschaft beteiligt. ... Es kann somit ... keine Rede davon sein, dass die Bf schon vor dem Übernahmenvorgang Alleineigentümerin der in Rede stehenden Liegenschaft war“ (VwGH 21.12.2000, 2000/16/0563 in *ecolex* 2001, 402).

¹⁵¹) Vgl. *Umlauf*, Zulässigkeit der Einbringung einer Kommanditgesellschaft in die eigene Komplementär-GmbH gegen Kapitalerhöhung?, NZ 2000, 65; *Wenger*, RWZ 2000/75; *Anm Zehetner* zu OGH 13.4.2000, 6 Ob 8/00w in *ecolex* 2001, 47.

¹⁵²) OGH 13.4.2000, 6 Ob 8/00w in *ecolex* 2001/17 = wbl 2000/317 = RdW 2000/653 = GBU 2000/11/01 = RWZ 2000/75.

¹⁵³) Vgl. *Hueck*, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft⁴, 399; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht³, 1314; *Kastner/Doralt/Novotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 133; *Boujong* in *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB I § 105 Rz 162.

¹⁵⁴) Vgl. zB OGH 13.9.1950, 1 Ob 506/50 (SZ 23/249 = HS 1200); OGH 29.9.1987, 2 Ob 643/87 in RdW 1987, 408; VwGH 23.11.1987, 87/15/0061 in GesRZ 1988, 113; zuletzt OGH 16.3.2000, 2 Ob 54/00f in GBU 2000/04/02 = RdW 2000/382 = *ecolex* 2000/209 = wbl 2000/257 = EvBl 2000/154.

¹⁵⁵) Vgl. zB *Hueck*, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft⁴, 477.

¹⁵⁶) BGH 10.5.1978, VIII ZR 32/77 (BGHZ 71, 299 f). AA dagegen noch OLG Zweibrücken am 7.4.1975, 3 W 11/75.

¹⁵⁷) Vgl. *Kastner*, Zur Fortentwicklung des österreichischen Gesellschaftsrechts durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre, JBl 1983, 460.

¹⁵⁸) OGH 23.1.1986, 6 Ob 1/86 in EvBl 1986/180 = RdW 1986, 143 = JBl 1986, 454 = SZ 59/20 = NZ 1987, 102 = HS 16.340.

¹⁵⁹) Zur „Reduktion von Transferkosten“ vgl. *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff², 331.

¹⁶⁰) OLG Innsbruck 14.10.1997, 3 R 146/97p in *ecolex* 1998, 637 = GBU 1998/08/07.

ber zunächst Gesellschafter werden müsste, keine Notwendigkeit bestünde.¹⁶¹⁾

4.3.3. Analoge Anwendung des § 142 HGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts?

Wie eben dargestellt, erfuhr der (analoge) Anwendungsbereich der Bestimmung des § 142 HGB eine stetige Erweiterung. In Deutschland stellte sich nun bald die Frage, ob § 142 HGB und die damit verbundenen Rechtsfolgen – entgegen der Verweisungsrichtung des § 105 Abs 3 dHGB – auch auf die (als Gesamthandsgemeinschaft konzipierte) BGB-Gesellschaft analog angewendet werden können.¹⁶²⁾ In BGHZ 32/307 entschied der BGH hiezu, dass eine „entsprechende Anwendung des Rechtsgedankens des § 142 HGB auf die bürgerlichrechtliche Gesellschaft ... zulässig (ist)“. Rechtfertigender Gesichtspunkt hiefür sei insbesondere der Gedanke der Unternehmenserhaltung.¹⁶³⁾ Dies ist heute in Deutschland mittlerweile herrschende Lehre.¹⁶⁴⁾

Auch in Österreich soll – wie Grünwald vermeint – „nach der ganz überwiegenden Auffassung in Lehre und Rechtsprechung ... anlässlich der Geschäftsübernahme bei einer GesbR nach dem Vorbild des § 142 HGB eine Universalsukzession vorliegen“.¹⁶⁵⁾ Begründet wird dies vom OGH mit dem Grundgedanken der Privatautonomie, denn „(n)ach der im Schuldrecht geltenden Vertragsfreiheit können die Gesellschafter der Zweimanngesellschaft ihr Gesellschaftsverhältnis nach ihrem Willen regeln. Sie können daher auch im Sinne des in § 142 HGB verankerten Grundgedankens vereinbaren, dass der verbleibende Gesellschafter den Gesellschaftsanteil des ausscheidenden Gesellschafters übernimmt“.¹⁶⁶⁾ Es wäre überdies „nicht sachgerecht, beim Ausschluss eines Gesellschafters aus einer GesbR zu anderen Ergebnissen als bei einer OHG zu kommen“.¹⁶⁷⁾

IV. Die Übertragung von Unternehmen und Betrieben

1. Die Problematik der Singularsukzession

Wie Hueck zum Wesen der OHG ausführt, ist die OHG „eine Handelsgesellschaft, da der Betrieb eines Handelsgewerbes notwendige Voraussetzung ist“.¹⁶⁸⁾ Nachdem jedes Handelsgewerbe iSd HGB als Unternehmen anzusehen ist,¹⁶⁹⁾ betreibt die OHG sohin ein Unternehmen, wobei im Folgenden das gesamte Vermögen des Unternehmensträgers OHG als „Unternehmen“ und ein bloßer Teil dieses Vermögens als „Betrieb“ bezeichnet werden soll.¹⁷⁰⁾

Während es heute unbestritten ist, dass Unternehmen oder Betriebe Gegenstand eines einheitlichen Verpflichtungsgeschäftes sein können,¹⁷¹⁾ soll beim entsprechenden Verfügungsgeschäft – sofern vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich anders angeordnet¹⁷²⁾ – der Spezialitätsgrundsatz voll zum Durchbruch kommen.¹⁷³⁾ Das hat zur Folge, dass eine Übertragung der Vermögenswerte eines Unternehmens grundsätzlich¹⁷⁴⁾ nur in getrennten, dem rechtlichen Wesen der einzelnen Werte entsprechenden

¹⁶¹⁾ OGH 16.3.2000, 2 Ob 54/00f in GBU 2000/04/02 = RdW 2000/382 = ecollex 2000/209 = wbl 2000/257 = EvBl 2000/154; ebenso OGH 13.4.2000, 6 Ob 8/00w in ecollex 2001/17 = wbl 2000/317 = RdW 2000/653 = GBU 2000/11/01 = RWZ 2000/75 = NZ 2001, 53; OGH 10.7.2001, 4 Ob 78/01a in RdW 2002/14 = im-molex 2002/4 = wobl 2002/42 = EvBl 2002/5.

¹⁶²⁾ Vgl K. Schmidt, Gesellschaftsrecht³, 1727 f.

¹⁶³⁾ Vgl BGH 19.5.1960, II ZR 72/59 (BGHZ 32/307). Zur Ausdehnung der Anwendung des § 142 HGB auf BGB-Gesellschaften, die „keinen Gewerbebetrieb“ betreiben vgl BGH 13.12.1965, II ZR 10/64 in NJW 1966, 827. Ausführlich hiezu vgl Raisch, Die rechtsdogmatische Bedeutung der Abgrenzung von Handelsrecht und bürgerlichem Recht, JuS 1967, 533.

¹⁶⁴⁾ K. Schmidt in Schlegelberger, HGB⁵ § 142 Rz 9.

¹⁶⁵⁾ Grünwald, Zur Geschäftsübernahme bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, RdW 1993, 269; ebenso Schuchter, ÖStZ 1992, 334 ff.

¹⁶⁶⁾ OGH 21.5.1981, 7 Ob 523/81 in GesRZ 1981, 225 = SZ 54/84; ebenso OLG Wien 20.3.1984, 13 R 33/84 in GesRZ 1984, 102.

¹⁶⁷⁾ OGH 2.7.1998, 2 Ob 141/98v in RdW 1998, 670 = ecollex 1998, 912 = wbl 1999/156 = MietSlg 50.192, wobei allerdings der OGH nicht näher auf die Problematik eingeht, dass der GesbR nach hL keine Rechtspersönlichkeit zukommt und – im Gegensatz zur OHG und zur deutschen BGB-Gesellschaft (vgl hiezu zB Ulmer, Die höchststrichterlich ‚enträtselte‘ Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 2001, 585; Maaf/Siems, Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Deutschland – Ein Vorbild für Österreich?, wbl 2002, 149) – eben nicht als Gesamthandsgesellschaft aufgebaut ist (vgl zB Thiery, GesRZ 1987, 204). Vielmehr belässt es der OGH mit (sohin fraglichen) Verweisen auf die deutsche Lehre und Judikatur sowie mit Verweisen auf Wahle in Klang² ABGV V, 586. Übersehen wird jedoch offenbar dabei, dass Wahle – entgegen der hL und insbesondere auch höchstgerichtlichen Rspr – von der Rechtspersönlichkeit der GesbR ausgeht (was selbst Ostheim als „problematisches Extremum“ kritisiert (vgl Ostheim, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht, 249) und er seine Auffassung, § 142 HGB auf die (unternehmenstragende) GesbR anzuwenden, auch ausdrücklich mit der Rechtspersönlichkeit der GesbR begründet (näher dazu vgl Grünwald, RdW 1993, 269; ebenso König, Das ‚Gesellschaftsvermögen‘ im Konkurs der GesbR, ZIK 1996, 75). Dass der OGH (im Gleichklang mit Teilen der Lehre (vgl zB F. Bydlinski in GedS Schönherr, Der Ausschluss aus einer zweipersonalen GesbR, 155) diese Problematik offensichtlich übergeht, bedeutet freilich nicht, dass dieser im Ergebnis nicht richtig liegt: Folgt man nämlich dem BGH und begreift § 142 HGB ganz allgemein als Gedanken der Unternehmenserhaltung und will man überdies den Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit bewusst keinen „unnötigen Einschränkungen“ unterwerfen, dann spricht wohl in der Tat wenig dagegen, § 142 HGB und die damit verbundene Gesamtrechtsnachfolge auch auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzuwenden.

¹⁶⁸⁾ Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft⁴, 27; näher dazu K. Schmidt in Schlegelberger, HGB⁵ § 105 Rz 35.

¹⁶⁹⁾ Rebhahn in Jabornegg, HGB vor § 1 Rz 14.

¹⁷⁰⁾ Zur Verwendung der Termini „Unternehmen“ und „Betrieb“ in der österreichischen Rechtsordnung vgl Hochedlinger, Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen, Unternehmen und Betrieben bei Personenhandelsgesellschaften, 140 ff.

¹⁷¹⁾ Hügel, Gesamtrechtsnachfolge und Strukturverbesserungsgesetz, 17. Dies gilt freilich nicht nur für den Unternehmenskauf, sondern auch für die zivilrechtlich als Sacheinlage zu qualifizierende Einbringung nach Art III UmgrStG (vgl zB Helbich, Umgründungen – Erläuterungen zum Strukturverbesserungsrecht⁴, 419).

¹⁷²⁾ Vgl K. Schmidt, Handelsrecht⁵, 140; Hügel, Gesamtrechtsnachfolge und Strukturverbesserungsgesetz, 17.

¹⁷³⁾ Wie Grünwald ausführt, ist „(e)ines der tragenden Prinzipien der österreichischen Privatrechtsordnung ... jenes der Spezialität. Dieses Prinzip dient vor allem der Rechtssicherheit, da es Klarheit über die Zuordnung von Rechten, Pflichten und Rechtsverhältnissen schaffen soll. Bei genauerer Betrachtung beinhaltet es zwei Elemente, und zwar jenes der Bestimmtheit und jenes der Publizität“ (Grünwald, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 53).

¹⁷⁴⁾ Zur Übergabe durch Zeichen vgl OGH 18.12.1996, 3 Ob 2442/96f in ecollex 1997, 345 = ÖBA 1998/692 (Spielbüchler) = EvBl 1997/121 = HS 27.379.

