

Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Vermögensordnung und Insolvenz

Ein vertikaler Rechtsvergleich vor und nach
der GesBR-Reform 2015

Martin Spitzer, Wien

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Auswirkungen der Insolvenzeröffnung auf die GesBR
 - A. GesBR alt
 - 1. Ausschluss
 - 2. Antizipation
 - 3. Austritt
 - B. GesBR neu
- III. Insolvenz und Gesellschaftsvermögen
 - A. Sachenrechtliche Vermögensordnung
 - 1. Widmung quoad dominium
 - 2. Widmung quoad usum
 - 3. Widmung quoad sortem
 - B. Forderungen und Verbindlichkeiten
 - 1. Rechtsnatur
 - 2. Einbettung in Vertragsverhältnisse
 - 3. Forderungen außer Konten
 - 4. Konten
- IV. Überblick über die Ergebnisse
- V. Gesamtbetrachtung

Ein Thema zu finden, das den Jubilar interessiert, fällt leicht. Das gilt auch für die GesBR, zu der sich der Jubilar vielfach geäußert hat.¹⁾ Dass man dennoch (noch) etwas dazu sagen kann, liegt daran, dass der Gesetzgeber durch die GesBR-Reform die Karten neu gemischt hat. Das Gesetz normiert nunmehr unter anderem ausdrücklich, was Christian Nowotny schon zum alten Recht gelehrt hat,²⁾ sodass sich der Kreis schließt.

1) Vgl. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/1 ff; Nowotny, Arbeitsaufträge der öffentlichen Hand an Arbeitsgemeinschaften, in Wenger (Hrsg), Ausgewählte Probleme des öffentlichen Vergabewesens (1978) 143 ff; Doralt/Grün/Nowotny, Die Rechtsform-Entscheidung in der Projektorganisation (1978) 80 ff; Doralt/Grün/Nowotny, Die Bedeutung der Rechtsform und ihrer Ausgestaltung für die Organisation von Entscheidungsprozessen, ZGR 1981, 249; Nowotny, Ehescheidung und Unternehmensvermögen, ÖJZ 1988, 609.

2) Siehe dazu unten III.A.1.b.

Der Verfasser hofft, dass die folgenden Ausführungen zu alten und neuen Streitfragen an der Schnittstelle von Zivilrecht, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht das Interesse des Jubilars finden. Er gratuliert damit sehr herzlich zum Geburtstag und dankt ebenso herzlich für vielerlei Wohlwollen, das der Jubilar ihm erwiesen hat, insbesondere für die freundliche Unterstützung und Aufnahme am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht der WU Wien, das Christian Nowotny als Institutsvorstand seit vielen Jahren prägt.³⁾

I. Einleitung

Der Urbestand des ABGB zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts in den §§ 1175 ff bildete mit nur wenigen Streichungen und Novellierungen⁴⁾ für über 200 Jahre – konkret bis zum 31. Dezember 2014⁵⁾ – den rechtlichen Rahmen für eine Gesellschaftsform, die heute ganz verschiedenen Zwecken genügen muss, die von Streichquartetten zu Bau-ARGEs, und von Syndikatsverträgen über Kreditkonsortien bis hin zu hausbauenden Ehegatten reichen können. Die Schwierigkeit, all diesen Aufgaben gerecht zu werden, und der häufig als veraltet empfundene Normenbestand haben vielfach den Ruf nach Reformen laut werden lassen.⁶⁾

Im Zentrum dieser Reformbestrebungen standen die Vermögensordnung, die Geschäftsführung und Vertretung sowie die Beendigung der GesBR.⁷⁾ Die längste Zeit wurde dabei kein besonderes Augenmerk auf das Problem der Insolvenz eines GesBR-Gesellschafters gelegt. Was der Gesetzgeber bei seiner im November 2014 beschlossenen und mit 1. Jänner 2015 in Kraft getretenen GesBR-

3) Christian Rabl sowie Friedrich Rießler/Julia Told haben Fragen der Insolvenz eines GesBR-Gesellschafters anlässlich der Alpine-Insolvenz ausführlich in Rechtsgutachten zur alten Rechtslage untersucht. Alle drei haben mir – soweit dies möglich war – ihre Gedankengänge zugänglich gemacht, wofür ich sehr herzlich danke und wovon ich bei der Beschäftigung mit diesem Thema sehr profitiert habe. Der vorliegende Festschriftbeitrag ist die stark erweiterte Fassung von Vorträgen, die der Verfasser 2014 am Insolvenz-Forum Grundlsee und 2015 im Rahmen der Insolvenztagung in Stegersbach gehalten hat.

4) Vgl zur Entwicklungsgeschichte Kalss, Die Entwicklung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts über 200 Jahre, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 441.

5) Zu intertemporalen Fragen siehe § 1503 Abs 5 ABGB.

6) Für viele Jabornegg/Resch/Slezak, Gesellschaft bürgerlichen Rechts (2012) § 1175 Rz 39 und in FN 1.

7) Vgl zur Reformdiskussion etwa Harrer/Pira, Gewinn, Verlust und Mitarbeit der Gesellschafter, GES 2012, 43; Krejci, Zur Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in FS Hopf (2007) 115; ders., GesBR-Reform: Zum ministeriellen Diskussionsentwurf, GES 2012, 4; Lentsch, Insolvenzverfahren über das Vermögen der ALPINE Bau GmbH, in Konecny (Hrsg), Insolvenzforum 2013 (2014) 73 (83); Rießler/Told, Zu den Rechtsfolgen des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer GesBR de lege lata und nach dem Ministerialentwurf zur GesBR-Reform, in FS Reich-Rohrwig (2014) 141 (142 f); Schauer, Strukturmerkmale des Diskussionsentwurfes zur GesBR und Reflexionen über Kritik, GES 2012, 51; K. Schmidt, Reform des GesBR-Rechts in Österreich, GES 2012, 22; Told, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (2011); Torggler, Grundfragen der GesBR-Reform, GES 2012, 32.

Reform⁸⁾ vorsieht, führt dennoch zu einer völligen Neuordnung dieses Problemkreises. Die Bedeutung der Reform erschließt sich freilich nur, wem die alten (Streit-)Fragen präsent sind, sodass der vorliegende Beitrag einen vertikal vergleichenden Zugang wählt und auch auf die – in vielen Verfahren nach wie vor anwendbare – alte Rechtslage und deren offene Fragen eingeht.

Allen folgenden Überlegungen vor auszuschicken ist, dass die GesBR nach schon bisher völlig hA⁹⁾, die der Gesetzgeber nunmehr ausdrücklich bestätigt hat (§ 1175 Abs 2 neu), keine juristische Person ist. Zurechnungsobjekt von Rechten und Pflichten sind daher stets die Gesellschafter selbst, niemals aber die GesBR. Dass die Gesellschafter Eigentümer, Gläubiger und Schuldner sind, ist immer mit zu bedenken, wenn vom „Gesellschaftsvermögen“¹⁰⁾ oder von „Gesellschaftsverbindlichkeiten“ die Rede ist.

In der Insolvenz stellt sich vor allem die Frage des Schicksals des Gesellschaftsvermögens. Bevor dem nachgegangen werden kann, ist freilich die Auswirkung der Insolvenzeröffnung auf die Gesellschaft zu klären.

II. Auswirkungen der Insolvenzeröffnung auf die GesBR

A. GesBR alt

1. Ausschluss

Das Gesetz knüpft an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über einen GesBR-Gesellschafter bisher keine *ipso iure* eintretenden Rechtsfolgen. Insbesondere führt die Insolvenzeröffnung nicht zur Auflösung der Gesellschaft nach § 1205 ABGB.¹¹⁾ § 1210 ABGB anerkennt allerdings die Konkursöffnung¹²⁾ über einen Gesellschafter als Grund für seinen Ausschluss. Der Ausschluss erfordert einen Beschluss der übrigen Mitgesellschafter und erfolgt nicht *ipso iure*.¹³⁾ Wirksam wird die Ausschließung durch die außergerichtliche Erklärung an den

8) BGBl I 2014/83. Zu intertemporalen Fragen siehe § 1503 Abs 5 ABGB.

9) Statt aller *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/25*.

- 10) Das GesBR-Vermögen setzt sich aus dem – freilich nicht zwingend zu bildenden – Hauptstamm (Kapital), also den zum Gesellschaftszweck gewidmeten Vermögenswerten, und der Summe aller sonst zum Geschäftsbetrieb gehörenden Vermögenswerte zusammen. Die Beteiligungsverhältnisse richten sich meist nach dem Beitrag zum Hauptstamm, sodass Arbeitsgesellschafter, wenn deren Leistung nicht zum Hauptstamm veranschlagt wird, nicht am Gesellschaftsvermögen beteiligt sind. Gibt es keine gesellschaftsvertragliche Festlegung und kann die Beteiligung auch nicht aus dem Hauptstamm bestimmt werden, sind die Anteile nach § 839 ABGB und der Rsp im Zweifel gleich groß.
- 11) *König*, Das „Gesellschaftsvermögen“ im Konkurs der GesBR, ZIK 1996, 73 (74f) hat freilich darauf hingewiesen, dass ausnahmsweise die Insolvenz eines Gesellschafters auch zur Auflösung der Gesellschaft führen kann, nämlich dann, wenn einer der Tatbestände des § 1205 ABGB verwirklicht werde, wobei er insbesondere an die Zweckvereitelung bzw den Verlust des Hauptstammes denkt.
- 12) Das Sanierungsverfahren berechtigt nicht zum Ausschluss, vgl *Trenker*, Vermögensstruktur einer Bau-ARGE und ihre insolvenzrechtlichen Probleme, ZRB 2014, 111 (112) mwN dort FN 11.
- 13) Zur Vereinbarung des Ausschlusses im Gesellschaftsvertrag siehe II.A.2.