Rechtsakten möglich ist.¹⁷⁵⁾ Eine Übertragung eines Unternehmens in einem einheitlichen Akt ist folglich nur indirekt, uzw im Wege einer Anteilsübertragung, möglich.¹⁷⁶⁾

Für Betriebs- bzw Unternehmensübertragungen gilt daher grundsätzlich der Sukzessionsmodus der Einzelrechtsnachfolge, was etwa bedeutet, dass bewegliche Sachen nach den Regeln der §§ 426 ff ABGB zu übertragen sind, während das Eigentum an unbeweglichen Sachen durch Einverleibung im Grundbuch übergeht.¹⁷⁷⁾ Die im Unternehmen begründeten Forderungen schließlich gehen jeweils durch Zession über.¹⁷⁸⁾ Was die „Übertragung der Passiva“ anbelangt, so bedarf eine solche einer privaten Schuldübernahme, die jedoch gemäß § 1405 ABGB nur mit Zustimmung des betreffenden Gläubigers möglich sein soll.¹⁷⁹⁾ Schließlich kann „die Übertragung jedes einzelnen Rechtsverhältnisses ... Schwierigkeiten bereiten“,¹⁸⁰⁾ wird doch von der hL zur Wirksamkeit der Übertragung einer Vertragsposition grundsätzlich die Zustimmung der im Vertragsverhältnis verbleibenden Partei verlangt.¹⁸¹⁾ Begründet wird dies mit dem Prinzip der Abschlussfreiheit, mit dem es nach hA unvereinbar wäre, wenn einem Vertragsteil statt des von ihm gewählten Partner ein anderer aufgezwungen werden könnte.¹⁸²⁾

Stehen also der Übertragung der Aktiva vorwiegend technische Schwierigkeiten entgegen, sind es auf der Passivseite vor allem die Zustimmungsvorbehalte von Gläubigern und Vertragspartnern, die die Übertragung von Unternehmen erheblich erschweren.¹⁸³⁾ Überdies müssen nach dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht nur alle zu übertragenden Rechte erfasst, sondern auch eine Reihe von Form- und Verfahrensvorschriften eingehalten werden. Diese kostenträchtigen Vorgänge – unter Umständen sind auch öffentliche Förderungen, die dem bisherigen Unternehmensträger gewährt wurden, zurückzuzahlen¹⁸⁴⁾ – behindern mögliche Austauschprozesse umso mehr,¹⁸⁵⁾ je komplexer die rechtliche Zusammensetzung des Unternehmens ist.¹⁸⁶⁾ Außerdem birgt die Übertragung von Vermögensgegenständen im Wege der Singularsukzession mitunter die Gefahr in sich, dass einzelne Vermögensgegenstände schlicht vergessen werden.¹⁸⁷⁾

Nicht verwunderlich ist es daher, wenn in praxi der Unternehmens- und Betriebsübertragungen zugrunde liegende Spezialitätsgrundsatz als „mühsam“¹⁸⁸⁾, „unpraktisch“¹⁸⁹⁾ oder gar „lästig“¹⁹⁰⁾ empfunden und als Ausweg hiezu die Universalsukzession gesehen wird.¹⁹¹⁾

2. Bestrebungen, Unternehmens- bzw Betriebsübertragungen im Wege der Universalsukzession zu vollziehen

Die in der Vergangenheit angestrebten Versuche, Unternehmens- und Betriebsübertragungen im Wege der Universalsukzession zu vollziehen, waren zahlreich;¹⁹²⁾ insbesondere die Bestimmung des § 142 HGB wurde dabei als Rechtsgrundlage hierfür wiederholt strapaziert.

Von Einzelfällen abgesehen,¹⁹³⁾ hat der OGH derartigen Bestrebungen jedoch regelmäßig eine Absage erteilt.¹⁹⁴⁾

¹⁷⁵⁾ Vgl zB *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I, Allgemeine Lehren und Handelsstand⁴, 164; ebenso *Stainer*, Die Gewährleistung beim Unternehmenskauf, 4 f; *Canaris*, Handelsrecht²², 127 f.

¹⁷⁶⁾ Vgl *Mertens*, Umwandlung und Universalsukzession, 1 f.

¹⁷⁷⁾ Vgl *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 55 f; näher hiezu *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1990, 141; ebenso OGH 18.9.1991, 1 Ob 685/90 in RdW 1992, 109 = *ecolex* 1992, 17 = JBI 1992, 183 = wobl 1992/164 = MietSlg 43.105 = SZ 64/127 = HS 22.522.

¹⁷⁸⁾ Näher dazu *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 1/272 ff.

¹⁷⁹⁾ Vgl *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1990, 142. Zu weiteren Fragen im gegebenen Zusammenhang wie etwa der Übernahme von behördlichen Bewilligungen oder des Eintritts in laufende Verfahren, vgl zB *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 1/351 ff.

¹⁸⁰⁾ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 1/253.

¹⁸¹⁾ Vgl *Mertens*, Umwandlung und Universalsukzession, 2; *ders*, Zur Universalsukzession in einem neuen Umwandlungsrecht, AG 1994, 67; ebenso *Kastner*, JBI 1983, 459; *Reich-Rohrwig* in FS Helbich, 150; *Kalss/Schauer*, Allgemeines Handelsrecht, 146 ff.

¹⁸²⁾ *Hügel*, Gesamtrechtsnachfolge und Strukturverbesserungsgesetz, 21.

¹⁸³⁾ Ausführlich hiezu *Hochedlinger*, Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen, Unternehmen und Betrieben bei Personenhandelsgesellschaften, 158.

¹⁸⁴⁾ Vgl *Reich-Rohrwig* in FS Helbich, Ausgewählte zivilrechtliche Fragen bei der Einbringung von Unternehmen (Betrieben) nach dem StruktVG, 150.

¹⁸⁵⁾ Wie *Kleindieck* ausführt, führt der Spezialitätsgrundsatz vielfach zu „schwerfälligen Umwegen; die notwendige Einzelübertragung der Vermögensgegenstände des Ausgangsunternehmens ist umständlich, zeitaufwendig, hochgradig kostenintensiv und – bei erforderlicher Mitwirkung Dritter, etwa zur Übertragung von Verbindlichkeiten – nur selten vollständig zu realisieren“ (*Kleindieck*, Vertragsfreiheit und Gläubigerschutz im künftigen Spaltungsrecht nach dem Referentenentwurf UmwG, ZGR 1992, 514 f).

¹⁸⁶⁾ *Mertens*, Umwandlung und Universalsukzession, 2.

¹⁸⁷⁾ *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 92; vgl hiezu auch *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1990, 143.

¹⁸⁸⁾ Vgl *Kastner*, JBI 1983, 459.

¹⁸⁹⁾ Vgl *Graff*, Anmerkung zu OGH 25.4.1991, 6 Ob 537/91 in AnwBl 1991, 746.

¹⁹⁰⁾ *Enzinger*, wbl 1997, 4.

¹⁹¹⁾ Ausführlich hiezu *Hügel*, Gesamtrechtsnachfolge und Strukturverbesserungsgesetz, 17 ff; ebenso *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 63 ff; *Hügel* in FS Koppensteiner, Umgründungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge, Dienstbarkeiten und höchstpersönliche Rechte, 99.

¹⁹²⁾ Einen Überblick hiezu bietet *Hochedlinger*, Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen, Unternehmen und Betrieben bei Personenhandelsgesellschaften, 162 ff.

¹⁹³⁾ Der in der E OGH 20.10.1981, 4 Ob 532, 533/81 in GesRZ 1982, 164 = JBI 1983, 438 = HS 12.448 vertretenen Auffassung, dass bei Einbringungen zwar handelsrechtlich keine Gesamtrechtsnachfolge eintrete, aber in analoger Anwendung des § 142 HGB die aufnehmende Kapitalgesellschaft als Geschäftübernehmerin für den Fall anzusehen sei, dass infolge Einbringung sämtlicher Gesellschaftsanteile der Personenhandelsgesellschaft alle Aktiven und Passiven aus sie übergegangen seien und einem Gesamtrechtsnachfolger „prozessual gleichgestellt werden könnte“, vermochte der 6. Senat in den E OGH 23.1.1986, 6 Ob 1/86 in EvBl 1986/180 = RdW 1986, 143 = JBI 1986, 454 = SZ 59/20 = NZ 1987, 102 = HS 16.340 sowie OGH 25.4.1991, 6 Ob 537/91 in *ecolex* 1991, 539 = AnwBl 1991, 744 = wbl 1991, 367 = RdW 1991, 264 = HS 22.049 nicht beizutreten. Vielmehr wurde in diesen E eine Universalsukzession sowohl in handelsrechtlicher als auch in prozessualer Hinsicht abgelehnt.

¹⁹⁴⁾ Vgl zB OGH 29.9.1964, 8 Ob 280/64 (SZ 37/132 = HS 4/55: „... keine analoge Anwendung des Verschmelzungsrechts“); OGH 28.3.1973, 5 Ob 47/73 (SZ 46/35); OGH 21.4.1976, 1 Ob 535/76 in ÖBl 1977, 14 = NZ 1978, 126; OGH 20.10.1981, 4 Ob 532, 533/81 in GesRZ 1982, 164 = JBI 1983, 438 = HS 12.448; OGH 23.1.1986, 6 Ob 1/86 in EvBl 1986/180 = RdW 1986, 143 = JBI 1986, 454 = SZ 59/20 = NZ 1987, 102 = HS 16.340; OGH 26.3.1996, 1 Ob 2002/96k in GesRZ 1997, 98 = EvBl 1996/101 = RdW 1996, 585 = ARD 4797/31/96 = HS 27.031 = MietSlg 48.237.

Auffallend ist allerdings, dass es die Rspr vielfach unterließ, zwischen Unternehmens- und Betriebsübertragungen zu differenzieren,¹⁹⁵⁾ was insofern bedauerlich ist, als es bloß hinsichtlich der Übertragung bloßer Unternehmensanteile stimmt, dass es mangels besonderer Publizitätsakte für außen stehende Dritte nicht möglich ist zu beurteilen, welche konkreten Wirtschaftsgüter eines Unternehmens nun übertragen werden.¹⁹⁶⁾ Das dem Spezialitätsgrundsatz zugrunde liegende Element der Bestimmtheit gebietet es also,¹⁹⁷⁾ eine Übertragung von bloßen Unternehmensteilen¹⁹⁸⁾ in Universalsukzession ohne besondere „flankierende Maßnahmen“¹⁹⁹⁾ als unzulässig abzulehnen;²⁰⁰⁾ noch nichts hingegen ist damit aber gegen eine Universalsukzession bei der Übertragung des „Gesamtunternehmens“ gesagt. Hier wären schließlich sämtliche dem übertragenden Rechtsträger zugeordneten Rechtsverhältnisse erfasst, womit bei Kenntnis des Übertragungsvorgangs als solchen sowie Kenntnis des neuen Rechtsträgers die Zuordnung von Rechtsverhältnissen für Dritte keine Schwierigkeiten bereiten würde. Mit anderen Worten: „Die Funktionen des Bestimmtheiterfordernisses sind ... trotz des Verzichts auf einzelne kennzeichnende Individualisierungsmaßnahmen quasi automatisch durch den Transfer des ganzen Vermögens theoretisch und praktisch gewährleistet.“²⁰¹⁾ Im Folgenden soll daher vornehmlich die Möglichkeit der Übertragung des gesamten Vermögens einer OHG in Universalsukzession hinterfragt werden.

2.1. Das Rechtsinstitut der Universalsukzession

Sowohl für Deutschland als auch für Österreich gilt, dass der Begriff der Gesamtrechtsnachfolge bzw. Universalsukzession als *terminus technicus* in verschiedene – auch gesellschaftsrechtliche – Kodifikationen eingegangen ist, jedoch dort nicht definiert, sondern vielmehr in den einzelnen Sachzusammenhängen als Begriff vorausgesetzt wird.²⁰²⁾ Auch die Rspr scheint das Institut der Gesamtrechtsnachfolge lediglich in den seltensten Fällen näher zu hinterfragen und belässt es bei oft nur vagen Formulierungen. So führte der OGH in Arb 11.384 unter Verweis auf die Vorinstanzen aus, dass „(u)nter einer Universalsukzession ... man den automatischen (*eo ipso*) und einheitlichen (*uno actu*) Übergang sämtlicher Rechte und Verbindlichkeiten (versteht), wie sie im Zeitpunkt des Übergangs bestanden hätten. Der Rechtsnachfolger repräsentiere nunmehr den Rechtsvorgänger. Damit finde ein Austausch der Rechtsträger statt, sodaß die Weiterführung des früheren Repräsentanten nicht mehr fort dauere und es auch keiner gesonderten gesetzlichen Entlassung aus der Haftung bedürfe.“²⁰³⁾

Dort, wo eine etwas eingehendere Auseinandersetzung mit dem Sukzessionsmodus der Gesamtrechtsnachfolge erfolgt, wird regelmäßig und offenbar bewusst die Anlehnung an den Erbfall gesucht²⁰⁴⁾ – was insofern nicht verwunderlich ist, als das bürgerliche Recht damit als erstes den Weg beschritten hat, eine gesetzliche Universalsukzession anzuordnen²⁰⁵⁾ – und, gestützt auf das erbrechtliche Vorverständnis, vielfach die Ansicht vertreten,

dass die Universalsukzession im Wesentlichen von drei Merkmalen geprägt sei: Erstens soll sie durch Gesetz eintreten, zweitens zwingenden Charakters sein und drittens das gesamte Aktiv- und Passivvermögen umfassen.²⁰⁶⁾

Zwar ist vereinzelt schon früh bezweifelt worden, ob eine Universalsukzession tatsächlich nur im Falle des Untergangs eines Rechtsträgers eintreten könne,²⁰⁷⁾ erst aber seit dem In-Kraft-Treten des SpaltG und der damit verbundenen Anerkennung einer so genannten „partiellen Gesamtrechtsnachfolge“ ist es unstrittig, dass weder der ungeteilte Vermögensübergang noch der Untergang eines Rechtsträgers unabdingbare Voraussetzungen für die Annahme einer Universalsukzession sind.²⁰⁸⁾ Grünwald hat hierzu aufgezeigt, dass dogmatisch zwischen dem Begriffspaar Singular- und Universalsukzession einerseits und den Begriffen Spezial- und Generalsukzession andererseits unterschieden werden sollte, wobei bloß das zweite Begriffspaar als Abgrenzungskriterium für die Frage taugt, ob anlässlich einer Rechtsnachfolge bloß ein abgegrenzter Teil bzw. mehrere solche Teile der einem Rechtsträger

¹⁹⁵⁾ Vgl zB OGH 25.4.1991, 6 Ob 537/91 in *ecolex* 1991, 539 = *AnwBl* 1991, 744 = *wbl* 1991, 367 = *RdW* 1991, 264 = HS 22.049; trotz Differenzierung eine Universalsukzession auch hinsichtlich des „Gesamtunternehmens“ ablehnend OGH 23.1.1986, 6 Ob 1/86 in *EvBl* 1986/180 = *RdW* 1986, 143 = *JB1* 1986, 454 = *SZ* 59/20 = *NZ* 1987, 102 = HS 16.340; OGH 26.3.1996, 1 Ob 2002/96k in *GesRZ* 1997, 98 = *EvBl* 1996/101 = *RdW* 1996, 585 = *ARD* 4797/31/96 = HS 27.031 = *MietSlg* 48.237.

¹⁹⁶⁾ Zur Problematik ausführlich *Hügel*, Gesamtrechtsnachfolge und Strukturverbesserungsgesetz, 31 ff; ebenso *ders*, Keine Gesamtrechtsnachfolge bei Betriebseinbringungen, *SWK* 1986, A I 179.

¹⁹⁷⁾ Vgl hierzu zB *Mertens*, Umwandlung und Universalsukzession, 7; ausführlich *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 80.

¹⁹⁸⁾ Zur „Unschärfe von Abgrenzungsmerkmalen wie ‚Betrieb‘ oder ‚Teilbetrieb‘“ vgl auch *Kleindieck*, *ZGR* 1992, 517.

¹⁹⁹⁾ So OGH 23.1.1986, 6 Ob 1/86 in *EvBl* 1986/180 = *RdW* 1986, 143 = *JB1* 1986, 454 = *SZ* 59/20 = *NZ* 1987, 102 = HS 16.340.

²⁰⁰⁾ Vgl hierzu *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 53.

²⁰¹⁾ *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 80. Ausführlich hierzu *Kastner*, *JB1* 1983, 460 f; ebenso *Helbich*, Neuerungen im Strukturverbesserungsrecht², 47 f; zur Problematik der Abgrenzung von Teilbetrieben bei Einbringungsvorgängen vgl auch *Reich-Rohrwig*, *GmbH-Recht I² Rz* 1/187 f; ebenso *ders* in *FS Helbich*, 153.

²⁰²⁾ Vgl *K. Schmidt*, Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts, *AcP* 191 (1991), 497; *Enzinger*, *GesRZ* 1996, 85.

²⁰³⁾ OGH 26.4.1995, 9 Ob A 29/95 in *ARD* 4831/3/97 = *Arb* 11.384.

²⁰⁴⁾ Vgl hierzu *Fries*, Gesamtrechtsnachfolge bei Verschmelzung, *ecolex* 1992, 477; *Schwind* in *FS Kralik*, Grenzen der Universalsukzession, 515.

²⁰⁵⁾ *K. Schmidt*, *AcP* 191 (1991), 497; ebenso *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 135.

²⁰⁶⁾ Vgl *Enzinger*, *GesRZ* 1996, 94 f; *K. Schmidt*, *AcP* 191 (1991), 497 f.

²⁰⁷⁾ Vgl hierzu *Enzinger*, *GesRZ* 1996, 94; anders hingegen OGH 29.9.1964, 8 Ob 280/64 (*SZ* 27/132): „Wesentlich für die Gesamtrechtsnachfolge in das Vermögen eines anderen ist der Übergang der gesamten Rechte und Verbindlichkeiten auf den Rechtsnachfolger unter Wegfall des Rechtsvorgängers durch einen Akt.“

²⁰⁸⁾ Vgl zB *Hügel*, Das neue Spaltungsgesetz und die Reform des Umgründungsrechts, *ecolex* 1996, 527; *Hirschler*, Die Spaltung von Körperschaften – Änderungen des Anwendungsbereichs und steuerliche Auswirkungen, *NZ* 1997, 169. *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, 331; *Grünwald*, Übergang von Mietrechten bei Spaltungen, *ecolex* 1993, 598.

zugeordneten und übertragbaren Rechtspositionen übertragen werden – diesfalls würde eine Spezialsukzession vorliegen – oder ob sich die Nachfolge auf sämtliche Rechtspositionen des alten Rechtsträgers in ihrer Gesamtheit bezieht. In letzterem Fall ist es geboten, von einer Generalsukzession zu sprechen.²⁰⁹⁾

Schließlich sah die hM früher die Gesamtrechtsnachfolge unter keinen Umständen als rechtsgeschäftlich begründeten Vermögensübergang an²¹⁰⁾ und ließ die Rechtsfolgen der Universalsukzession ausschließlich ex lege und unabhängig vom Parteiwillen eintreten.²¹¹⁾ Auch diese Auffassung muss heute als obsolet bezeichnet werden. So ist etwa rechtsgeschäftliche Grundlage des Spaltungsvorgangs ein Spaltungs- und Übernahmevertrag,²¹²⁾ aufgrund dessen ein rechtsgeschäftlich zu definierender Vermögensbestand im Wege der Universalsukzession übergehen soll.²¹³⁾ Während sich demnach bei der Spaltung die Universalsukzession als Mittel der Vermögensübertragung auf die Existenz der übertragenden Gesellschaft nicht unbedingt auswirken muss²¹⁴⁾ und auch keine Generalsukzession von Vermögen auf einen anderen Rechtsträger vorgenommen wird,²¹⁵⁾ geht zwar anlässlich einer Verschmelzung sowie einer übertragenden Umwandlung – ebenso wie beim Erbfall – das gesamte Vermögen eines Rechtsträgers auf einen neuen Rechtsträger über, doch ist auch hier das Ursache-Wirkungs-Verhältnis ein anderes als beim Tod einer natürlichen Person: Während beim Erbfall die General- und die Universalsukzession die notwendige Folge des Erlöschens des ursprünglichen Rechtsträgers ist, ist bei der Verschmelzung ebenso wie bei der übertragenden Umwandlung umgekehrt das Erlöschen des ursprünglichen Rechtsträgers die Folge des Rechtsübergangs durch Generalsukzession.²¹⁶⁾ Der Gesetzgeber hat also den Sukzessionsmodus der Gesamtrechtsnachfolge nicht nur im Falle des Untergangs eines Rechtsträgers – etwa beispielsweise beim Tod einer natürlichen Person,²¹⁷⁾ aber auch „bei dem im Gesetz vorgezeichneten Anwendungsbereich des § 142 HGB“²¹⁸⁾ („um eine Herrenlosigkeit von Vermögen zu verhindern“²¹⁹⁾ bzw. „um den Untergang von Rechtspositionen zu vermeiden“²²⁰⁾ – vorgesehen, sondern auch, uzw – wie Rüffler es zum Ausdruck bringt – „um die Beschwerden der Einzelrechtsnachfolge und individueller Zustimmung der Gläubiger und Vertragspartner auszuschalten“,²²¹⁾ zur bloßen Vereinfachung der Durchführung der Übertragung von Rechtspositionen bei Umgründungen.²²²⁾

Keineswegs ist auch eine Gesamtrechtsnachfolge zwingend mit einer privativen Schuldübernahme verbunden, doch kann der irrigen Rechtsansicht, bei einer Universalsukzession fände jedenfalls ein „Austausch von Rechtsträgern“ statt, und zwar dahin gehend, dass eine Weiterhaftung des „früheren Repräsentanten nicht mehr fort-dauere“ und undenkbar sei,²²³⁾ im Übrigen nicht erst seit dem In-Kraft-Treten diverser jüngerer umgründungsrechtlicher Bestimmungen wie beispielsweise § 15 SpaltG²²⁴⁾ entgegengetreten werden, zieht doch auch eine „Geschäftsübernahme nach § 142 HGB“ eine – abgesehen von der Bestimmung des § 159 HGB – unbeschränkte Weiterhaftung des ausscheidenden Gesellschafters nach sich.²²⁵⁾

Grünwald hält daher letztendlich fest, dass sich Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge eigentlich nur in der Technik des Rechtsübergangs unterscheiden: „Häufig wird auch gesagt, dass sich die Gesamtrechtsnachfolge im wesentlichen als pragmatisch motivierte Durchbrechung des Spezialitätsgrundsatzes erklären lässt.“²²⁶⁾

2.2. Interessenbeeinträchtigung Dritter?

Enzinger vertritt offenbar die Ansicht, dass der Sukzessionsmodus der Gesamtrechtsnachfolge stets dann als zulässig erachtet werden muss, wenn dabei legitime Interessen Dritter nicht in unbilliger Weise beeinträchtigt würden.²²⁷⁾ Mit anderen Worten: Solange Dritte nicht – besser: nicht mehr als bei einer Einzelrechtsnachfolge – in Mitleidenschaft gezogen werden, spricht nichts gegen eine vertraglich vereinbarte Rechtsnachfolge in Universalsukzession.²²⁸⁾

Zu fragen gilt es daher nun, ob ohne besondere Schutzmaßnahmen – der OGH spricht im gegebenen Zusammenhang von „flankierenden Maßnahmen“²²⁹⁾ – eine Unternehmensübertragung im Wege der Universalsukzession bei der OHG möglich ist.

2.2.1. Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen?

Für *Enzinger* scheint eine Durchbrechung des Spezialitätsgrundsatzes hinsichtlich Unternehmenstransaktionen

²⁰⁹⁾ Vgl *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 33.

²¹⁰⁾ Vgl zB *Krejci*, Ist zur Vertragsübernahme bei Unternehmensveräußerung Dreiparteienerklärung erforderlich?, ÖJZ 1975, 453.

²¹¹⁾ *Enzinger*, GesRZ 1996, 94.

²¹²⁾ *Enzinger*, GesRZ 1996, 97; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, 331 f.

²¹³⁾ *K. Schmidt*, AcP 191 (1991), 511.

²¹⁴⁾ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, 331, mwN.

²¹⁵⁾ Ausführlich hiezu *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 132 ff.

²¹⁶⁾ *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 136 f; aA offenbar *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, 331.

²¹⁷⁾ Vgl *Hügel* in FS Koppensteiner, 99.

²¹⁸⁾ Vgl hiezu *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 92; ebenso *Enzinger*, GesRZ 1996, 100; aA *K. Schmidt* in FS Frotz, 404 f.

²¹⁹⁾ Vgl *Hügel* in FS Koppensteiner, 99.

²²⁰⁾ Vgl *Rüffler*, Die übertragende Auflösung als Beispiel für die analoge Anwendung des Umwandlungsrechts, wbl 2001, 352.

²²¹⁾ *Rüffler*, wbl 2001, 352.

²²²⁾ Vgl hiezu *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 92.

²²³⁾ OGH 26.4.1995, 9 ObA 29/95 in ARD 4831/3/97 = Arb 11.384; ähnlich OGH 29.9.1964, 8 Ob 280/64 (SZ 37/132); OGH 28.3.1973, 5 Ob 47/73 (SZ 46/35); OGH 20.10.1981, 4 Ob 532, 533/81 in GesRZ 1982, 164 = JBl 1983, 438 = HS 12.448.