Auszuschließenden,¹⁴⁾ wobei eine Kontrolle erst nachgeschaltet durch Feststellungsklage erfolgt.¹⁵⁾

Diese Regel ist unkompliziert als eine Ausprägung des Grundsatzes zu verstehen, dass Dauerschuldverhältnisse jederzeit aus wichtigem Grund aufgelöst werden können.¹⁶⁾ Allerdings ist dieser Grundsatz insolvenzrechtlich bekanntlich durch § 25a IO eingeschränkt, der vorsieht, dass Vertragspartner des Gemeinschuldners solche Verträge, deren Auflösung die Fortführung des gemeinschuldnerischen Unternehmens gefährden könnte, bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur aus wichtigem Grund auflösen können.¹⁷⁾

§ 25a wird § 25b IO zur Seite gestellt, der die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens grundsätzlich für unzulässig und damit für unwirksam erklärt. So wird ein Umgehungsschutz für § 25a IO positiviert.

Die Anwendbarkeit der §§ 25a, b IO auf Gesellschaftsverträge ist freilich stark umstritten,¹⁸⁾ sie ist für die hier interessierenden Fragen aber – zumindest auf erster Ebene – auch nicht ausschlaggebend, da die Mat explizit all jene Verträge von der Auflösungssperre ausklammern, für die das Gesetz spezielle Auflösungsbestimmungen gerade für den Insolvenzfall vorsieht. Ob dies immer das Ergebnis einer gesetzgeberischen Wertung war oder manchmal einfach die Sorge, bei einer pauschalen Auflösungssperre im Wege materieller Derogation unerwünschte Rechtsfolgen an unerwarteten Stellen auszulösen, ist nicht bekannt. Für den konkreten Fall ist das aber auch irrelevant, da hier § 1210 ABGB einschlägig ist, auf den die Mat sogar explizit als Beispiel einer zu erhaltenden Norm verweisen.¹⁹⁾ Somit ist klar, dass der Ausschluss auf Grund eines Konkursverfahrens nach § 1210 ABGB zulässig und mit § 25a IO vereinbar ist. Sachlich lässt sich diese ausnahmsweise bestehende Lösungsmöglichkeit durch die personalistische

14) *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR § 1210 Rz 10 ff; *Rüffler/Told* in FS Reich-Rohrwig 145.

15) *Enzinger*, Ausschluß aus Personengesellschaften und das Wohl des Unternehmens, in FS Frotz (1993) 217 (233); anders noch *Strasser*, Die Beendigung der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht (1969) 50 f; OGH RIS-Justiz RS0022141.

16) *F. Bydlinski*, Der Ausschluß aus einer zweipersonalen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (am Beispiel einer anwaltlichen Regiegemeinschaft), in GS Schönherr (1986) 155 (156).

17) ErläutRV zum IRÄG 2010, 612 BlgNR 24. GP 13.

18) Gegen eine Anwendung: *Eckert*, Insolvenz von Gesellschaftern, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenzforum 2010 (2011) 59 (63 ff); *Fellner*, Auswirkungen des IRÄG 2010 auf gesellschaftsvertraglich verankerte Aufgriffsrechte, RdW 2010, 259 (259 ff); *Taufner*, Gesellschaftsvertragliche Ausschluss- und Aufgriffsrechte nach dem IRÄG 2010, GesRZ 2011, 157 (157 ff); *Trenker*, GmbH-Geschäftsanteile in Exekution und Insolvenz, JBl 2012, 281 (287 f); *Widhalm-Budak*, Verhinderung der Vertragsauflösung und unwirksame Vereinbarungen, in *Konecny* (Hrsg), ZIK Spezial – IRÄG 2010 (2010) 23 (27). Für eine Anwendung: *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, Die Zulässigkeit von Lösungsklauseln für den Insolvenzfall nach dem IRÄG 2010, insbesondere bei Kreditgeschäften, ÖBA 2010, 818 (818 ff); *Konecny*, Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, ZIK 2010, 82 (86); *Leupold*, Das IRÄ-BG – Überblick und ausgewählte Fragen, ZIK 2010, 167 (170 f); *Schmidsberger*, Gestaltung von GmbH-Verträgen (2011) 61 f; *Umlauf*, Gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte in der Insolvenz des Gesellschafters, NZ 2012, 289 (292 ff).

19) ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13.

Struktur der GesBR zweifellos rechtfertigen, bei der die Gesellschafter noch näher beisammen sind als bei der OG, die ein Ausscheiden des Konkursanten freilich ebenfalls kennt (§ 131 Z 5 UGB).

2. Antizipation

Nicht mehr so klar ist, ob nur der nach Konkurseröffnung gefasste Abschlussbeschluss zulässig ist oder ob es auch möglich wäre, diese Entscheidung bereits im Gesellschaftsvertrag vorwegzunehmen, also zu vereinbaren, dass die Insolvenzeröffnung zum (dann automatischen) Ausschluss des insolventen Gesellschafters führt. Verstoßen solche Klauseln gegen § 25b IO?

Diese Frage wird vom Gesetz nicht explizit beantwortet, sie hängt zunächst einmal von der Beantwortung der Frage ab, ob die §§ 25a, b IO auf Gesellschaftsverträge überhaupt anwendbar sind, sodass sich die auf erster Ebene vermeidbare Frage nach dem Anwendungsbereich der §§ 25a, b IO bei der Prüfung eines antizipierten Ausschlusses doch wieder stellt.²⁰⁾ Das Meinungsbild in der Lit ist ausgesprochen uneinheitlich. Die Argumentationslinien lassen sich auf einige Hauptargumente herunterbrechen:

Gegen eine Anwendung spreche vor allem, dass die §§ 25a, b IO auf synallagmatische Verträge zugeschnitten seien²¹⁾ und die Überschrift zu den §§ 21 – 26a IO „Erfüllung von zweiseitigen Rechtsgeschäften“ laute.²²⁾ Darüber hinaus gebrauche § 25a Abs 2 IO den Begriff Vertragspartner in der Einzahl.²³⁾ Außerdem sei unklar, wie die Anwendung der §§ 25a, b IO das Ziel der Unternehmenssanierung fördern solle. Für GesBR, OG und KG sollten die Lösungsbestimmungen unberührt bleiben.²⁴⁾ Schließlich sei eine Differenzierung zwischen OG, KG und GesBR auf der einen und GmbH und AG auf der anderen Seite bedenklich, weswegen die Anwendbarkeit auf Gesellschaftsverträge aus teleologischen und systematischen Erwägungen generell zu verneinen sei.²⁵⁾

Für die Anwendbarkeit wird hingegen ins Treffen geführt, dass § 1210 ABGB in den Mat explizit als Fall erwähnt wird, der von §§ 25a, b IO nicht berührt wird. Wären die §§ 25a, b IO *a priori* nicht auf Gesellschaftsverträge anzuwenden, wäre der Verweis, dass § 1210 ABGB nicht berührt werde, überflüssig.²⁶⁾

Verneint man die Anwendbarkeit der Auflösungsperre auf Gesellschaftsverträge, ist das Problem gelöst. Bejaht man sie, wofür die besseren Gründe spre-

20) Zu dieser Streitfrage siehe II.A.1.

21) *Taufner*, GesRZ 2011, 158 f.

22) *Widhalm-Budak* in *Konecny*, ZIK Spezial – IRÄG 2010, 27.

23) *Fellner*, RdW 2010, 261 f.

24) *Eckert* in *Konecny*, Insolvenzforschung 2010 67 f.

25) *Trenker*, JBl 2012, 287 f.

26) *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 820 f; *Konecny*, ZIK 2010, 86; sowie *Leupold*, ZIK 2010, 170, die allerdings § 1210 ABGB sowie § 131 Z 5 UGB auf GmbH Geschäftsanteile analog anwenden will; so wohl auch *Umlauft*, Insolvenzeröffnung als gesellschaftsvertraglich vereinbarter Grund des Ausscheidens aus der Gesellschaft: Zulässigkeit nach IRÄG 2010? in FS Roth (2011) 845 (852); *Schmidberger*, Gestaltung 61 f; *Umlauft*, NZ 2012, 292 ff.

chen, wirkt eine gesellschaftsvertragliche Ausschlussklausel *prima facie* bedenklich, weil sie eben in nach § 25b IO verpönte Weise an die Insolvenz anknüpft.

Freilich drängt sich die Frage auf, ob das wie soeben gezeigt unangetastete Ausschlussrecht nach § 1210 ABGB nicht die Wertung nahelegt, dass bei der GesBR solche Ausschlussklauseln ausnahmsweise doch zulässig sein sollen. Zu denken gibt dabei, dass *Mohr* die Zulässigkeit einer Antizipation bei einer insolvenzrechtlichen Fachtagung 2014 nachdrücklich bestritten hat. Demgegenüber hat *Trenker* die Zulässigkeit jüngst ganz unproblematisch bejaht, weil der insolvente Gesellschafter im Ergebnis auch nicht schlechter fahre als bei einer nachträglichen Ausschlussklärung.²⁷⁾

Zu diesem Ergebnis kommen auch *Rüffler/Told*, die auf einen Größenschluss *a maiori ad minus* rekurrieren: Wenn der Ausschlussbeschluss – an dem der insolvente Gesellschafter natürlich nicht mitwirkt²⁸⁾ – zulässig sei, müsse das umso mehr dann gelten, wenn „*der später in Insolvenz geratene Gesellschafter [zu einer gesellschaftsvertraglichen Ausschlussklausel] sogar seine Zustimmung erteilt hat*“. Es könne daher nicht unwirksam sein, wenn auf vertraglicher Basis lediglich das verwirklicht werde, was § 1210 ABGB *ad hoc* durch Beschluss ermögliche.²⁹⁾ Dass dem später insolventen Gesellschafter damit (nur) seine eigene Willensbildung auf den Kopf fällt, ist dabei mE freilich nicht der ausschlaggebende Gesichtspunkt. Um ihn geht es nach der Insolvenzeröffnung ja nicht mehr, die Wahrung seiner Privatautonomie vermag die Zulässigkeit einer Ausschlussklausel daher nicht zusätzlich zu stützen. ME geht es bei dieser Frage nur um eine mögliche Ausstrahlungswirkung von § 1210 ABGB. Soll das Ausschlussrecht nach Konkurseröffnung auch einen für diesen Fall antizipierten Ausschluss ermöglichen oder will man die Gesellschafter zwingen, die Frage erst nach Konkurseröffnung zu überlegen.³⁰⁾ Dass die §§ 25a, b IO Teloi verfolgten, die zwar einen Ausschluss unmittelbar nach Konkurseröffnung rechtfertigen, eine Antizipation aber unzulässig erscheinen ließen, wurde dabei bisher nicht schlüssig nachvollziehbar gemacht. Telos der Auflösungssperre ist jedenfalls, die Fortführung des Unternehmens nicht von Anfang an zum Scheitern zu verurteilen.³¹⁾ Außerdem soll wohl, nachdem in den Mat auch auf die Zwecke des § 11 IO verwiesen wird³²⁾, auch dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit gegeben werden, die Fortführung des Unternehmens hinreichend zu planen³³⁾ und insgesamt in den Genuss einer Ruhepause zu kommen (vgl § 25b Abs 2 IO, der auch anwendbar ist, wenn das Unternehmen nicht fortgeführt wird³⁴⁾). Vor diesem Hintergrund konterkariert ein antizipierter Ausschluss die gesetzgeberischen Regulationsanliegen mE ebenso wenig wie eine nach Konkurseröffnung nach § 1210 ABGB erfolgte – unbestreitbar zulässige – Beschlussfassung.