²²⁴⁾ Näher hiezu *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, 468 ff.

²²⁵⁾ Vgl *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 159 Rz 33; *Hügel*, Gesamtrechtsnachfolge und Strukturverbesserungsgesetz, 43; ebenso *F. Bydlinski* in GedS Schönherr, 160.

²²⁶⁾ *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 69.

²²⁷⁾ Vgl *Enzinger*, GesRZ 1996, 100; *ders*, wbl 1997, 5.

²²⁸⁾ Ganz in diesem Sinne OGH 21.5.1981, 7 Ob 523/81 in GesRZ 1981, 225 = SZ 54/84.

²²⁹⁾ OGH 23.1.1986, 6 Ob 1/86 in EvBl 1986/180 = RdW 1986, 143 = JBl 1986, 454 = SZ 59/20 = NZ 1987, 102 = HS 16.340.

bei Personengesellschaften²³⁰⁾ insofern denkbar zu sein, als Gläubiger durch die Bestimmungen der §§ 25 HGB bzw 1409 ABGB ausreichend geschützt wären.²³¹⁾ Fraglich ist mE allerdings, warum als Anspruchsgrundlagen für Gläubigeransprüche gegen den Unternehmenserwerber nach Universalsukzession gerade § 25 HGB bzw § 1409 ABGB dienen sollen.²³²⁾ Einleuchtender wäre schließlich eine Schuldübernahme des Unternehmenserwerbers qua Gesamtrechtsnachfolge an sich.²³³⁾ Zwar ist die grundsätzliche Heranziehung von § 25 HGB bzw § 1409 ABGB im Falle einer Universalsukzession freilich nicht jedenfalls undenkbar, lässt doch beispielsweise § 156 iVm § 133 dUmwG bei der „Ausgliederung“ eines von einem Einzelkaufmann betriebenen Unternehmens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge²³⁴⁾ die §§ 25, 26 und 28 HGB unberührt²³⁵⁾ und verwies § 10 des vor dem EU-GesRÄG geltenden SpaltG explizit auf § 1409 ABGB,²³⁶⁾ gegen eine Erwerberhaftung nach § 1409 ABGB im hier interessierenden Fall der Unternehmensübertragung nach Universalsukzession spricht jedoch insbesondere ein Vergleich mit der Haftung des Erwerbers sämtlicher Gesellschaftsanteile nach § 142 HGB. Gesamtrechtsnachfolge iSv § 142 HGB bedeutet nach hA „den automatischen und einheitlichen Übergang sämtlicher Rechte und Verbindlichkeiten“²³⁷⁾ der Gesellschaft auf den übernehmenden Gesellschafter; dieser wird „eigentlicher Schuldner“.²³⁸⁾ Ein Rückgriff auf § 25 HGB bzw § 1409 ABGB wäre entbehrlich.²³⁹⁾

Was den Unternehmensveräußerer anbelangt, so haftet dieser gemäß § 26 HGB aus den vor der Übertragung des Unternehmens begründeten Verbindlichkeiten grundsätzlich unverändert weiter. Unternehmenserwerber und -veräußerer sind sohin als Gesamtschuldner anzusehen, wobei für die Haftung des Unternehmensveräußerers gegenüber seinen Vertragspartnern aus schwebenden Rechtsgeschäften die gleichen Grundsätze wie für die eines aus der OHG ausgeschiedenen Gesellschafters gelten,²⁴⁰⁾ nachdem nach hM die zu den §§ 128 und 159 HGB entwickelten Grundsätze auf § 26 HGB übertragbar sind.²⁴¹⁾ Hinsichtlich der Haftung des Unternehmensveräußerers nach § 26 HGB einerseits und der Haftung des aus einer Personenhandelsgesellschaft ausscheidenden Gesellschafters besteht sohin kein Unterschied.²⁴²⁾ Die Bestimmungen der §§ 26 und 159 HGB wurden vom Gesetzgeber als Parallelnormen konzipiert und sind folglich gleich auszulegen.²⁴³⁾

²³⁰⁾ Anders als bei Kapitalgesellschaften, die von auf rein objektiven Recht basierenden und generalpräventiv angelegten institutionellen Gläubigerschutz (vgl hierzu *K. Schmidt*, ZGR 1993, 367; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, 369) geprägt sind, dominieren bei Personengesellschaften die Instrumente des individuellen Gläubigerschutzes. Entscheidend ist die persönliche Haftung der Gesellschafter, nicht Formvorschriften und registerliche Publizitätsakte. Bezeichnenderweise tritt auch etwa die Universalsukzession als Rechtswirkung bei Verschmelzungs- und Spaltungsvorgängen erst mit der Eintragung im Firmenbuch ein (vgl hierzu *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, 127 ff, 461 ff), während sich die Gesamtrechtsnachfolge nach § 142 HGB ex lege mit dem Fortfall des letzten Mitgesellschafters vollzieht und einer entsprechenden firmenbuchrechtlichen Eintragung nach § 3 Z 15 FBG bloß deklarativer Charakter zukommt. *Grünwald* spricht daher im gegebenen Zusammenhang von einer „nachhinkenden Publizität“ (*Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 83).

²³¹⁾ Vgl *Enzinger*, GesRZ 1996, 100.

²³²⁾ Vgl auch *Krejci/Schmidt*, Vom HGB zum Unternehmensgesetz, 129: „Paradigmen des § 25 HGB sind Asset Deal und Sachgründung.“

²³³⁾ Vgl hierzu *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 142 Rz 35.

²³⁴⁾ Vgl hierzu *Karollus* in *Lutter*, UmwG², § 156 Rz 8.

²³⁵⁾ *Karollus* in *Lutter*, UmwG², § 156 Rz 15; ebenso *K. Schmidt*, ZGR 1995, 686 f mwN zur Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. Für Ausgliederungen, die vor dem 1.1.1999 durchgeführt worden sind, kommt schließlich eine Haftung aus § 419 BGB in Betracht (*Karollus* in *Lutter*, UmwG², § 156 Rz 17).

²³⁶⁾ Vgl hierzu *Harrer*, Aktuelle Anpassungsprobleme im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, wbl 1994, 361; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, 470; *Hirschler*, Neuerungen im Gesellschafts- und Gläubigerschutz bei Spaltungen nach dem neuen SpaltG, GesRZ 1997, 10: „... Im Bereich des Gläubigerschutzes trat insoweit eine Änderung ein, als nunmehr die Solidarhaftung für die nicht auf die jeweilige Gesellschaft übertragenen Schulden nicht mehr nach den Regeln des § 1409 ABGB erfolgt, sondern die Haftung auf das anlässlich der Spaltung erhaltenen Nettoaktivvermögen beschränkt ist.“

²³⁷⁾ Vgl OGH 26.4.1995, 9 ObA 29/95 in ARD 4831/3/97 = Arb 11.384.

²³⁸⁾ *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 142 Rz 35 mwN; *Hueck*, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft⁴, 369; *Hartmann*, Der ausscheidende Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis⁴, 81; ebenso etwa OGH 25.11.1964, 3 Ob 132/64 in JBl 1965, 265 = SZ 37/171 = HS 4167; OGH 17.5.1977, 3 Ob 50/77 in JBl 1978, 97 = HS 10.427.

²³⁹⁾ Vgl in diesem Zusammenhang auch OGH 26.4.1995, 9 Ob A 29/95 in ARD 4831/3/97 = Arb 11.384. Handelt es sich hingegen bei § 25 HGB bzw § 1409 ABGB nicht um Fälle der gesetzlichen Schuldmitübernahme, sondern um einen Übergang des Schuldverhältnisses auf den Unternehmenserwerber, dann liegt es freilich nahe, diesen hinsichtlich des Schuldverhältnisses zum Verfügungsberechtigten zu erklären. Genau dies ist auch die von *K. Schmidt* vertretene Ansicht: Den Erwerber trifft nicht nur die Haftung, sondern ganze Schuldverhältnisse können, sofern sie auf das Unternehmen bezogen sind, nach § 25 HGB auf ihn übergehen (*K. Schmidt* in FS Krejci I, Zum Verständnis des § 26 HGB – Eine Skizze zur Nachhaftungsbegrenzung, 333; aA jedoch insbesondere *Fenyves*, Die Schuldenhaftung des Unternehmenserwerbers, *ecolex* 1990, 139; *Zimmer/Scheffel* in *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB I § 25 Rz 3 ff sowie [auch hinsichtlich § 1409 ABGB] *Krejci*, ÖJZ 1975, 454 ff). Die Bestimmung des § 25 HGB in der von *K. Schmidt* propagierten „unternehmensbezogenen Sichtweise“ wäre so gesehen unter Umständen durchaus in Einklang mit einer Unternehmensübertragung im Wege der Universalsukzession zu bringen, wobei (vorerst) freilich die Frage offen bleibt, wie § 25 Abs 2 HGB diesfalls zu verstehen wäre. *K. Schmidt* plädiert daher für eine Abschaffung dieser Bestimmung ebenso wie für eine Abschaffung der Erfordernis der Firmenfortführung (*K. Schmidt*, ZGR 1990, 601; ebenso *ders*, Haftungskontinuität als unternehmensrechtliches Prinzip, ZHR 145 [1981], 25 f). Freilich kann aus heutiger Sicht der von *K. Schmidt* vorgeschlagene Ansatz als alles andere denn als hM bezeichnet werden (vgl hierzu insbesondere *Canaris*, Handelsrecht²², 101: „Vollends unhaltbar ist die Ansicht *Schmidts* de lege lata, so dass sie von der hL mit Recht abgelehnt wird.“).

²⁴⁰⁾ *Schuhmacher* in *Straube*, HGB I², § 26 Rz 2.

²⁴¹⁾ *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 26 Rz 8; ebenso *C. Nitsche*, Enthaftung des Altunternehmenssträgers und des ausgeschiedenen Gesellschafters – Bemerkungen zum neuen deutschen Nachhaftungsbegrenzungsgesetz und Konsequenzen für Österreich, RdW 1994, 307. Ablehnend hingegen *Canaris* in FS Frotz, Unternehmenskontinuität als Haftungs- und Enthaftungsgrund im Rahmen von § 25 HGB?, 38; kritisch hierzu wiederum *Karollus*, ÖJZ 1995, 246 und *K. Schmidt* in FS Krejci I, 328.

²⁴²⁾ AA jedoch OGH 22.2.1989, 9 Ob A 7/89 in wbl 1989, 156 = JBl 1989, 459 = SZ 62/26 (ablehnend *Karollus*, ÖJZ 1995, 246).

²⁴³⁾ *Karollus*, ÖJZ 1995, 246; ebenso *K. Schmidt* in FS Krejci I, 328. Natürlich stellt die mit § 26 bzw § 159 HGB einhergehende Nachhaftungsbegrenzung einen Einschnitt in Gläubigerrechte dar (ausführlich hierzu *Canaris* in FS Frotz, 34 ff), der – wie *K. Schmidt* es ausdrückt – einer „rechtspolitischen und verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf“ (*K. Schmidt* in FS Krejci I, 330); nähere Ausführungen hierzu können aber unterbleiben, gilt es doch hier nicht gesetzgeberische Eingriffe in die Privatautonomie zu rechtfertigen, sondern vielmehr zu hinterfragen, ob und inwieweit Anteils- und Unternehmensübertragungen bei Personengesellschaften wertungsmäßig gleich gelagert sind.

2.2.2. Beeinträchtigung von Schuldnerinteressen?

Die bei Asset Deals stets bestehende Gefahr, dass Schuldner fälschlicherweise an den bisherigen Unternehmens-träger leisten, und das damit für die Schuldner einhergehende wirtschaftliche Risiko²⁴⁴⁾ wird diesen durch die Regelung der §§ 1395 f ABGB abgenommen.²⁴⁵⁾ Es ist nicht ersichtlich ist, warum § 1395 ABGB nicht auch im Falle einer Universalsukzession anwendbar sein sollte.²⁴⁶⁾

2.2.3. Beeinträchtigung von Vertragspartnerinteressen?

Regelmäßig wird bei Unternehmensübertragungen die Problematik der Vertragsübernahme aufgegriffen.²⁴⁷⁾ Dabei wird für den Übergang von Vertragsverhältnissen in aller Regel eine Dreiparteieneinigung für erforderlich²⁴⁸⁾ und aus diesem Grund eine Universalsukzession als unzulässig erachtet, gilt es doch nach hA als allgemeines Grundprinzip der Universalsukzession, dass nicht nur einfache Verbindlichkeiten, sondern auch alle sonstigen Rechtspositionen²⁴⁹⁾ des Ausgangsrechtsträgers ohne weitere Erfordernisse, insbesondere ohne Zustimmung Dritter übergehen.²⁵⁰⁾ Herrschende Argumentationslinie ist also die, dass das Institut der Gesamtrechtsnachfolge eine Vertragsübernahme impliziert,²⁵¹⁾ was mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit unvereinbar wäre. Einem Vertragsteil könne nicht einfach ein anderer als der von ihm gewählte Partner aufgezwungen werden.²⁵²⁾

Nun existieren aber einige Rechtsvorschriften, die bei Unternehmensveräußerungen einen Vertragsübergang ohne Dreiparteieneinigung vorsehen und sohin eine Vertragsübernahme ex lege trotz an sich geltender Singularsukzession – Grünwald spricht in diesem Zusammenhang von einer „Singularsukzession unter Durchbrechung des Spezialitätsgrundsatzes“, der man „eine gewisse Verwandtschaft mit einem Rechtsübergang in Universalsukzession nicht absprechen (wird) können“²⁵³⁾ – ermöglichen.²⁵⁴⁾ Wenn aber nun in einer Reihe gesetzlicher Bestimmungen „aus Gründen des Schutzes von Unternehmerinteressen“²⁵⁵⁾ eine Vertragsübernahme ohne Zustimmung der betreffenden Restpartei ermöglicht wird, so erhebt sich die Frage, ob diese Bestimmungen Ausdruck eines allgemeinen Prinzips der Vertragsübernahme durch Unternehmensübernahme sind²⁵⁶⁾ oder – umgekehrt – vielmehr zeigen, dass für die fragliche Rechtsfolge stets ein gesonderter Eingriff des Gesetzgebers notwendig ist.²⁵⁷⁾ Letzterer Standpunkt entspricht der (noch) herrschenden Auffassung;²⁵⁸⁾ dies, obzwar die Rspr immer wieder einen vollständigen oder teilweisen Übergang ganzer Vertragsverhältnisse bei Unternehmensveräußerungen ohne Dreiparteieneinigung auch in Fällen annimmt, für die keine entsprechenden Sondervorschriften existieren.²⁵⁹⁾ Dabei behilft sich die Rspr regelmäßig mit der Annahme, die Beteiligten würden die Vertragsübernahme konkludent vereinbaren.²⁶⁰⁾

In Deutschland hingegen ist es keineswegs nur mehr eine vereinzelte Lehre – Karollus spricht vielmehr von einer „neuen Tendenz in der deutschen Handelsrechtswissenschaft“²⁶¹⁾ –, dass ein Unternehmerwechsel grundsätzlich ex lege zu einem Übergang unternehmensbezogener

²⁴⁴⁾ Näher dazu vgl Honsell/Heidinger in Schwimann, ABGB² VII, § 1395 Rz 1; Ertl in Rummel, ABGB² II § 1395 Rz 1; zur Sonderproblematik der unrichtigen Abtretungsanzeige vgl Karollus, Zum Schutz des Schuldners bei unrichtiger Abtretungsanzeige, ÖJZ 1992, 677.

²⁴⁵⁾ Zum Verhältnis zwischen §§ 1395 f ABGB und § 25 Abs 1 HGB vgl Karollus, Eingeschränkter Schuldnerschutz bei Übertragung eines Handelsgeschäftes?, ÖJZ 1989, 202.

²⁴⁶⁾ Näher hiezu Grünwald, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 137; unklar hingegen Hügel, Gesamtrechtsnachfolge und Strukturverbesserungsgesetz, 18.

²⁴⁷⁾ Vgl hiezu zB Krejci, ÖJZ 1975, 452 f.

²⁴⁸⁾ Vgl Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹¹ II, 113 f.

²⁴⁹⁾ Zur Differenzierung zwischen Gläubigern und Vertragspartnern vgl etwa K. Schmidt, Handelsrecht⁵, 229.

²⁵⁰⁾ Vgl Mertens, Umwandlung und Universalsukzession, 144; ebenso Grünwald, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 222.

²⁵¹⁾ Vgl OGH 5.12.1995, 1 Ob 1649/95 in wobl 1996/91.

²⁵²⁾ Vgl Hügel, Gesamtrechtsnachfolge und Strukturverbesserungsgesetz, 21; K. Schmidt, Handelsrecht⁵, 229; Canaris in FS Frotz, 34 f. Nach einem Teil der Rspr ist der Vertragspartner jedoch nur dann berechtigt, seine Zustimmung zur Vertragsübernahme zu weigern, wenn ihm noch Rechte aus dem Vertrag zustehen, wie dies vor allem bei Dauerschuldverhältnissen der Fall ist. Andernfalls könne von einer derartigen Zustimmung der Restpartei abgesehen werden, weil dieser ja dann „kein Schuldnerwechsel mehr aufgedrängt werde“. (vgl hiezu OGH 8.9.1999, 7 Ob 31/99f in RdW 2000, 146). Zuweilen wird auch dann eine Verpflichtung der Restpartei zur Zustimmung zur Vertragsübernahme und zur Fortsetzung des Vertragsverhältnisses mit der Neupartei angenommen, wenn „es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, das als Massengeschäft mit Standardbedingungen anzusehen ist (wie zB Leasingverträge), das der Vertragspartner üblicherweise mit jedem Unternehmer abschließt, sodass es ihm nicht so sehr auf die Person des Vertragspartners ankommt“. In derart gelagerten Fällen wird man mit Reich-Rohrwig die Verweigerung der Zustimmung zur Vertragsübernahme jedenfalls dann als sittenwidrig ansehen müssen, wenn der bisherige Unternehmersträger der Restpartei anbietet, den künftigen finanziellen Verpflichtungen des neuen Vertragspartners als Gesamtschuldner beizutreten (vgl Reich-Rohrwig in FS Helbich, 158 f). Grundsätzlich aber wird vom OGH betont, dass „Voraussetzung für eine wirksame Vertragsübernahme ... die Übereinkunft aller drei Parteien (ist), somit der verbleibenden Restpartei, der ausscheidenden Altpartei und der eintretenden Neupartei“ (OGH 8.9.1999, 7 Ob 31/99 f in RdW 2000, 146).

²⁵³⁾ Vgl Grünwald, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 60.

²⁵⁴⁾ Vgl Schuhmacher in Straube, HGB I², § 25 Rz 26.

²⁵⁵⁾ Vgl Krejci, Handelsrecht, 116.

²⁵⁶⁾ So offenbar Hämmerle/Wünsch, Handelsrecht I, Allgemeine Lehren und Handelsstand⁴, 187.

²⁵⁷⁾ Vgl hiezu Karollus, ÖJZ 1995, 295; ebenso K. Schmidt, ZHR 145 (1981), 26.

²⁵⁸⁾ Vgl Kastner, JBI 1983, 459; ebenso Krejci ÖJZ 1975, 454 mwN; ders, Handelsrecht, 118; Grünwald, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 60; dagegen Hämmerle/Wünsch, Handelsrecht I, Allgemeine Lehren und Handelsstand⁴, 187.

²⁵⁹⁾ Vgl OGH 11.7.1951, 1 Ob 489/51 (SZ 24/184): „Ein zwischen zwei Handelsunternehmungen abgeschlossener Dauervertrag bindet grundsätzlich die jeweiligen Inhaber.“ Ähnlich OGH 28.4.1937, 1 Ob 423/37 (SZ 19/145); OGH 16.8.1956, 2 Ob 439/56 in MietSlg 5205; OGH 12.12.1984, 1 Ob 713/84 in JBI 1985, 616 (Hügel); vgl weiters OGH 7.9.1988, 1 Ob 636/88 in JBI 1989, 39 = wbl 1988, 398 = HS 18.278; OGH 18.4.1989, 4 Ob 521/89 in JBI 1989, 523; OGH 19.10.1989, 7 Ob 33/89 in JBI 1990, 519 = RdW 1990, 46 = wbl 1990, 120 = HS 20.579; BGH 18.3.1974 II ZR 167/72 (BGHZ 62, 221); BGH 3.2.1975 II ZR 128/73 (BGHZ 64, 14).

²⁶⁰⁾ Vgl OGH 24.10.1990, 3 Ob 124/90 in wbl 1991, 141 = RdW 1991, 76 = ecolex 1991, 154 = ÖBA 1991, 539 = HS 20.011. Das Erfordernis der Dreiparteieneinigung gilt daher im Prinzip auch für unternehmensbezogene Vertragsverhältnisse, doch wird bei diesen in der Regel eine Vorwegzustimmung zu einer Übertragung mit dem Unternehmen angenommen, sodass es einer gesonderten Zustimmung der Restpartei zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung nicht mehr bedarf (Karollus, ÖJZ 1995, 293).

²⁶¹⁾ Karollus, ÖJZ 1995, 292.

Rechtsverhältnisse führt. Für die Existenz so genannter „unternehmensbezogener Verträge“²⁶²⁾ die stets mit dem jeweiligen Unternehmensträger zustande kommen und daher – so die Auslegung dieser Verträge²⁶³⁾ – in der Folge, sofern nichts Gegenteiliges vereinbart ist, auch stets den jeweiligen Unternehmensträger berechtigten und verpflichten sollen,²⁶⁴⁾ sprechen nach *Karollus* vor allem die Bestimmungen der §§ 25 ff HGB und § 1409 ABGB.²⁶⁵⁾ Die diesen Sondervorschriften entnehmbare Wertung, dass unternehmensbezogene Vertragsverhältnisse auf den neuen Unternehmensträger übergehen, sollte weitergedacht und auf alle unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse ausgedehnt werden.²⁶⁶⁾

Vor allem aber die traditionelle Vielheitstheorie in Bezug auf das Wesen der Gesamthand zeigt, dass eine – wie *K. Schmidt* es formuliert – „rein bürgerlich-rechtliche“ Sichtweise, für die das Erfordernis einer Zustimmung der „Alt-partei“ eine Selbstverständlichkeit darstellt,²⁶⁷⁾ im gegebenen Zusammenhang verfehlt ist.²⁶⁸⁾ Im Grunde genommen kann nämlich die Vielheitsdoktrin, nach der bei Verträgen, die Dritte mit der OHG abschließen, die einzelnen Gesellschafter und nicht die Gesellschaft als „eigentliche Vertragspartner“ angesehen werden,²⁶⁹⁾ nur mit der Unternehmensbezogenheit dieser Verträge erklärt werden,²⁷⁰⁾ wenn eine Zustimmung dieser Dritten zu einem Gesellschafterwechsel bei der OHG für entbehrlich gehalten wird und stets die „jeweiligen Gesellschafter der OHG“ als Vertragspartner angesehen werden sollen.²⁷¹⁾ Folgt man hingegen der Einheitstheorie in Bezug auf die Rechtsnatur der OHG, so ändert sich für Dritte erst dann etwas in der Person des Vertragspartners, wenn der vorletzte Gesellschafter aus der OHG ausscheidet und das Vermögen der Gesellschaft auf den letztverbleibenden „Gesellschafter“ als neuem Unternehmensträger übergeht. Dass auch bei diesem Vorgang die Vertragspartner der Gesellschaft nicht gefragt werden,²⁷²⁾ könnte mE ebenfalls mit der Unternehmensbezogenheit der mit der OHG geschlossenen Verträge erklärt werden und § 142 HGB als Ausfluss des Prinzips „unternehmensbezogener Schuldverhältnisse“ begriffen werden,²⁷³⁾ zumal Sinn und Zweck dieser Bestimmung nach nahezu einhelliger Auffassung die „Erhaltung des Unternehmens“²⁷⁴⁾ – *Oberhammer* spricht sogar ausdrücklich von der „Kontinuität der unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse“ als *Ratio legis*²⁷⁵⁾ – ist.²⁷⁶⁾

Fragt man sich bei den gesetzlich ausdrücklich geregelten Fällen der Universalsukzession, warum es denn der Gesetzgeber zulässt, dass ein Austausch von Vertragspartnern vorgenommen werden kann, ohne dass hierfür die Zustimmung des vertraglichen Gegenübers erforderlich wäre, so bieten sich zwei Erklärungsansätze an: Zum einen könnte argumentiert werden, dass – wie eben dargelegt – eine derartige Zustimmung insofern entbehrlich ist, da der Vertragspartner in Wahrheit ohnehin eigentlich mit dem „Unternehmen“ kontrahieren wollte; dies wäre der Ansatz der „Unternehmensbezogenheit“ von Rechtsverhältnissen.²⁷⁷⁾ Von einem „Einschnitt in die Privatautonomie“²⁷⁸⁾ kann diesfalls nicht die Rede sein. Es stellt sich hier auch weder die Frage nach dem Sukzessions-

modus noch wäre eine allfällige Nachhaftung des Unternehmensveräußerers einzusehen.²⁷⁹⁾

²⁶²⁾ Vgl hiezu auch *Hügel*, Probleme des Offenlegungsgrundsatzes bei Rechtsgeschäften im Unternehmensbereich, JBl 1983, 449 ff; ähnlich *ders.* Gesamtrechtsnachfolge und Strukturverbesserungsgesetz, 26 ff.