27) *Trenker*, ZRB 2014, 112.

28) *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/73.

29) *Rüffler/Told*, Folgen des Konkurses eines ARGE-Mitglieds, GES 2014, 221 (223).

30) In diese Richtung wohl *Mohr*.

31) ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 12 f.

32) ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13.

33) *Apathy* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I⁴ § 11 KO Rz 10.

34) *Widhalm-Budak* in *Konecny*, ZIK Spezial – IRÄG 2010, 30.

3. Austritt

Zu bedenken ist schließlich noch die Konstellation, dass die übrigen GesBR-Gesellschafter untätig bleiben, es aber nicht zur Auflösung der Gesellschaft kommt. Diese Konstellation ist praktisch häufiger zu beobachten als man vermuten könnte, so wurde dem Vernehmen nach im Zuge der Alpine-Insolvenz in vielen ARGes kein Ausschlussbeschluss gefällt. Daraus resultiert unkompliziert, dass die Gesellschaft mit der Masse in Gestalt des Insolvenzverwalters weiterbesteht und dass die Masse nach wie vor an den Gesellschaftsvertrag gebunden ist. Fraglich ist, ob sich seinerseits der Insolvenzverwalter aus der Gesellschaft zurückziehen könnte. Während bei §§ 25a, b IO die Anwendbarkeit auf mehrseitige Verträge eben umstritten ist, wird § 21 IO, also das übliche Mittel der Wahl des Insolvenzverwalters, um lästige Verträge zu beenden, jedenfalls nicht auf Gesellschaftsverträge angewendet. Eine Lösung ist jedenfalls nach § 21 IO nicht möglich.

Explizit gegen eine außerordentliche Beendigungsmöglichkeit des Insolvenzverwalters ist *Wahle*.³⁵⁾ Die übrigen Stellungnahmen enthalten allenfalls implizite Hinweise, so wenn sich nach *Grillberger* die Frage, „*ob ein Gesellschafter ausgeschlossen wird u danach die Konkursmasse den Geldwert der Beteiligung erhält*“ nach dem Willen der übrigen Gesellschafter richtet (und somit womöglich nicht nach dem Willen des Masseverwalters).³⁶⁾ Vorsichtig positiv ist demgegenüber *König*, der meint, mit § 1210 ABGB sei noch nicht gesagt, „*ob nicht allenfalls auch dem Masseverwalter des gemeinschuldnerischen Vermögens das Recht zusteht, die Mitgliedschaft an der Gesellschaft wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes aufzukündigen (Austrittskündigung)*“.³⁷⁾ Dafür könnte auf die §§ 1211 f ABGB rekuriert werden, aus denen die Möglichkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund ebenso abgeleitet wird wie ein Austritt.³⁸⁾

B. GesBR neu

Der Gesetzgeber hat sich dazu entschlossen, das bisherige Regelungskonzept komplett aufzugeben. Nach § 1208 ABGB neu wird die Gesellschaft in Hinblick *ipso iure* aufgelöst „*durch die rechtskräftige³⁹⁾ Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters, durch die Abänderung der Bezeichnung Sanierungsverfahren in Konkursverfahren oder durch die rechtskräftige Nichteröffnung oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens*“.⁴⁰⁾

35) *Wahle* in Klang V² 663.

36) *Grillberger* in *Rummel*³ § 1210 Rz 8.

37) *König*, ZIK 1996, 74 f.

38) *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesBR § 1210 Rz 15 mwN; *Lentsch in Konecny*, Insolvenzforum 2013 78 f.

39) Hier unterscheidet sich die Formulierung (nicht aber der Inhalt) vom Vorbild des § 131 UGB, der aber ebenso interpretiert wird, *Koppensteiner/Auer in Straube*, UGB I⁴ § 131 Rz 12.

40) Die Formulierung geht auf einen Vorschlag von *König* zurück, Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Unternehmensgesetzbuch zur Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geändert werden, 1/SN-34/ME 25. GP 3.

Die GesBR wandelt dabei auf den Spuren der OG (§ 131 UGB), wie bei dieser führt nur das Konkursverfahren, nicht aber die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens, zur Auflösung der GesBR. Der von *König* im Begutachtungsverfahren erstattete Vorschlag, die Auflösung eher an das Scheitern eines Sanierungsplanantrages zu knüpfen,⁴¹⁾ wurde vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen. Wurde also einmal ein Konkursverfahren eröffnet, ist es zu spät.

Der Grund für den restriktiveren Vorschlag liegt in der nachvollziehbaren Vermutung von *König*, dass wenn in einem solchen Fall noch ein Sanierungsplan zustande kommt, das Interesse des insolventen Gesellschafters am Erhalt der GesBR unter seiner Beteiligung höher zu bewerten ist als das Interesse der Mitgesellschafter, sich von ihm zu trennen. Der Einwand, dass ein Sanierungsantrag aber bis zur Aufhebung des Verfahrens gestellt werden könne (§ 140 Abs 1 IO) und damit eine lange Phase der Unsicherheit drohe, liegt auf der Hand, hätte sich aber zweifellos in den Griff bekommen lassen, etwa durch Annahme einer 60-Tages-Frist, wie sie der OGH vorgeschlagen hat.⁴²⁾

Besondere Härten verhindert im Zusammenhang mit der Anknüpfung an die Konkursöffnung jedenfalls die Ausgestaltung des Insolvenzverfahrens: Immerhin hat der Schuldner nämlich die Möglichkeit, den Konkursantrag eines Gläubigers, der ihm nach § 70 IO gemeinsam mit einer Belehrung über die Möglichkeit eines Sanierungsplanes zuzustellen ist, abzuwehren, indem er rechtzeitig ein Sanierungsverfahren beantragt (§ 167 IO), sodass die Eröffnung des gesellschaftszerstörenden Konkurses verhindert werden kann.

Die automatische Auflösung der GesBR hat eine notwendige Kehrseite:

Wie bei der OG (§ 141 UGB) besteht natürlich nunmehr auch bei der GesBR die Möglichkeit, die Fortsetzung der Gesellschaft ohne den Konkursanten zu beschließen (§ 1214 ABGB neu), der somit aus der Gesellschaft ausscheidet. Soll die GesBR mit dem Konkursanten selbst fortgesetzt werden, liefert die OG das passende Vorbild, es bedarf dann zwingend der Zustimmung des Masseverwalters.⁴³⁾

Den im Begutachtungsverfahren von *Rüffler/Told* geäußerten Wunsch nach einer Klarstellung durch den Gesetzgeber zu Klauseln in Gesellschaftsverträgen, die an die Eröffnung des Konkursverfahrens das Ausscheiden des Konkursanten aus der Gesellschaft knüpfen (also den Fortsetzungsbeschluss vorwegnehmen),⁴⁴⁾ hat der Gesetzgeber nicht erfüllt. Die Debatte um § 25b IO könnte daher wieder eröffnet sein. ME waren schon die Bedenken gegen den antizipierten Ausschluss nicht stichhaltig. Gegen die antizipierte Fortsetzung spricht endgültig nichts. Die an die Insolvenzeröffnung anknüpfende Rechtsfolge der Auflösung der Gesellschaft tritt schließlich *ipso iure* ein, die Fortsetzung ist für den Konkursanten dann

41) *König*, 1/SN-34/ME 25. GP 4; diesem folgen auch die Stellungnahme des OGH 9/SN-34/ME 25. GP 2 und *Trenker*, ZRB 2014, 113.

42) OGH 9/SN-34/ME 25. GP 2.

43) OGH 3. 10. 1956, 3 Ob 450/56 SZ 29/68; OGH 26. 9. 1991, 6 Ob 11/91 *ecolex* 1992, 169 = *wbl* 1992, 96; OGH 15. 10. 2003, 7 Ob 183/03t *GesRZ* 2004, 55 = *RdW* 2004, 219.

44) *Rüffler/Told*, Stellungnahme zum Ministerialentwurf über ein Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Unternehmensgesetzbuch zur Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geändert werden, 22/SN-34/ME 25. GP 2.

unproblematisch und verhindert nur die Liquidation (§§ 1216a ff ABGB neu, vgl §§ 145 ff UGB).⁴⁵⁾ Fortsetzungsklauseln in Gesellschaftsverträgen sind mE daher insolvenzrechtlich unbedenklich.

III. Insolvenz und Gesellschaftsvermögen

Die weiteren Überlegungen bauen auf dem praktischen Regelfall auf, dass die Gesellschaft ohne den Konkursanten fortgesetzt wird. Nach altem Recht geht es also um die Situation nach dem Gesellschafterausschluss. Ist ein solcher nicht erfolgt, besteht die Gesellschaft fort und Fragen der Vermögenszuordnung stellen sich nicht, Gesellschafter ist dann die Insolvenzmasse in Gestalt des Insolvenzverwalters.

Nach neuem Recht geht es um den Fall, dass die GesBR ohne den Konkursanten fortgesetzt wird. Ist das nicht der Fall, ändert sich an der Vermögensordnung unmittelbar ohnehin nichts, die Auflösung führt dann zur Liquidation.

A. Sachenrechtliche Vermögensordnung

Für das sachenrechtliche Schicksal des Gesellschaftsvermögens ist zuerst einmal relevant, verschiedene Widmungen des Gesellschaftsvermögens zu unterscheiden. Es gibt bekanntlich *illationes quoad dominium*, *quoad usum* und *quoad sortem*.