²⁶³⁾ Vgl OGH 24.10.1990, 3 Ob 124/90 in wbl 1991, 141 = RdW 1991, 76 = *ecolex* 1991, 154 = ÖBA 1991, 539 = HS 20.011.

²⁶⁴⁾ Zurückhaltender hingegen *Reich-Rohrwig*: Auch bei „unternehmensbezogenen Rechtsgeschäften“ soll es darauf ankommen, „daß der Geschäftspartner das Geschäft auch mit dem bis dahin nicht offengelegten Unternehmensträger abgeschlossen hätte.“ Dies sei grundsätzlich dann der Fall, wenn der ehemalige Vertragspartner weiter haftet (vgl *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 1/254 ff). Wie oben ausgeführt, wäre dies aber bei einer „Universalsukzession nach § 142 HGB“ gegeben.

²⁶⁵⁾ Näher dazu vgl *Karollus*, ÖJZ 1995, 293; *K. Schmidt*, ZHR 145 (1981), 26. AA *Krejci*, ÖJZ 1975, 454 f.

²⁶⁶⁾ Vgl *Karollus*, ÖJZ 1995, 295.

²⁶⁷⁾ So *Canaris* in FS Frotz, 34.

²⁶⁸⁾ Vgl *K. Schmidt* in FS *Krejci* I, 330 f.

²⁶⁹⁾ Vgl zB *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II, Personengesellschaften⁴, 209.

²⁷⁰⁾ Vgl *C. Nitsche*, RdW 1994, 310.

²⁷¹⁾ Sollen hingegen nicht die „jeweils aktuellen“ Gesellschafter, sondern auch die ausgeschiedenen Gesellschafter weiterhin als Vertragspartner angesehen werden (vgl hiezu von *Stebut*, ZGR 1981, 203 f), dann bereitet eine derartige Sichtweise insbesondere im Zusammenhang mit den aus dem Vertragsverhältnis erwachsenden Gestaltungsrechten Kopfzerbrechen und wäre zumindest „ungleich komplizierter und unpraktikabler“ als der Ansatz, die OHG selbst als Vertragspartner anzusehen (vgl *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation, 17). § 159 HGB würde überdies nicht bloß zu einer Enthaltung, sondern de facto zum Wegfall eines Schuldners führen (vgl dazu *C. Nitsche*, RdW 1994, 310).

²⁷²⁾ Näher hiezu *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation, 16 f.

²⁷³⁾ Dieser Überlegung folgend konnten die Gerichte nun auch eine Übertragung sämtlicher Gesellschaftsanteile an einen Dritten – dies, im Gegensatz etwa zur Übertragung von GmbH-Anteilen, verbunden mit einer Änderung des Unternehmensträgers – zulassen (vgl zB OGH 16.3.2000, 2 Ob 54/00f in GBU 2000/04/02 = RdW 2000/382 = *ecolex* 2000/209 = wbl 2000/257 = EvBl 2000/154), zumal eben auch beim „Umweg“ des Eintritts dieses Dritten in die OHG gleichfalls wie beim anschließenden Ausscheiden sämtlicher bisheriger Gesellschafter die jeweiligen Vertragspartner nicht gefragt würden.

²⁷⁴⁾ Vgl zB *Koppensteiner* in *Straube*, HGB I², § 142 Rz 4; ebenso *Thiery*, GesRZ 1987, 205.

²⁷⁵⁾ *Oberhammer*, JBl 1997, 630.

²⁷⁶⁾ Freilich könnte auch umgekehrt dahin gehend argumentiert werden, dass die Bestimmung des § 142 HGB eine Gesamtrechtsnachfolge ausdrücklich anordnet und eine solche Anordnung nur dann Sinn macht, wenn ohne diese Bestimmung ein Übergang von Rechtsverhältnissen auf einen anderen Unternehmensträger ohne Dreiparteieneinigung eben nicht erfolgen würde.

²⁷⁷⁾ *Karollus*, ÖJZ 1995, 292; *K. Schmidt*, Handelsrecht⁵, 231; *Hügel*, Gesamtrechtsnachfolge und Strukturverbesserungsgesetz, 26; aA jedoch insb *Canaris* in FS Frotz, 34.

²⁷⁸⁾ Vgl hiezu *K. Schmidt* in FS *Krejci* I, 330.

²⁷⁹⁾ Einem derartigen „extremen“ Ansatz hinsichtlich unternehmensbezogener Rechtsverhältnisse möchte indes *Karollus* nicht folgen. Offensichtlich basierend auf der nicht praxisfremden Annahme, dass auch unternehmensbezogenen Verträgen eine gewisse „Persönlichkeitskomponente“ nicht abgesprochen werden kann, plädiert *Karollus* für eine Nachhaftung des Altunternehmers nach § 26 HGB. Überdies schlägt *Karollus* vor, „der Restpartei in besonderen Fällen – wenn ihr der neue Vertragspartner nicht zumutbar ist – ein außerordentliches Kündigungsrecht zu gewähren“ (ähnlich der Ansatz von *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I, Allgemeine Lehren und Handelsstand⁴, 187; vgl hiezu auch OGH 11.7.1951, 1 Ob 489/51 (SZ 24/184)) und führt hiezu beispielhaft den Fall an, dass ein

Will man hingegen der Lehre unternehmensbezogener Verträge nicht folgen, so wird ein derartiger gesetzgeberischer Eingriff rechtspolitisch nur damit zu rechtfertigen sein, dass – wie *Hügel* es formuliert – „die Erhaltung von Unternehmen ein volkswirtschaftlich bedeutendes Anliegen darstellt“.²⁸⁰) Mit anderen Worten: „Vereinfachte“ Unternehmensübertragungen können selbst dann als sachlich gerechtfertigt angesehen werden, wenn sie vereinzelt mit Nachteilen für Dritte verbunden sind, weil eben diese Nachteile auf der anderen Seite einer „Erweiterung der Freiheit der Transferparteien“ gegenüberstehen, die gesamtwirtschaftlich den Nutzen aller erhöht.²⁸¹)

Ökonomisch – uzw unter Verwendung der in der Wohlfahrtstheorie gebräuchlichen Terminologie – gesprochen, bedeutet dies nichts anderes als die Abkehr vom *Pareto*-Kriterium hin zum *Kaldor-Hicks*-Kompensationskriterium und zum hieraus abgeleiteten Vermögensmaximierungsprinzip: Entscheidungen sollen danach so getroffen werden, dass die Summe aller durch sie bewirkten Vermögensänderungen bei den Betroffenen maximiert wird.²⁸²) Nachteile Einzelner sind in Kauf zu nehmen, wenn die Vorteile anderer diese Nachteile überwiegen.²⁸³)

2.3. Analoge Anwendung des § 142 HGB?

Aufgrund der bisherigen Ausführungen kann sohin als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass Dritte bei Unternehmensübertragungen in Universalsukzession nicht unbillig – dh nicht in größerem Ausmaß als bei der für zulässig erachteten Übertragung sämtlicher Gesellschaftsanteile – beeinträchtigt würden.²⁸⁴) Will man aber der Ansicht, dass eine Universalsukzession stets dann als zulässig erachtet werden muss, wenn dabei legitime Interessen Dritter nicht in unbilliger Weise beeinträchtigt werden sollten,²⁸⁵) nicht folgen und vielmehr die Auffassung vertreten, eine Universalsukzession komme nur in den gesetzlich geregelten Fällen in Frage,²⁸⁶) dann bedarf es, ausgehend von einem gesetzlich vorgesehenen Fall der Gesamtrechtsnachfolge, einer besonderen Rechtfertigung, warum dieser ausdrücklich geregelte Fall nun auch auf einen ungeregelten Fall Anwendung finden soll. Anders gewendet: Es gilt eine „Lücke“, mithin eine „planwidrige Unvollständigkeit“ innerhalb des positiven Rechts, gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung,²⁸⁷) zu definieren, die in der Folge im Wege der Analogie zu schließen sein wird. Voraussetzung für einen Analogieschluss ist also ein Wertungswiderspruch innerhalb des positiven Rechts.²⁸⁸)

Eine derartige Wertungsdisparität stellt es mE nun dar, wenn man die Möglichkeit einer „indirekten Unternehmensübertragung“ mittels Übertragung sämtlicher Geschäftsanteile auf einen Dritten im Wege der Universalsukzession bejaht, eine „direkte Unternehmensübertragung“ hingegen nur nach Einzelrechtsnachfolge zulassen will, da zwischen einem Asset Deal und einem Share Deal für

kurrent der Restpartei das Unternehmen erwirbt und damit plötzlich eine unerwünschte Belieferung des Konkurrenten entstehen könnte. Ein „gewisser Schutz“ sollte sich nach Auffassung von *Karollus* überdies aus vertraglichen Schutzpflichten des Altunternehmers ge-

der Restpartei ergeben (*Karollus*, ÖJZ 1995, 294 f). Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, sollte jedoch mE die Schutzbedürftigkeit der Restpartei nicht überspannt werden, zumal diese auch – wie bereits erörtert – weder bei Aufnahme eines ihrer Konkurrenten als Gesellschafter des als OHG organisierten Vertragspartners nicht gefragt würde noch der Restpartei in einem derartigen Fall – abgesehen freilich von besonders „krassen“ Fällen – ein Kündigungsrecht zustünde. War freilich die Eigenschaft des Unternehmensträgers oder gewisser Personen hinsichtlich des Unternehmensträgers für den Vertragspartner „geschäftswesentlich“ und wird ein darauf gerichtetes Vertrauen des Vertragspartners enttäuscht, so mag das diesen im Einzelfall zur Vertragsanfechtung wegen Irrtums, Wegfall der Geschäftsgrundlage oder zur Auflösung aus wichtigem Grund berechtigen (vgl hiezu *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 243 f). Derartige Interessenkonflikte sind jedoch – wie *Hügel* bemerkt – kein Spezifikum der Übertragung eines Unternehmens und können überall entstehen (*Hügel*, Gesamtrechtsnachfolge und Strukturverbesserungsgesetz, 29 f).

²⁸⁰) Vgl *Hügel*, Gesamtrechtsnachfolge und Strukturverbesserungsgesetz, 46 f.

²⁸¹) Vgl *Mertens*, Umwandlung und Universalsukzession, 310. Wirft man einen Blick ins Spaltungsrecht – mithin in ein Gesetz, das den Sukzessionsmodus der Gesamtrechtsnachfolge ausdrücklich normiert und dabei sogar vom „Grundsatz der Erhaltung des gesamten Unternehmens“ abgeht, womit Vertragspartner, die „an einer Leistung ‚durch ein bestimmtes Unternehmen‘ interessiert“ sind, ungleich mehr als bei bloßen Unternehmensübertragungen im Wege der Universalsukzession in ihren Interessen „betroffen“ sind (vgl hiezu *Klein-dieck*, ZGR 1992, 518 ff) –, dann zeigt sich, dass hinsichtlich der Schutzwürdigkeit der Vertragspartner in der Regel ausschließlich auf die „Sicherstellung“ finanzieller Ansprüche abgestellt wird (vgl *Mertens*, Umwandlung und Universalsukzession, 177). Die Frage, ob der der Restpartei nun „aufgedrängte“ neue Vertragspartner dieser etwa gleich „sympathisch“ ist, ist schlicht irrelevant. Die Restpartei kann sich gegen eine derartige Vertragsübernahme grundsätzlich nicht wehren. All dies spricht mE klar für den von *Enzinger* offenbar verfolgten (pragmatischen) Ansatz, eine Universalsukzession stets dann zuzulassen, solange ein hinreichender Schutz Dritter gewährleistet ist (vgl *Enzinger*, GesRZ 1996, 100), wobei Letzterer – wie sich aus der Interessenwertung des Gesetzes zeigt – eben bloß „monetärer Natur“ zu sein scheint und auf schlichte personenbezogene Gründe keine Rücksicht genommen wird (vgl hiezu *Hügel*, Gesamtrechtsnachfolge und Strukturverbesserungsgesetz, 26 ff).