Wird eine Sache *quoad dominium* eingebracht, ändert sich das Eigentum daran. Der Einbringende gibt sein Alleineigentum auf, die Mitgesellschafter erwerben Anteile. Die Sache steht nach der Einbringung also im Miteigentum der GesBR-Gesellschafter. Durch eine Einbringung *quoad usum* ändert sich an der sachenrechtlichen Zuordnung hingegen nichts. Die GesBR hat ein Gebrauchsrecht an der Sache. Eine Einbringung *quoad sortem* nimmt eine Mittelstellung ein. Der einbringende Gesellschafter bleibt nach außen Eigentümer, im Innenverhältnis haben die anderen Gesellschafter aber „wirtschaftliches Eigentum“, weswegen die Einbringung *quoad sortem* häufig mit der Treuhand verglichen wird.⁴⁶⁾

Über die Art der Einlage entscheiden die Gesellschafter, fehlt eine entsprechende ausdrückliche Einigung, entscheidet die Parteienabsicht unter Berücksichtigung aller Umstände.⁴⁷⁾ Nach hA werden alle vertretbaren Sachen im Zwei-

45) Die Gesellschafter können statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbaren (zB die Naturalteilung, die Veräußerung an einen Gesellschafter oder Dritten, vgl *Wasserer in Torggler*, UGB § 145 Rz 9). Eine solche Alternative kann bei der Auflösung infolge Insolvenz zum Schutz des Auseinandersetzungsguthabens (*Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann*² § 145 Rz 31) allerdings nur mit Zustimmung des Masseverwalters geschehen (§ 1216a Abs 2, vgl § 145 Abs 2 UGB).

46) Dazu noch III.A.3; *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR § 1183 Rz 2 ff; *Told*, Grundfragen 42 ff.

47) *Told*, Grundfragen 94.

fel *quoad dominium* eingebracht.⁴⁸⁾ § 1180 Abs 1 ABGB neu könnte – darüber hinausgehend – eine Zweifelsregel *pro dominio* für körperliche Sachen allgemein – also auch bei fehlender Vertretbarkeit – vorsehen: „Soweit nichts anderes vereinbart ist, stehen körperliche Sachen, die von Gesellschaftern in das Gesellschaftsvermögen übertragen oder für das Gesellschaftsvermögen (§ 1178 Abs. 1) erworben worden sind, im Miteigentum der Gesellschafter; unkörperliche Sachen, insbesondere schuldrechtliche Forderungen, sind den Gesellschaftern zur gesamten Hand zugeordnet“.

Auch wenn *prima facie* dieser Eindruck entsteht, erscheint es dennoch zweifelhaft, dass der Gesetzgeber hier wirklich eine Zweifelsregel *pro dominio* normieren will. Die Mat deuten einen solchen Wunsch nirgendwo an und messen der Wendung „soweit nichts anderes vereinbart ist“ nur die Bedeutung bei, dass die Gesamthandbindung (bei Forderungen) abgedungen werden kann.⁴⁹⁾

Damit beantwortet § 1180 Abs 1 ABGB mE erst die Frage, was zu gelten hat, wenn Sachen *quoad dominium* eingebracht wurden (nämlich Miteigentum), nicht auch schon die vorgelagerte Frage, ob Sachen *quoad dominium* eingebracht wurden.⁵⁰⁾

1. Widmung *quoad dominium*

Sachen, die der Gesellschaft gehören sollen (also insbesondere in die GesBR *quoad dominium* eingebrachte Sachen⁵¹⁾), können auf Grund der mangelnden Rechtsfähigkeit der GesBR nur den Gesellschaftern zugerechnet werden und stehen im gemeinsamen Eigentum der Gesellschafter. Es handelt sich dabei um das dem ABGB bekannte Miteigentum nach den §§ 825 ff ABGB, nicht etwa um Gesamthand Eigentum,⁵²⁾ wie der Gesetzgeber nun klargestellt hat (§ 1189 Abs 1 ABGB neu). Die (früheren) Befürworter einer Gesamthand wollten durch diese Lösung vor allem den mangelnden Vermögenszusammenhalt der GesBR ausgleichen, da bei klassischem römischrechtlich geprägtem Miteigentum nach ideellen Anteilen jeder Gesellschafter über seinen Miteigentumsanteil sachenrechtlich wirksam verfügen kann, auch wenn er es seinen Mitgesellschaftern gegen-

48) Vgl Grillberger in Rummel³ § 1183 Rz 2; Wahle in Klang V² 584. Zur Begründung siehe Jabornegg/Resch/Slezak, GesBR § 1183 Rz 5 f.

49) ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 11.

50) Auch die Mat sagen, „freilich ist die Übertragung in das Miteigentum nicht die einzige Möglichkeit, eine Sache dem Gesellschaftszweck zu widmen [...]. Welche Form der Einbringung vorliegt, besagt der Gesellschaftsvertrag oder kann in der Folge durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss festgelegt werden“, ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 11. Dass für die Form der Einbringung das Gesetz eine Zweifelsregel vorsehen könnte, wird dadurch nicht nahegelegt.

51) Dabei ist freilich zu beachten, dass die verschiedenen Widmungsarten auch beim neu erworbenen Vermögen der Gesellschaft „wiederkehren“, sodass etwa eine Widmung neu erworbener Sachen *quoad usum* unproblematisch möglich ist, König, ZIK 1996, 73 f.

52) Riedler in Koziol/Bydlinski/Bollenberger⁴ § 1183 Rz 1; vgl Reformüberlegungen bei Krejci, Miteigentum und Vermögensordnung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts de lege ferenda, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 1191.

über nicht darf.⁵³⁾ Erwirbt ein Dritter den Anteil dennoch, kann er Teilungsklage erheben.⁵⁴⁾ Außerdem können dritte Privatgläubiger des Gesellschafters auf dessen Miteigentumsanteil Exekution führen. Dies nimmt der Gesetzgeber zwar weiterhin in Kauf,⁵⁵⁾ allerdings lässt sich an manchen zentralen Stellen eine Art „Vergesamthandlung“ der miteigentumsrechtlichen Konstruktion feststellen.

a) GesBR alt

Wird der Gesellschafter ausgeschlossen, stellt sich die Frage, was mit seinen Miteigentumsanteilen passiert. Die Frage ist zwar nicht insolvenzspezifisch, weil sie sich immer dann stellt, wenn ein Gesellschafter nach § 1210 ABGB ausgeschlossen wird,⁵⁶⁾ sie spitzt sich in der Insolvenz allerdings zu.

Relativ unbestritten ist das Recht der Gesellschaft, die Miteigentumsanteile zu behalten.⁵⁷⁾ *Jabornegg/Resch/Slezak* betonen, dass es beim Ausscheiden eines Gesellschafters bei gleichzeitiger Fortsetzung der GesBR unter den übrigen Gesellschaftern keinesfalls zu einer Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft durch Teilung kommen könne, weil dies den Zwecken der das bloße Ausscheiden des Gesellschafters anordnenden Vorschriften zuwiderliefe.⁵⁸⁾

Das Gesellschaftsvermögen steht idR qua Auslegung des Gesellschaftsvertrages also den verbleibenden Gesellschaftern zu, da diesen ja eine weitere Tätigkeit ermöglicht werden muss. Der ausgeschlossene Gesellschafter wird im Gegenzug abgeschichtet (§ 1215 ABGB), indem ihm der Wert seiner Beteiligung ausgezahlt wird.⁵⁹⁾

Keine Klarheit besteht aber darüber, welche sachenrechtlichen Wirkungen der Ausschluss haben soll. Zwei Positionen lassen sich unterscheiden, die sich nicht nur in der Konstruktion unterscheiden:

Gesellschaftsvermögen soll Gesellschaftsvermögen bleiben, sodass die übrigen Gesellschafter einen Anspruch auf Übereignung der Miteigentumsquote des Ausgeschlossenen haben.

-
- 53) *Torggler*, Die Mitunternehmer-GesBR nach geltendem und künftigem Recht, JBl 2011, 353 (358) weist aber sehr plausibel darauf hin, dass das Problem auf Grund der beschränkten Verkehrsfähigkeit von Miteigentumsanteilen wohl geringer ist als man meinen könnte und dass die Mitgesellschafter sich das Risiko immerhin ausgesucht haben.
- 54) Zur Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (der übrigen Gesellschafter) vgl *Told*, Grundfragen 49f.
- 55) ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 12.
- 56) Die dortige Aufzählung von Gründen ist nach hA demonstrativ, *Grillberger in Rummel*³ § 1210 Rz 2; *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR § 1210 Rz 2 mwN.
- 57) OGH RIS-Justiz RS0022170; *Grillberger in Rummel*³ § 1210 Rz 13; *Riedler in Koziol/Bydliński/Bollenberger*⁴ § 1210 Rz 6.
- 58) *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR § 1210 Rz 13.
- 59) *Rüffler/Told*, GES 2014, 225f weisen darauf hin, dass der OGH das bisweilen anders gesehen und ein Recht der Gesellschaft nur bei entsprechender Vereinbarung anerkannt hat (OGH 17. 11. 1977, 7 Ob 701/77 QuHGZ 1978/4, 653 = SZ 50/151; OGH 20. 12. 2000, 3 Ob 283/00i bbl 2001/80 = ecolx 2001/174).

Gesellschaftsvermögen bleibt Gesellschaftsvermögen, sodass es zu irgendeiner Form von Anwachsung der Miteigentumsanteile oder einer Gesamtrechtsnachfolge der Gesellschafter in die Miteigentumsanteile des Ausgeschiedenen kommt. Die verwendete Begrifflichkeit ist uneinheitlich und dürfte vom OG-Recht inspiriert sein, sodass der Ausschluss eines Gesellschafters zur Anwachsung, der Ausschluss des vorletzten Gesellschafters aber zum Übergang durch Gesamtrechtsnachfolge führt.⁶⁰⁾ Die Begrifflichkeit, die bei der OG im Hinblick auf deren Fortbestand sinnvoll ist, ist bei der GesBR gleichgültig. Kern beider Ideen – Anwachsung und Gesamtrechtsnachfolge gleichermaßen – ist ein Vermögensübergang, der ohne sachenrechtliche Traditionsakte auskommt.

Damit liegen die insolvenzrechtlichen Folgewirkungen aber auf der Hand:

Ein gesetzlich angeordneter Vermögensübergang ohne Übertragungsakte findet an der Masse „vorbei“ statt, die dann nur mehr auf den Anspruch aus der Abschichtung verwiesen ist. Ein Anspruch auf Übertragung des Miteigentumsanteils des Konkursanten wird in der Insolvenz hingegen zur Insolvenzforderung.⁶¹⁾ Die Weichenstellung ist daher ganz offenkundig von großer Bedeutung, dennoch fällt es schwer, auch nur eine „überwiegende“ Ansicht zu identifizieren.⁶²⁾

Wittmann-Tiwald spricht etwa davon, dass ein ausscheidender Gesellschafter abzufinden ist, „während das Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern verbleibt, deren Beteiligungen sich verhältnismäßig erhöhen“.⁶³⁾ Dass damit wirklich zum konstruktiven Vorgang Stellung bezogen wird, erscheint nicht sicher. *Jabornegg/Resch* und *Jabornegg/Resch/Slezak* schildern das Ausscheiden des Gesellschafters und fügen hinzu, dass der Ausschluss eines Gesellschafters bei der Zweipersonengesellschaft, der zur Auflösung der Gesellschaft führt, bewirke, dass das Vermögen „ohne dass es besonderer Übertragungsakte bedarf, qua Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter übergeht“. Sie sprechen aber mit keinem Wort an, dass dies auch bei der Mehrpersonengesellschaft der Fall sein soll und erwecken so eher den gegenteiligen Eindruck,⁶⁴⁾ außerdem verweisen sie zum Gesellschafterkonkurs auf *König*, der gerade keine drittwirksame Anwachsung

60) Vgl. *K. Schmidt* in *MüKo HGB* II³ § 140 Rz 9; *Schäfer* in *MüKo BGB* V⁶ § 738 Rz 6 ff.

61) Dabei stellt sich die Frage, inwiefern die Mitgesellschafter am Verfahren überhaupt teilhaben. Der OGH hat aus § 1215 ABGB abgeleitet, nach dem vor Aufteilung des Gesellschaftsvermögens die Schulden der Gesellschaft zu berichtigen sind, dass Gesellschaftsgläubiger Vorrang vor den Mitgesellschaftern haben (OGH 26. 8. 1999, 8 Ob 54/99w wbl 2000/61 = RdW 2000/14 = ZIK 2000/36). Dem stimmen *Jabornegg/Resch/Slezak*, *GesBR* § 1210 Rz 4 für die Außengesellschaft zu, auch der OGH hat dies in weiterer Folge auf die Außengesellschaft beschränkt (OGH 26. 4. 2001, 8 Ob 72/00x ecolx 2002/9 = ZIK 2002/26).

62) *Rüffler/Told*, *GES* 2014, 226 gehen davon aus, dass sich die Lehre größtenteils für einen Vermögensübergang durch Anwachsung bzw. im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ausspreche. ME lässt sich das bei den meisten Meinungen nicht mit der nötigen Sicherheit sagen, vgl. die Passagen im Text.

63) *Wittmann-Tiwald* in *ABGB-ON*^{1,02} § 1215 Rz 11.

64) *Jabornegg/Resch* in *Schwimmann* V³ § 1210 Rz 13; *Jabornegg/Resch/Slezak*, *GesBR* § 1210 Rz 13.

befürwortet.⁶⁵⁾ Denselben Eindruck erwecken Riedler⁶⁶⁾ und Grillberger.⁶⁷⁾ Nowotny geht schließlich davon aus, dass bei einer Zweimanngesellschaft das Vermögen auf den verbleibenden Gesellschafter übergehe, bemerkt dazu aber, dass zur Übertragung an Liegenschaften eine Verbücherung erforderlich sei.⁶⁸⁾

Dieses Meinungsbild zeigt zwei Erkenntnisse: Eine Gesamtrechtsnachfolge beim Ausschluss aus der Mehrpersonengesellschaft ist offenbar nicht konsensfähig. Bei der 2-Personen-GesBR wird hingegen häufig von einer Gesamtrechtsnachfolge gesprochen, wobei auch dabei – etwa wenn Nowotny bei Liegenschaften die Verbücherung fordert – die sachenrechtlichen Wirkungen nicht unbedingt einer „echten“ Gesamtrechtsnachfolge, die zweifellos auch bei Liegenschaften keinen sachenrechtlichen Modus brauchen würde, entsprechen.

Die Idee einer – wie immer gestalteten – Gesamtrechtsnachfolge beim Ausschluss eines Gesellschafters aus einer Zwei-Personen-GesBR, der zur Auflösung der Gesellschaft führt, findet sich auch in der Rsp. Er bewirke „die Beendigung der Gesellschaft und den Übergang des Vermögens der Gesellschaft, zu dem auch die nicht bloß zum Gebrauch eingebrachten Mietrechte des ausscheidenden Gesellschafters gehören, auf den verbleibenden Gesellschafter – ohne daß es dazu eines weiteren Übertragungsaktes bedarf – im Wege der Gesamtrechtsnachfolge.“⁶⁹⁾

Dieser Rechtssatz ist freilich ambivalent zu sehen. Er darf zwar einerseits durchaus als gefestigt bezeichnet werden, bricht aber andererseits im Jahr 1994 ab.⁷⁰⁾ In einer späteren Entscheidung ist nur mehr referierend davon die Rede, wenn es heißt: „Die Auflösung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts führt demnach, da eine Liquidation nicht vorgesehen ist, zunächst lediglich zu einer automatischen Umwandlung in eine Rechtsgemeinschaft im Sinne des 16. Hauptstücks des ABGB, die so lange besteht, bis sie durch Teilung des gemeinschaftlichen Vermögens beendet wird. [...] Ebenso wird vertreten, dass im Falle des Ausschlusses eines Gesellschafters aus der Zweimanngesellschaft eine Gesamtrechtsnachfolge in das Vermögen durch den verbleibenden Gesellschafter erfolgt.“⁷¹⁾ Außerdem hatten sämtliche Entscheidungen das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern zum Gegenstand, nicht aber Drittinteressen.

Zu klären ist auf Basis der hA zur Gesamtrechtsnachfolge bei der zweipersonalen GesBR daher zweierlei: Zunächst, ob die These von der Gesamtrechtsnachfolge beim Ausschluss des „vorletzten“ Gesellschafters zutrifft. Wenn das der Fall ist, stellt sich die Folgefrage, die Rüffler/Told auf den Punkt bringen: Wenn die Gesamtrechtsnachfolge beim Ausscheiden des vorletzten Gesellschaf-

65) Jabornegg/Resch/Slezak, GesBR § 1210 Rz 13; bzw König, ZIK 1996, 73 ff.

66) Riedler in Koziol/Bydliński/Bollenberger⁴ § 1210 Rz 6 spricht davon, dass die GesBR unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt, eine Zwei-Mann-GesBR hingegen aufgelöst werde, „wobei das Vermögen ohne besondere Übertragungsakte qua Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter übergeht“.

67) Grillberger in Rummel³ § 1210 Rz 13 behandelt die Gesamtrechtsnachfolge systematisch nach dem Ausschluss aus der Zwei-Mann-Gesellschaft.

68) Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/73 und in FN 19.

69) OGH RIS-Justiz RS0022178.

70) Hinzuweisen ist auf widersprechende Vorgängerentscheidungen, OGH 17. 6. 1953, 3 Ob 366/53 SZ 26/162; OGH 20. 12. 1967, 5 Ob 264/67 SZ 40/170.

71) OGH 21. 3. 2001, 3 Ob 247/00w GesRZ 2001, 190 = RdW 2001/604.

ters gilt, müsste das nicht konsequent in jedem Fall des Gesellschafterausschlusses gelten? Der OGH sieht das offenbar nicht so, denn nach der Rechtsprechung des OGH ist „§ 1210 ABGB [zwar] auch auf die Zweimanngesellschaft, allerdings mit der Besonderheit anzuwenden, daß [...] das gesamte Gesellschaftsvermögen damit auf den anderen vormaligen Gesellschafter übergeht, ohne daß es eines weiteren Übertragungsaktes bedürfte.“⁷²⁾

Schon der Ursprung der Idee von der Gesamtrechtsnachfolge ist nicht leicht zu identifizieren, was daran liegen wird, dass man – wie Oberhammer betont hat – hier letztlich bei der Diskussion angelangt ist, ob „die Kontinuität der unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse als allgemeiner Grundsatz des Unternehmensrechts auch überall dort greift, wo das Gesetz diesbezüglich schweigt oder unklare/entgegenstehende Regelungen getroffen hat, oder ob dieses Prinzip eben nur dort greift, wo es ausdrücklich – wie etwa gerade in § 142 HGB – verankert wurde.“⁷³⁾

§ 142 HGB⁷⁴⁾/UGB ist denn auch der Ansatzpunkt für einen verbreiteten Begründungsweg, der bei der GesBR eine Analogie zur OG zieht.⁷⁵⁾ Dort wird normiert, dass wenn nur noch ein Gesellschafter verbleibt, die Gesellschaft ohne Liquidation erlischt (vgl § 105 UGB). „Das Gesellschaftsvermögen geht im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf diesen über“. § 142 UGB könnte daher Pate für die Behandlung der GesBR stehen, seine Vorbildwirkung sollte freilich nicht überschätzt werden.

Ausgangspunkt des Konzepts von § 142 UGB ist schließlich die rechtliche Unmöglichkeit einer Einpersonen-OG, die dazu führen würde, dass beim Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters die Gesellschaft aufgelöst würde und zu liquidieren wäre, eine offenkundig ungünstige und unerwünschte Rechtsfolge.⁷⁶⁾ Besonders unglücklich wäre diese Konsequenz, wenn das Vorliegen eines Ausschließungsgrundes die Vernichtung des Gesellschaftswertes nach sich ziehen würde, weil ein Ausschluss bei der mehrgliedrigen OG dann zwar unproblematisch, bei der zweigliedrigen aber auf Grund der Rechtsfolgen nahezu prohibitiv wäre. Droht dem letzten OG-Gesellschafter bei Ausschluss des vorletzten die Liquidation, wird er seine Rechte vielleicht lieber nicht wahrnehmen.