²⁸²) Vgl hiezu zB *Posner*, *Economic Analysis of Law*⁴, 13 f.

²⁸³) Vgl hiezu auch beispielhaft die Exemption des Unternehmens bei der Frage der Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens nach Ehescheidung und die diesbezüglichen Ausführungen *Edbachers* in FS Wagner, Das Unternehmen in der scheidungsrechtlichen Vermögensaufteilung, 98: „... So werden auch in Hinblick zwei Bestrebungen gegensätzlicher Art einander gegenüberstehen: einerseits der Wunsch, eine Ehe mit einem solchen Ausgleich abzuschließen, der jedem Ehegatten einen billigen und gerechten Anteil an den ehelichen Gütern zuweist, und andererseits die Notwendigkeit – und hier spielen die volkswirtschaftlichen und sozialpolitischen Erwägungen eine die privaten Anliegen überschattende Rolle – ein Unternehmen nicht in seinem Bestand zu schädigen.“ Ebenso *Grass*, Kritik an ‚Das Unternehmen in der Vermögensteilung nach Scheidung‘ (Heft 1/83), RdW 1984, 7: „... Das Interesse des Unternehmens ist den Ansprüchen des geschiedenen Ehegattens übergeordnet. Das ist nichts Unbilliges.“

²⁸⁴) Auch firmenbuchrechtlich wären beide Vorgänge gleich zu behandeln, uzw mit einer „deklarativen“ Eintragung nach § 3 Z 15 FBG als „Vorgang, durch den ein Betrieb oder Teilbetrieb übertragen wird.“ (vgl *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 83; unrichtig daher *Hügel* in FS Koppensteiner, 92).

²⁸⁵) Vgl *Enzinger*, GesRZ 1996, 100; *ders*, wbl 1997, 5.

²⁸⁶) So zB *Kalss/Schauer*, Allgemeines Handelsrecht, 154.

²⁸⁷) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ I, 47.

²⁸⁸) *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen³, 214; näher hiezu *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz², 144 ff. Die bloße Meinung eines Rechtsanwenders, eine Regelung sei rechtspolitisch wünschenswert, rechtfertigt die Annahme einer Gesetzeslücke daher noch nicht (*Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³, 197 ff).

sämtliche Beteiligten wirtschaftlich kein Unterschied besteht.²⁸⁹⁾ Dass sich der einzige praktische Unterschied zwischen der Übertragung sämtlicher Anteile einerseits und der des Unternehmens der OHG andererseits, nämlich dass beim Share Deal, weil nach hL eine Einmann-Personengesellschaft nicht möglich ist, die Gesellschaft automatisch erlischt, während dies beim Asset Deal nicht zwingend der Fall ist,²⁹⁰⁾ nicht negativ auf Dritte auswirkt, wurde unter Hinweis auf die Bestimmung des § 1395 ABGB²⁹¹⁾ bereits aufgezeigt.

Bejaht man folglich das Vorhandensein einer Lücke, so könnte an einer „Füllung“ dieser im Wege einer Gesetzesanaloge – in concreto mit Hilfe der Bestimmung des § 142 HGB – oder aber mittels Rechtsanalogie gedacht werden, wobei der Unterschied zwischen diesen beiden Methoden darin liegt, dass bei der Gesetzesanalogie eine vorhandene Regel auf einen „ähnlichen Tatbestand“ übertragen wird, während die Rechtsanalogie vorhandene Regeln auf einen allgemeinen Grundsatz zurückführt, der dann auf die gesetzlich nicht erfassten Fälle bezogen wird.²⁹²⁾ Ein derartiger „allgemeiner Grundsatz“ im Hinblick auf Umgründungen könnte etwa darin erblickt werden, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung gesellschaftsrechtlicher Universalsukzessionstatbestände stets – wie *Mertens* es ausführt – „wirtschaftliche Probleme der Unternehmenskonzentration oder des Rechtsformwechsels allgemein habe regeln wollen“.²⁹³⁾ Zumindest aber hatte die gesetzgeberische Zielvorgabe immer dahin gehend gelautet, Unternehmensübertragungen wesentlich zu erleichtern, gleichzeitig aber auch für „einen angemessenen Schutz der Interessen Dritter zu sorgen“.²⁹⁴⁾

Das einfachere Mittel der Lückenfüllung ist jedoch freilich die Gesetzes- oder Einzelanalogie. Hier wird die für einen bestimmten Einzeltatbestand angeordnete Rechtsfolge – etwa die für den Tatbestand des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer zweigliedrigen Personenhandelsgesellschaft angeordnete Rechtsfolge der Universalsukzession – auf einen dem Wortlaut nach nicht geregelten Sachverhalt erstreckt, weil nach der im Gesetz zum Ausdruck kommenden Wertung anzunehmen ist, dass der geregelte und der ungeregelte Fall in den maßgeblichen Voraussetzungen übereinstimmen.²⁹⁵⁾

Die bisher angestellten Überlegungen in puncto „Universalsukzession per analogiam“ wären allerdings vergebliche Mühe, folgte man der Ansicht, es gelte ein „allgemeiner Grundsatz in der Dogmatik der Gesamtrechtsnachfolge (dahin gehend), dass sie nur in den gesetzlich angeordneten Fällen stattfindet“.²⁹⁶⁾ So meint etwa *Grünwald*, dass dem Modus der Einzelrechtsnachfolge „ein besonders hoher Stellenwert in unserer Rechtsordnung“ eingeräumt wird und dass „die Schaffung von diesbezüglichen Ausnahmen – eben von Tatbeständen der Universalsukzession – ... daher grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehalten sein (muss)“.²⁹⁷⁾ Nun sind zwar zu einem Grundsatz Ausnahmen und zu einem Numerus clausus grundsätzlich auch Analogien möglich,²⁹⁸⁾ doch scheint in der deutschen Literatur zum Umgründungsrecht in der Tat

Einigkeit darüber zu bestehen, dass – obwohl eine kodifikatorische Geschlossenheit des gesamten Umgründungsrechts mE nie uneingeschränkt verwirklicht werden kann und Lücken daher nicht nur unabwendbar, sondern geradezu notwendig sind, um die Elastizität und Anpassungsfähigkeit eines Gesetzes zu erhalten²⁹⁹⁾ – der

²⁸⁹⁾ Vgl hiezu OGH 6.9.1990, 6 Ob 564/90 in RdW 1991, 12 = *ecolex* 1991, 24. Bezeichnend auch die E OGH 13.4.2000, 6 Ob 8/00w in *ecolex* 2001/17 = wbl 2000/317 = RdW 2000/653 = GBU 2000/11/01 = RWZ 2000/75, in der die Einbringung aller Kommanditanteile in die Komplementär-GmbH mit der Einbringung eines Unternehmens wirtschaftlich gleichgesetzt werden. Überdies führte der OGH aus dass es „ein Wertungswiderspruch (ist), wenn nur das gesetzliche Übernahmsrecht nach § 142 HGB als Universalrechtsnachfolge aufgefasst wird, die auf dasselbe Ergebnis gerichtete Vereinbarung über das Ausscheiden der Gesellschafter und die Geschäftsübernahme des einzigen verbliebenen Gesellschafters aber anderen Regeln unterworfen wird“. Genauso muss es mE ein Wertungswiderspruch sein, wenn zwar alle Gesellschaftsanteile im Wege der Universalsukzession übertragen werden können, nicht jedoch das gesamte Vermögen der OHG, wenn Dritte bei beiden Vorgängen in gleichem Ausmaß betroffen werden.

²⁹⁰⁾ Zur Frage des Fortbestands der Gesellschaft bei „Wegfall“ deren Unternehmens vgl *Hochedlinger*, Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen, Unternehmen und Betrieben bei Personenhandelsgesellschaften, 8 mwN.

²⁹¹⁾ Näher hiezu *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 137.

²⁹²⁾ *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ I, 29.

²⁹³⁾ Vgl *Mertens*, Umwandlung und Universalsukzession, 53.

²⁹⁴⁾ *Mertens*, Umwandlung und Universalsukzession, 73.

²⁹⁵⁾ Vgl *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ I, 27. Fraglich indes ist jedoch, ob überhaupt eine analoge Anwendung der Bestimmung des § 142 HGB vonnöten ist, zumal der Wortlaut des § 142 HGB sich durchaus auf eine Übertragung des Unternehmens als solchen bezieht. Schließlich spricht § 142 HGB nicht etwa von Gesellschaftsanteilen, sondern vielmehr davon, dass der verbleibende Gesellschafter „das Geschäft“, mithin das Unternehmen, „ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven“ übernimmt. Eine bloße Wortinterpretation würde daher für eine unmittelbare Anwendung von § 142 HGB auf Unternehmensübertragungen sprechen und folglich die hier problematisierte Gesetzesanalogie entbehrlich machen. *K. Schmidt* führt freilich hiezu aus, dass die vom Gesetzgeber getroffene Formulierung „irreführend“ ist. Die Gesetzssystematik sowie insbesondere eine historische Auslegung des § 142 HGB weisen darauf hin, dass einziger Zweck der Bestimmung es ist klarzustellen, dass eine Ausschließung nach § 140 bzw § 141 HGB auch dann möglich sein soll, wenn keine Mehrpersonengesellschaft mehr übrig bleibt. Daran, § 142 HGB als unmittelbare Rechtsgrundlage für Unternehmensübertragungen im Wege der Universalsukzession zu verstehen, ist daher nach *K. Schmidt* nicht zu denken (vgl *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB⁵ § 142 Rz 30; *ders* in FS Frotz, 402 f).

²⁹⁶⁾ *Mertens*, Umwandlung und Universalsukzession, 10 mwN; ebenso OGH 29.9.1964, 8 Ob 280/64 (SZ 37/132). Ein Analogieschluss hat – wie *Rüffler* darlegt – weiters dann zu unterbleiben, wenn eine gewollte und bewusste Differenzierung des Gesetzgebers nachweisbar ist (näher hiezu *Rüffler*, wbl 2001, 349). Hievon kann jedoch hier nicht die Rede sein, ist die hier gegenständliche Lückenhaftigkeit doch erst nachträglich – nämlich aufgrund der steten Erweiterung der Anwendungsbereiche der Bestimmung des § 142 HGB durch die Rspr – entstanden.

²⁹⁷⁾ *Grünwald*, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 75.

²⁹⁸⁾ Vgl *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz², 181 ff; ebenso *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ I, 28 mwN. Freilich muss diesfalls, selbst wenn die allgemeinen Analogievoraussetzungen vorliegen, überdies die methodische Regel berücksichtigt werden, dass Analogien zu einem Numerus clausus nicht zur Bildung allgemeiner, alle Einzelfälle erfassenden Prinzipien führen dürfen, da sonst das Regelungsinstitut des Numerus clausus selbst negiert würde (vgl *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz², 184).

²⁹⁹⁾ Vgl hiezu *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, 3.

Sukzessionsmodus der Gesamtrechtsnachfolge durch Analogie nicht übertragungsfähig sein soll.³⁰⁰⁾

Diese Ansicht scheint jedoch zumindest in Österreich – wohl auch mangels einer § 1 Abs 2 dUmwG vergleichbaren gesetzlichen Bestimmung³⁰¹⁾ – nicht einhellige Lehre zu sein³⁰²⁾ und es verblüfft dieser in der deutschen Literatur vertretene Ansatz vor allem dann, wenn man die bisherige, immer extensivere Handhabung der Vorschrift des § 142 HGB in Theorie und Praxis betrachtet.