Damit zeigt die OG aber ein deutlich anderes Bild als die GesBR. § 142 UGB knüpft an das *ex lege* Abhandenkommen des bisherigen Rechtsträgers (OG) an, bei dem eine neue Vermögenszuordnung unbedingt notwendig ist. Irgendjemand muss das Gesellschaftsvermögen ja gehören, wenn man die OG nicht liquidieren will. Dieses Problem stellt sich bei der GesBR aber nicht. Das Gesellschaftsvermögen gehört ja ohnehin den Gesellschaftern, es gibt also keine kon-

72) OGH 18. 10. 1994, 4 Ob 1607/94 NZ 1995, 133 = HS 25.604; OGH 26. 1. 1989, 8 Ob 648/88 SZ 61/281 = AnwBl 1989/3150 = HS 20.670.

73) Oberhammer, Die Gesellschaft nach bürgerlichem Recht – eine Gesamthandgesellschaft? JBl 1997, 624 (631).

74) § 142 HGB sah eine – etwas unglückliche – Übernahmeklage vor. Wenn bei einer Zwei-Personen-Gesellschaft ein Gesellschafter ausgeschlossen werden sollte, musste der andere Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gericht für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, vgl Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann² § 142 Rz 1; Wünsch, Gedanken zur Geschäftsübernahme nach § 142 HGB, JBl 2003, 758 (759 f).

75) Zur Neufassung durch das HaRÄG Krejci in Krejci RK UGB § 142 Rz 1 f.

76) Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann² § 142 Rz 3.

strukturelle Notwendigkeit dafür, einen Vermögensübergang zu bewerkstelligen, sodass eine analoge Anwendung von § 142 UGB nicht naheliegend erscheint.⁷⁷⁾

Franz Bydlinski stützt die Gesamtrechtsnachfolge beim Ausschluss des vorletzten Gesellschafters denn auch nicht auf § 142 UGB. Das ABGB sei in diesem Punkt nicht lückenhaft, „vielmehr ergibt sich danach die benötigte konkretere Regelung der Rechtsfolgen bei der zweipersonalen bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft einfach aus der Anwendung des § 1210 ABGB auf die besondere Situation. [...] Der Ausgeschlossene scheidet aus der Gesellschaft aus, die sich damit notwendigerweise auflöst.“ Hinsichtlich der Rechtsfolgen schließt sich Bydlinski mit einem wörtlichen Zitat Wahle an: „Das Vermögen geht damit, ohne daß es weiterer Übertragungsakte bedürfte, auf den verbleibenden Gesellschafter über“.⁷⁸⁾ Tatsächlich befürwortet Wahle ein solches Ergebnis beim Ausschluss des vorletzten Gesellschafters aus der zweipersonalen GesBR auch, dabei ist freilich ein wichtiger Aspekt von Wahles Verständnis der GesBR zu berücksichtigen:⁷⁹⁾ „das Gesellschaftsvermögen [gehört], solange die Gesellschaft besteht, nicht den Gesellschaftern, sondern der Gesellschaft“⁸⁰⁾. Wahle ist nämlich Befürworter der Rechtspersönlichkeit der GesBR.⁸¹⁾ Ausgangspunkt der Gesamtrechtsnachfolge ist für Wahle daher dieselbe Situation, die bei der OG vorzufinden ist und die den Anlass zur Schaffung von § 142 UGB gegeben hat. Da sich die Rechtsfähigkeit der GesBR aber nicht durchgesetzt hat, kann daraus nichts gewonnen werden. Dies ist auch dem OGH entgegenzuhalten, der sich in einer Grundsatzentscheidung Wahle hinsichtlich der Rechtsfolgen angeschlossen hat, freilich ohne das gesamte Konzept zu übernehmen.⁸²⁾

Damit wird das Fundament für eine Anwachsung oder Gesamtrechtsnachfolge schon bei der zweipersonalen GesBR zusehends brüchig.

Jabornegg/Resch/Slezak nehmen diese „dem Zweck der Maßnahme entsprechend“ an⁸³⁾ und sehen den Grund dafür in der Besonderheit des Ausschlusses.⁸⁴⁾ Rüdfler/Told fügen dem den Gesichtspunkt hinzu, dass „§ 1210 ABGB – wenn auch nur implizit – die Wertung zu entnehmen“ sei, dass die Gesellschaft fortgeführt werden können soll.⁸⁵⁾ „Dies setzt denknötwendig voraus, dass das Gesellschaftsvermögen zum Gesellschaftsbetrieb zusammengehalten werden soll und keiner Teilungsklage ausgesetzt ist und daher auch zukünftig der Verfolgung des Gesellschaftszwecks zur Verfügung

77) Dagegen jüngst Leupold in Torggler, UGB § 142 Rz 3.

78) Wahle in Klang V² 665.

79) Vgl schon Thiery, Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Unternehmer (1989) 53 f; Told, Grundfragen 96.

80) Wahle in Klang V² 654.

81) Ausf Wahle in Klang V² 513 ff („Die Erwerbsgesellschaft als moralische Person“).

82) OGH 21. 5. 1981, 7 Ob 523/81 EvBl 1981/230 = GesRZ 1981, 225; vgl dazu auch Grünwald, Zur Geschäftsübernahme bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, RdW 1993, 269; Hochedlinger, Die Übertragung von Unternehmen und Geschäftsanteilen nach § 142 HGB, GesRZ 2002, 185 (196).

83) Jabornegg/Resch in Schwimann V³ § 1215 Rz 12; Jabornegg/Resch/Slezak, GesBR § 1215 Rz 12. Bemerkenswert ist dabei der Hinweis, dass dasselbe auch in anderen Fällen gelten soll, wenn es besonders vereinbart wurde.

84) Jabornegg/Resch in Schwimann V³ § 1210 Rz 13; Jabornegg/Resch/Slezak, GesBR § 1210 Rz 13.

85) So auch F. Bydlinski in GS Schönherr 158.

steht.“⁸⁶⁾ Das mag sein, daraus folgt aber nicht die gezogene Konsequenz des *ex lege* Vermögensüberganges, weil mE – hat man nicht nur die Insolvenz im Auge – auszuschließen ist, dass die Sorge zu Recht besteht, dass trotz Bestehens eines Anspruches des Miteigentümers auf Übernahme des gegnerischen Miteigentumsanteils gerade dieser Gegner die Teilungsklage hat.⁸⁷⁾ Wenn *Jabornegg/Resch* davon ausgehen, dass bei Fortsetzung der GesBR nach Ausscheiden keinesfalls eine Teilung iSd § 1215 ABGB verlangt werden könne, geht dies mE freilich im Hinblick auf die Insolvenz auch zu weit,⁸⁸⁾ denn in der Insolvenz wird der Übernahmeanspruch doch zur Insolvenzforderung und nicht weiterhelfen. § 1210 ABGB normiert aber ganz verschiedene Fälle des Gesellschafterausschlusses, von denen nur einer die Insolvenz ist. In allen anderen Fällen trägt die Sorge um die Teilung mE das Ergebnis einer Anwachsungsnotwendigkeit nicht. Dass § 1210 ABGB je nach Ausschlussgrund zu verschiedenen Rechtsfolgen führen würde, wird freilich nicht behauptet.

Eine gesetzliche Grundlage für eine Gesamtrechtsnachfolge in den Anteil des ausscheidenden Gesellschafters ist daher nicht zu finden.⁸⁹⁾ Darauf hat *König* schon hingewiesen und das mE zutreffende Fazit gezogen, dass weder der Ausschluss noch die Auflösung *per se* sachenrechtliche Änderungen herbeiführen.⁹⁰⁾

Told hat in ihrer groß angelegten Untersuchung der GesBR eine Gesamtrechtsnachfolge ohne gesetzliche Anordnung bei der nicht rechtsfähigen GesBR – anders als bei der OG – „merkwürdig und un schlüssig“ gefunden und zwar bei zwei- und mehrgliedrigen Gesellschaften gleichermaßen.⁹¹⁾ Sie kommt damit zum selben Ergebnis wie *Oberhammer*, der einen *ipso iure* Rechtsübergang mit der Vorstellung, die GesBR sei Gemeinschaft, für nur schwer vereinbar hält.⁹²⁾ Auch für *Torggler* ist An- und Abwachsung eine natürliche Folge der Anteilsübertragung bei der Gesamthand, weil die dingliche Berechtigung der Gesellschafter an einzelnen Vermögenswerten nur ein Nebeneffekt der Beteiligung an der Gesellschaft sei. Bei GesBR sei das nicht der Fall.⁹³⁾

Mit der Verneinung einer Gesamtrechtsnachfolge schon bei der zweipersonalen GesBR erübrigt sich allerdings die weitere Frage, inwieweit eine solche Regel universell und somit auch auf die mehrgliedrige GesBR anzuwenden wäre. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass es nur einen Anspruch der Mitgesellschafter gegen den Ausgeschlossenen auf Übertragung ins Eigentum gibt.

86) *Rüffler/Told*, GES 2014, 226.

87) OGH RIS-Justiz RS0022170.

88) *Jabornegg/Resch* in *Schwimmann* V³ § 1215 Rz 1.

89) Vgl dazu *K. Schmidt*, „Übernahmerecht“ und „Übernahmeprozess“ nach § 142 HGB, in FS Frotz (1993) 401 (410), der die analoge Anwendung von § 142 HGB befürwortet, darin allerdings einen Grund sieht, „der die österreichische Praxis zwingen wird, sich eine moderne Gesamthandlehre zu erarbeiten.“

90) *König*, ZIK 1996, 75 ff; diesem folgend *Trenker*, ZRB 2014, 115 ff.

91) *Told*, Grundfragen 95 ff.

92) *Oberhammer*, JBl 1997, 631.

93) *Torggler*, JBl 2011, 358 f. *Torggler*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor der Reform, wbl 2011, 517 (520), der für die Mitunternehmer-GesBR auf §§ 38 f UGB verweist.