K. Schmidt hat nun angesichts dieses Dilemmas³⁰³⁾ die Ansicht vertreten, dass vom Numerus clausus des § 1 Abs 2 dUmwG bloß rechtsgeschäftliche Umgründungsvorgänge erfasst sind, „gesetzliche Umwandlungsvorgänge dagegen auch dann nicht, wenn ihre tatbeständlichen Voraussetzungen durch Rechtsgeschäft geschaffen werden können“.³⁰⁴⁾ Die „Geschäftsübernahme nach § 142 HGB“ sei stets eine „Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzes“³⁰⁵⁾ und habe daher mit einem Numerus clausus nichts zu tun.³⁰⁶⁾ Enzinger und Grünwald haben jedoch dargelegt, dass die Annahme, die Universalsukzession nach § 142 HGB sei stets, insbesondere auch bei der vertraglich vereinbarten Geschäftsübernahme durch den letztverbleibenden Gesellschafter, eine gesetzliche, die Tatsache negiert, dass „die Auflösung der Gesellschaft außerhalb der gesetzlich vorgesehenen und nur in Ausnahmefällen eingreifenden Übernahmeklage zur Liquidation führt“.³⁰⁷⁾ Ein vertraglich vereinbartes Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters und die Übernahme des Unternehmens durch den verbleibenden ist daher in Wahrheit ein Fall der „Gesamtrechtsnachfolge kraft Rechtsgeschäfts“.³⁰⁸⁾

Unabhängig davon, dh auch wenn man Enzinger und Grünwald in dieser Frage nicht folgt und mit K. Schmidt die Vermögensübernahme nach § 142 HGB bei Personhandelsgesellschaften in der Tat stets als „Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzes“ begreifen will,³⁰⁹⁾ wäre aber mE jedenfalls die vom OGH ausdrücklich für zulässig erachtete analoge Anwendung des § 142 HGB auf die GesbR als rechtsgeschäftlicher Vorgang zu begreifen.³¹⁰⁾

Hat man nun aber einmal den Weg eingeschlagen, die Regelung des § 142 HGB als allgemeines Prinzip der Erleichterung der Unternehmenskontinuität zu begreifen,³¹¹⁾ um in der Folge bei Fragen der analogen Anwendung dieser Bestimmung entsprechend „großzügig“ vorgehen zu können, dann darf – um Wertungsdisparitäten zu vermeiden – hinsichtlich weiterer, ähnlich gelagerter Fälle nicht vor einer abermaligen Analogie Halt gemacht werden. Auch Karollus hat im übrigen darauf hingewiesen, dass „gerade bei unternehmensrechtlichen Vorgängen“ das Institut der Gesamtrechtsnachfolge – anders als im Erbrecht³¹²⁾ – bloß als rechtstechnischer Ansatz zur Erleichterung der Kontinuität betrachtet werden muss; ob hierfür Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge vom Gesetzgeber vorgesehen wurde, „ist vielfach Zufall“.³¹³⁾

Jedenfalls aber mutet es etwas eigenartig an, wenn die aktuelle Judikatur zwar die Sinnhaftigkeit einer Unternehmensübertragung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge

durchaus erkennt,³¹⁴⁾ gleichzeitig aber eine analoge Anwendung des § 142 HGB auf Unternehmensübertragungen wegen rechtsdogmatischer Bedenken betreffend die Universalsukzession ablehnt und dabei vor allem auf Hügel im Jahr 1982 verfasste Darstellung zur Thematik Gesamtrechtsnachfolge und Einbringungen verweist, ohne zu erkennen, dass das Institut der Universalsukzession zwischeneitig einem massiven Wandel unterworfen war.³¹⁵⁾

³⁰⁰⁾ Vgl Lutter in Lutter, UmwG², § 1 Rz 24; ebenso Grünwald, der allerdings zugleich auf allfällige hieraus resultierende verfassungsrechtliche Probleme hinweist (Grünwald, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 76; vgl auch Rüdfler, wbl 2001, 349). Auch Canaris verweist auf das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot und führt überdies aus, dass „(j)edes Analogieverbot ... prima facie etwas „Anstößiges“ an sich hat und daher besonderer Rechtfertigung bedarf (vgl Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz², 183).

³⁰¹⁾ Vgl hierzu Lutter in Lutter, UmwG², § 1 Rz 22: „(§ 1 Abs 2 UmwG) wird ein umwandlungsrechtliches Analogieverbot entnommen.“

³⁰²⁾ Vgl zB Enzinger, GesRZ 1996, 100. Zuletzt hat Rüdfler eine analoge Anwendung von den Sukzessionsmodus der Gesamtrechtsnachfolge ausdrücklich anordnenden Vorschriften auf wirtschaftlich idente bzw vergleichbare Fälle grundsätzlich bejaht (vgl Rüdfler, wbl 2001, 347). Auch Krejci scheint eine „Analogie zu den Universalsukzessionsregeln“ auf Unternehmensübertragungen keineswegs schlechthin zu verneinen (vgl Krejci, ÖJZ 1975, 453).

³⁰³⁾ Vgl hierzu auch die ausdrückliche Klarstellung durch den deutschen Gesetzgeber in den Materialien, dass trotz des Wortlautes des § 1 Abs 2 dUmwG auch weiterhin eine „Anwachsung nach § 105 Abs 2 HGB iVm § 738 BGB“ möglich sein sollte, in Kallmeyer in Kallmeyer, Umwandlungsgesetz², § 1 Rz 22.

³⁰⁴⁾ Vgl K. Schmidt, ZGR 1990, 590 f.

³⁰⁵⁾ K. Schmidt, AcP 191 (1991), 509 f; ebenso ders in FS Frotz, 404 f).

³⁰⁶⁾ K. Schmidt, ZGR 1990, 590 f.

³⁰⁷⁾ Enzinger, GesRZ 1996, 100.

³⁰⁸⁾ Vgl Grünwald, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 71 ff.

³⁰⁹⁾ Vgl K. Schmidt, AcP 191 (1991), 509 f.

³¹⁰⁾ Vgl hierzu OGH 21.5.1981, 7 Ob 523/81 in GesRZ 1981, 225 = SZ 54/84, der – ganz in diesem Sinne – ausführt, dass eine Zweimanngesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters erlischt und grundsätzlich zur Vollbeendigung im Sinne des § 1215 ABGB führt, wenn die Gesellschafter nicht „nach der im Schuldrecht geltenden Vertragsfreiheit“ eine Gesamtrechtsnachfolge nach § 142 HGB vereinbaren.

³¹¹⁾ Vgl etwa dazu die E BGHZ 32, 307, in der der BGH die analoge Anwendung des § 142 HGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Argument bejahte, dass Ratio dieser Bestimmung der der Unternehmenserhaltung sei und dass dieser Gedanke nicht auf die Handelsgesellschaften beschränkt bleiben könne (eingehend dazu K. Schmidt, Gesellschaftsrecht³, 1727 f).

³¹²⁾ Vgl hierzu Grünwald, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 90 f; ähnlich Rüdfler, wbl 2001, 352 sowie Hügel in FS Koppensteiner, 99.

³¹³⁾ Karollus, ÖJZ 1995, 295.

³¹⁴⁾ Vgl OGH 23.1.1986, 6 Ob 1/86 in EvBl 1986/180 = RdW 1986, 143 = JBl 1986, 454 = SZ 59/20 = NZ 1987, 102 = HS 16.340: „Es mag in der Tat aus wirtschaftspolitischer Sicht zweckmäßig erscheinen, an die Einbringung des gesamten Unternehmens der übertragenden Gesellschaft die umfassende Gesamtrechtsnachfolge zu knüpfen. Für die hierfür unbedingt erforderlichen flankierenden Maßnahmen (Publizität, Gläubigerschutz usw) bietet die geltende Rechtslage jedoch keine ausreichende Grundlage (vgl Hügel, Gesamtrechtsnachfolge und Strukturverbesserungsgesetz, 48).“

³¹⁵⁾ So vertrat Hügel im Jahr 1982 die Ansicht, dass nach einem Asset Deal nach wie vor zwei Rechtssubjekte existierten, was mit dem Rechtsinstitut der Gesamtrechtsnachfolge unvereinbar sei. Außerdem müsse im Zusammenhang mit Einbringungsvorgängen die Zulässigkeit einer Universalsukzession aus haftungsrechtlichen Gesichtspunkten verneint werden, da diese zwingend mit einer privaten Schuldübernahme verbunden sei (vgl Hügel, Gesamtrechtsnachfolge

V. Conclusio

Es ist klar, dass der hier propagierte Ansatz nicht ungeteilte Zustimmung finden wird. Erfüllt hat der gegenständliche Beitrag aber bereits seinen Zweck, wenn der eine oder andere Denkanstoß im Hinblick auf das gewandelte Verständnis betreffend eine Reihe wesentlicher Fragen im Zusammenhang mit Personengesellschaften gegeben werden konnte; dies allenfalls auch mit Blickrichtung auf eine in Zukunft vielleicht doch noch mögliche Kodifizierung des gesamten Umgründungsrechts,³¹⁶⁾ im Zuge derer nicht nur die derzeit vielfach monierte „Unübersichtlichkeit, schwere Lesbarkeit und vor allem die durch ungenau oder unbedacht formulierte Verweise entstehenden Unsicherheiten in der Auslegung und Anwendung der Gesetze“³¹⁷⁾ beseitigt werden, sondern – zumal sich die derzeitigen Regelungen vor allem an Kapitalgesellschaften richten³¹⁸⁾ – in die neu zu schaffende Systematik sich verstärkt im Zusammenhang mit Personenhandelsgesellschaften stellende Fragen Berücksichtigung finden und auf diese Art und Weise auch eine Reihe derzeit vorhandener „Lücken“ geschlossen werden können.³¹⁹⁾

Letztlich sei am Schluss die Anmerkung gestattet, dass Rechtsdogmatik nicht Selbstzweck sein kann und darf. So fordert – wie *F. Bydlinski* es formuliert – der „Grundwert der Zweckmäßigkeit ..., die positiven Rechtsnormen so zu gestalten, dass sie geeignet sind, die jeweils gesetzten Zwecke zu erreichen,“ wobei der „jeweils gesetzte Zweck ... nicht nur mit zu seiner Erreichung überhaupt geeigneten Mitteln, sondern mit dem Mittel zu verfolgen (ist), das unter allen geeigneten Mitteln den geringsten Aufwand einschließlich der geringsten Nebenwirkungen erfordert.“³²⁰⁾ Anders gewendet:

Nicht nur am Kriterium der Effektivität, sondern auch am Maßstab der Effizienz gilt es den Gesetzgeber zu messen.³²¹⁾

und Strukturverbesserungsgesetz, 41). Der Ordnung halber sei an dieser Stelle aber festgehalten, dass *Hügel* selbst besagte Rechtsauffassungen nunmehr als Ausführungen „zum Sachproblem früher“ bezeichnet (*Hügel*, *ecolex* 1996, 531).

³¹⁶⁾ Die Kodifizierung eines einheitlichen Umgründungsrechts wurde in den letzten Jahren insbesondere gefordert von *Hoffmann*, EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz, *AnwBl* 1995, 767, *Hügel*, Das neue Spaltungsgesetz und die Reform des Umgründungsrechts, *ecolex* 1996, 543 ff, *Enzinger*, *wbl* 1997, 7 f, *Umfahrer*, Ausgewählte Probleme und Zweifelsfragen bei der Anwendung des EU-GesRÄG in Umgründungsvorgängen, *GesRZ* 1997, 1 und *G. Nowotny*, Umgründungsrecht wohin? Oder: Der Hilferuf eines Firmenbuchrichters, *ecolex* 2000, 116.

³¹⁷⁾ Vgl *Umfahrer*, *GesRZ* 1997, 1.

³¹⁸⁾ Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, 13.

³¹⁹⁾ Vgl *Enzinger*, *wbl* 1997, 7 f. Freilich ist klar, dass eine kodifikatorische Geschlossenheit bei großen Gesetzesvorhaben stets nur als Leitbild, das sich de facto nie vollständig verwirklichen lässt, dienen kann, doch ist unbestritten, dass im Rahmen eines einheitlichen Umgründungsrechts – gemäß dem Postulat, wertungsmäßig vergleichbare Interessenkonflikte nach Möglichkeit homogen zu lösen (vgl hiezu ausführlich *Noll*, Gesetzgebungslehre, 202 ff) – jedenfalls zumindest zahlreiche derzeit vorhandene Wertungsdisparitäten eingeebnet werden könnten (vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, 3).

³²⁰⁾ *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff², 330 f.

³²¹⁾ So ist es auch insbesondere die Disziplin der „ökonomischen Analyse des Rechts“, die die Zweckmäßigkeit von Regelungen vor allem unter dem Gesichtspunkt der Minimierung von „Transferkosten“ zu beurteilen versucht (grundlegend hiezu *Posner*, *Economic Analysis of Law*⁴, 1 ff; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts², 2 ff), und es sollte zumindest bzw gerade dieser dogmatische Ansatz sein, welcher der hier vorgeschlagenen Universalsukzession nach § 142 HGB im Zusammenhang mit Unternehmenstransaktionen bei Personenhandelsgesellschaften keinesfalls ablehnend gegenüberstehen dürfte.