Zuzugestehen ist freilich, dass bei – hier abgelehnter – Bejahung der Gesamtrechtsnachfolge bei der zweipersonalen GesBR gerade in Anbetracht des Umstandes, dass es anders als nach § 142 UGB keinen Wechsel des Rechtsträgers gibt, mit *Rüffler* und *Told*⁹⁴⁾ nicht einzusehen wäre, warum für die mehrpersonale GesBR andere Regeln gelten sollten.⁹⁵⁾ Die Situation wäre mE identisch, sachliche Unterschiede, die eine Verschiedenbehandlung angezeigt erscheinen ließen, sind zwischen zwei- und mehrgliedriger GesBR nicht auszumachen. Die GesBR unterscheidet sich hier eben von der OG. Die Existenz der OG wird (nur) vom Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters bedroht, sodass nur dafür Sonderregeln gebraucht werden. Bei der GesBR ist das nicht der Fall.

b) GesBR-Reform

Dies alles gilt es im Hinterkopf zu behalten, wenn § 1215 ABGB neu anordnet: „*Verbleibt nur noch ein Gesellschafter, so erlischt die Gesellschaft ohne Liquidation. Das Gesellschaftsvermögen geht im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf diesen über. Büchlerliche Rechte sind nach den dafür geltenden Vorschriften zu übertragen.*“ Die Ansicht, die *Nowotny* schon zum alten Recht vertreten hat,⁹⁶⁾ hat der Gesetzgeber nunmehr positiviert.

Die knappen Mat erklären: „§ 1215 übernimmt § 142 UGB“. Das ist im Lichte des bisher Gesagten allerdings wenig beruhigend. Die Regel überzeugt bei der GesBR an sich nicht. Eine einseitige Anwendung nur bei der zweigliedrigen GesBR ist sachlich nicht gerechtfertigt. *Trenker* hat daher schon den zu engen Anwendungsbereich der Gesamtrechtsnachfolge kritisiert.⁹⁷⁾

An gänzlicher anderer Stelle findet sich jedoch eine wesentliche Ergänzung des Konzepts, die es mit zu bedenken gilt. § 1201 ABGB neu regelt die Rechtsfolgen des Eintritts oder das Ausscheidens eines Gesellschafters sowie den Gesellschafterwechsel und ordnet an, dass beim Ausscheiden die gesellschaftsbezogenen, nicht höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse im Verhältnis der Beteiligungen vom bisherigen Gesellschafter auf die verbleibenden Gesellschafter übergehen. Nun stellt sich als erste Frage, ob die Konstellation der Auflösung der GesBR mit anschließendem – oder antizipiertem⁹⁸⁾ – Fortsetzungsbeschluss ein Ausscheiden des Gesellschafters iSd § 1201 ABGB neu darstellt. Grundsätzlich würde das allgemeine Begriffsverständnis diesen Fall erfassen.⁹⁹⁾ Im neuen Recht findet sich jedoch ein alle Zweifel beseitigender systematischer Anknüpfungspunkt. § 1214 Abs 3 ABGB neu normiert, dass die Fortsetzung im Konkursfall

94) *Rüffler/Told* in FS Reich-Rohrwig 147 ff.

95) Vgl *Oberhammer*, JBl 1997, 630, der die Frage stellt, warum der Übergang der Gesellschaftsaktiven beim Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, beim Ausscheiden eines Gesellschafters und der Fortsetzung der GesBR unter den anderen Gesellschaftern jedoch im Wege der Einzelrechtsnachfolge erfolgen soll.

96) *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/73 FN 19.

97) *Trenker*, ZRB 2014, 116 ff.

98) Siehe oben II.A.2.

99) So – wenngleich zur alten Rechtslage – die Behandlung des Ausscheidens von Gesellschaftern bei *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/65 ff.

durch Erklärung gegenüber dem Masseverwalter zu erfolgen hat „und der Schuldner mit dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung als aus der Gesellschaft ausgeschieden gilt“, sodass gegen eine Anwendung von § 1201 ABGB neu über das Ausscheiden keine Bedenken bestehen.

§ 1201 Abs 2 ABGB neu normiert allerdings, dass „bei Sachen des Gesellschaftsvermögens, die im Miteigentum der Gesellschafter stehen, die Übergabe als vollzogen [gilt], sobald der Eintritt, Austritt oder Wechsel wirksam geworden ist“. Dass das Gesetz hier nicht mehr vom Ausscheiden, sondern vom Austritt spricht, ist überraschend und unerfreulich. Allerdings dürfte es sich hier um ein Redaktionsversehen und damit ein überwindbares Hindernis handeln, da § 1201 Abs 1 ABGB neu noch anders als Abs 2 ganz allgemein an das Ausscheiden anknüpft und auch die Mat von einer Zusammenfassung der Sukzessionsfrage für „folgende Fälle“ sprechen, womit eben explizit der Eintritt, das Ausscheiden und der Gesellschafterwechsel gemeint sind.¹⁰⁰⁾ Auch sonst ist undifferenziert davon die Rede, dass Abs 1 und 2 dasselbe Regelungsanliegen teilen, wobei wiederum auf Eintritt und Ausscheiden rekurriert wird.¹⁰¹⁾ Austritt in § 1201 Abs 2 ABGB wird man daher nicht wörtlich – iSd § 1184 Abs 2 ABGB über die Verweigerung von Nachschüssen – verstehen müssen, sondern dem Regelungsanliegen entsprechend als Synonym für das Ausscheiden verstehen dürfen.

Im Fall des Ausscheidens gilt die Übergabe von Sachen des Gesellschaftsvermögens also als vollzogen, was in der Insolvenz zu einer Immunisierung solcher Sachen durch einen Rechtsübergang an der Masse vorbei führt. § 1201 ABGB regelt in seinen Abs 1 und 2 schon ausweislich der Mat die Verfügungsgeschäfte, „Grundlage dieser Verfügungen ist das nicht näher geregelte Verpflichtungsgeschäft“. Für den Eigentumserwerb braucht es also nicht nur einen (hier fingierten) Modus, sondern auch einen Titel (§ 380 ABGB). Interessant ist, dass § 1201 ABGB diesen (mit etwas Interpretationsarbeit) wohl gleich mitliefert, zumindest wird in Abs 1 davon gesprochen, dass Rechtsverhältnisse der Gesellschaft, sofern nichts anderes vereinbart wurde, ebenfalls übergehen, der Titel dürfte also im Gesellschaftsvertrag liegen. Eine solche Auskunft gibt das Gesetz für körperliche Sachen zwar nicht, es ist aber in Anbetracht der Gesamtanlage davon auszugehen, dass Abs 1 und 2 parallel laufen sollen. Dementsprechend ist in den Mat auch von der Änderung des Gesellschaftsvertrages durch das Ausscheiden eines Gesellschafters die Rede, weiters wird ein weites Verständnis von Abs 1 angedeutet, wenn es heißt, dass der Übergang der Rechtsverhältnisse bedeute, „dass der Miteigentumsanteil am Gesellschaftsvermögen und die schuldrechtlichen Beziehungen mit Wirksamwerden des Grundgeschäftes auf den bzw. die Nachfolger übergehen“.¹⁰²⁾

Auch körperliche Sachen gehen also – wenn nichts anderes vereinbart wurde – automatisch über, indem sie als übergeben gelten. Auch in § 1201 ABGB macht das Gesetz – wie in § 1215 ABGB – eine Ausnahme für Liegenschaften.

Der Gesamtbefund fällt somit erstaunlich aus:

Das Gesetz ordnet mit Blick auf körperliche Sachen zweimal das Gleiche an. Einmal spricht es von einer Gesamtrechtsnachfolge in das Gesellschaftsvermö-

100) ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 18.

101) ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 18 f.

102) ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 19.

gen, einmal wird eher schamhaft die Übergabe der Miteigentumssachen fingiert, wobei der Titel dafür im Zweifel im Gesellschaftsvertrag liegen soll. Beide Phänomene sind was das Miteigentum anlangt identisch. Was § 1201 ABGB vorsieht, ist im Ergebnis eine sachenrechtliche Gesamtrechtsnachfolge.¹⁰³⁾

Spontan denkt man an *Torggler* und *Told*, die eine solche Regelung – damals noch *de lege ferenda* – als merkwürdigen und ungeschlüssigen¹⁰⁴⁾ Fremdkörper abgelehnt haben, weil er im Miteigentumsrecht nichts verloren habe.¹⁰⁵⁾ § 1215 und § 1201 Abs 2 ABGB neu sind allerdings nicht nur ein Systembruch, das Konzept erscheint insgesamt nicht geglückt. Die knappen Mat verraten, dass der Gesetzgeber trotz Universalsukzession „am Grundsatz fest[hält], dass verbücherte Rechte nach den dafür geltenden Vorschriften zu übertragen sind.“¹⁰⁶⁾ Dieser vermeintliche Grundsatz ist nun nicht dem Recht der Gesamtrechtsnachfolge entnommen und auch nicht wie vieles andere aus dem OG-Recht geborgt, sondern eine neue Erfindung des Gesetzgebers. Diese kann man anders als die Mat nicht erfolgversprechend darauf stützen, dass bei bücherlichen Rechten ohne Intabulation Publizitätsprobleme bestünden, denn das ist eben die Konsequenz einer Gesamtrechtsnachfolge.¹⁰⁷⁾

Bei Liegenschaften kann nun gesichert davon ausgegangen werden, dass keine Gesamtrechtsnachfolge stattfindet. Ob zu den bücherlichen Rechten iSd §§ 1201 Abs 2 und 1215 Abs 1 ABGB auch Superädifikate gehören, ist unklar. Der Wortlaut von § 9 GBG spricht dagegen. Geht man bei teleologischer Betrachtung vom in den Mat zum Ausdruck gebrachten Publizitätsbedürfnis des Gesetzgebers aus, müsste im Hinblick auf die für die Übertragung von Superädifikaten notwendige Urkundenhinterlegung aber auch dafür die Gesamtrechtsnachfolge wohl verneint werden. Unklar könnte auch das Schicksal von Zubehör unbeweglicher Sachen scheinen, das nach § 293 ABGB als unbeweglich gilt, sodass dingliche Rechte daran durch Intabulation erworben werden. Hier obwalten freilich einerseits keine Publizitätsbedenken, andererseits verhindert die Fiktion des § 293 ABGB eine körperliche Übergabe ja nicht, sondern macht sie nur überflüssig. Wenn das Gesetz die Übergabe fingiert, genügt das für einen Eigentumserwerb aber.

Bei allen anderen Sachen gibt es eine Gesamtrechtsnachfolge vom vorletzten auf den letzten Gesellschafter und eine Anwachsung beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer mehrgliedrigen GesBR.

103) Vgl schon *Rüffler/Told*, 22/SN-34/ME 25. GP 4.

104) *Torggler*, JBl 2011, 358 f; *ders*, wbl 2011, 520, der für die Mitunternehmer-GesBR auf §§ 38 f UGB verweist; *Told*, Grundfragen 95 f; so wohl auch *Reich-Rohrwig*, Anm zu OGH 5 Ob 560/90, *ecolex* 1990, 482 (482).

105) *Torggler*, wbl 2011, 521.

106) ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 23.

107) *Rüffler/Told* in FS Reich-Rohrwig 154. An anderer Stelle wird sich zeigen, dass die Affinität des Gesetzgebers zur sachenrechtlichen Publizität weniger stark ausgeprägt ist, siehe III.A.3.c.

c) Brennpunkt Abschichtung vs Eigentumsübertragung

Was gilt nun hinsichtlich jener Sachen, für die es keine Gesamtrechtsnachfolge gibt? Das sind nach dem bisher Gesagten nach altem Recht grundsätzlich alle Sachen, nach neuem Recht sind es notwendig Liegenschaften.

Es kommt zu einem Gegenüberstehen verschiedener Ansprüche. Dem Anspruch gegen den Ausgeschiedenen auf Übertragung des Miteigentumsanteiles an die Mitgesellschafter einerseits, dem Anspruch des Ausgeschiedenen auf Auszahlung seines Abschichtungsguthabens gegen die Mitgesellschafter andererseits.¹⁰⁸⁾ Da in der Insolvenz der Anspruch auf Übertragung der Miteigentumsanteile zur Geld- und Insolvenzforderung wird (§ 14 IO),¹⁰⁹⁾ stellt sich die Frage, ob eine Aufrechnungslage gegeben ist.

Für die Aufrechenbarkeit ist nach § 19 IO maßgebend, ob die Forderungen zur Zeit der Insolvenzeröffnung bereits aufrechenbar waren. Das ist nach hA dann nicht der Fall, wenn die Forderung gerade durch die Konkurseröffnung entsteht.¹¹⁰⁾ Dies trifft auf den Abfindungsanspruch allerdings unzweifelhaft zu – beim Gesellschafterausschluss nach § 1210 ABGB entsteht der Anspruch überhaupt erst durch den Ausschluss, also nach der Insolvenzeröffnung. Die Rsp und Teile der Lit wollen eine Aufrechnung mit dem Abfindungsanspruch daher ausschließen.¹¹¹⁾

König und ihm folgend jüngst *Nunner-Krautgasser* halten dies für unnötig engherzig und empfehlen eine weitere Auslegung des Begriffs der bedingten Forderung in § 19 Abs 2 IO, die eine Aufrechnung ermöglicht.¹¹²⁾

Das Problem ist aus verschiedenen Gründen schwer in den Griff zu bekommen.

Zunächst ist das Kriterium der Bedingtheit der Forderung ausgesprochen unklar. Für die von *König* geforderte Großzügigkeit gibt es durchaus Beispiele, wird doch zur Beurteilung der Bedingtheit nach § 19 Abs 2 IO häufig gerade nicht einfach auf das zivilrechtliche Verständnis zurückgegriffen, sondern insolvenzrechtsautonom ausgelegt. *Gamerith* ortet zwar ein Bedürfnis für eine spezi-

108) Zur Abschichtung vgl *Graff*, Insolvenzzrechtliche Probleme der Bau-Arge, in *Krejci* (Hrsg), Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft (1979) 331 (333 ff); *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1990, 482 f.

109) Zum Lösungsversuch von *Eckert* und *Trenker* im Wege der Treuhand, siehe noch III. A. 3.

110) *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, § 20 KO Rz 12.

111) OGH 8. 9. 1983, 6 Ob 621/83 GesRZ 1983, 212 = RdW 1984, 11 = SZ 56/128; OGH 15. 10. 1986, 3 Ob 504/86 GesRZ 1987, 211 = wbl 1987, 65; OGH 12. 7. 1990, 8 Ob 25/89 RdW 1991, 13 = ÖBA 1991, 132; RIS-Justiz RS0061727. Aus der Lit *Dullinger*, Handbuch der Aufrechnung (1995) 328 ff; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, § 20 KO Rz 12; *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR § 1215 Rz 10; *Hecht*, ARGE-Gesellschafter im Konkurs: Aufrechnung gegen Abschichtungsguthaben, RdW 1998, 325; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, KO §§ 19, 20 Rz 51.

112) *König*, Aufrechnung mit dem gesellschaftsrechtlichen Abfindungsanspruch im Konkurs des Gesellschafter, wbl 1987, 52; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II⁴ 237; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, § 20 KO Rz 12; ebenso jüngst *Trenker*, ZRB 2014, 115 f; *Nunner-Krautgasser*, Aufrechnung in der Insolvenz: Grundlagen und aktuelle Rechtsfragen, in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavara* (Hrsg), Jahrbuch Insolvenz- und Sanierungsrecht (2014) 163 (178).

fisch insolvenzrechtliche Auslegung der Bedingtheit, findet dessen Stillung aber gleichzeitig doch bedenklich.¹¹³⁾ In Deutschland wird in dem Zusammenhang gern auf die Formel zurückgegriffen, es genüge, dass der Anspruch im Kern entstanden sei (Kerntheorie).¹¹⁴⁾ Bei näherer Betrachtung ist zu befürchten, dass dieser Konkretisierungsversuch einer weiten Auslegung die maßgebenden Wertungen nicht hinreichend hervortreten lässt und letztlich begrifflich bleibt.

Das zeigt sich an den Ergebnissen. Weil Rsp und Lehre „den Kreis der bedingten Forderungen weit“ ziehen,¹¹⁵⁾ subsumieren sie auch gesetzlich bedingte Ansprüche darunter.¹¹⁶⁾ Eine solche Ausweitung des Verständnisses der Bedingtheit ist etwa der Grund dafür, dass Regressforderungen nach § 1358 ABGB als – durch die Zahlung – aufschiebend bedingte Forderungen qualifiziert werden.¹¹⁷⁾ Unter Zugrundelegung dieser Ansicht erscheint es nicht unplausibel, wie die deutschen Gerichte das Abschichtungsguthaben des Gesellschafters zwar als künftigen Anspruch zu qualifizieren, „der erst mit dem Ausscheiden des Gesellschafters oder der Auflösung der Gesellschaft entsteht; er ist allerdings ab Beginn der Mitgliedschaft in der Person des Gesellschafters im Kern vorhanden.“¹¹⁸⁾ Der OGH hat sich dennoch nicht veranlasst gesehen, dem zu folgen, was Dullinger begrüßt, die überhaupt befürchtet, dass wenn gesetzliche Ansprüche vor Eintritt sämtlicher Tatbestandsmerkmale als bedingte Forderungen anzusehen wären, gegen die *par conditio* verstoßen würde.¹¹⁹⁾

Aus insolvenzrechtlicher Perspektive erweist sich somit die Unklarheit bei der Auslegung der Aufrechnungsbefugnis und damit letzten Endes das fehlende Wertungsfundament als hinderlich. Generell lässt sich sagen, dass eine Aufrechnung doch konstruiert wirkt. Die Bedingtheit des Anspruches (regelmäßig über Jahre hinweg) aus dem Gesellschaftsvertrag anzunehmen, mutet gekünstelt an. Außerdem könnte sich als Problem darstellen, dass der Anspruch auch unter Zugrundelegung dieser Ansicht gar nicht immer bedingt vorhanden sein muss. Was gilt etwa, wenn zu irgendeinem Zeitpunkt kein Abfindungsanspruch bestünde, weil der Wert der „Beteiligung“ unter null sinkt?

113) Vgl. Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger, § 19 KO Rz 23.

114) Zurückgehend auf RGZ 121, 367, 371.

115) Schubert in Konecny/Schubert, KO § 19 Rz 68; Brandes/Lohmann, MüKo InsO II³ § 95 Rz 10.

116) Bartsch in Bartsch/Pollak, Ausgleichsordnung, Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung, Geschäftsaufsichtsgesetz II³ (1937) 215.

117) Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger, § 19 KO Rz 23; Dullinger in Rummel³ § 1439 Rz 9; Schubert in Konecny/Schubert, KO §§ 19, 20 Rz 68 ff; OGH 30. 9. 2009, 3 Ob 183/09x ecolex 2010/17 = ÖBA 2010/1605 = ZIK 2010/91; OGH 21. 6. 2004, 10 Ob 23/03k RdW 2004/695 = ZIK 2004/214; OGH 26. 7. 2012, 8 Ob 64/12p RdW 2012/698 = ZIK 2013/36; OGH 18. 4. 2002, 6 Ob 16/02z RdW 2002/552 = ZIK 2002/186; OGH 6. 4. 2005, 9 Ob 139/04p ÖBA 2005, 649 = ZIK 2005/196; RIS-Justiz RS 0051527; RIS-Justiz RS0017507.

118) Brandes/Lohmann, MüKo InsO II³ § 95 Rz 11. Eine Aufrechnung sei daher möglich, wobei zusätzlich verlangt wird, dass der Anspruch nicht erst durch Kündigung, sondern vielmehr „automatisch“ entstehe. Nur dann fehle nur mehr der Eintritt einer Bedingung.

119) Dullinger, Aufrechnung 329.

Diese insolvenzrechtliche Unsicherheit pflanzt sich im Gesellschaftsrecht fort, wo das Abschichtungsguthaben das Problem ist, das die Situation für die übrigen Gesellschafter erheblich zuspitzt.

In Erinnerung gerufen werden darf, dass es um das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Rechtsgemeinschaft geht. Theoretisch wäre eine Auflösung dieser Gemeinschaft für jeden einzelnen Vermögenswert denkbar. Die fehlende Praktikabilität einer solchen Auseinandersetzung hat dazu geführt, dass eine – außerhalb der Insolvenz nicht zu beanstandende – Gesamtlösung gesucht wird. Dem Ausscheidenden sei der „Geldwert seiner Beteiligung“ auszuzahlen.¹²⁰⁾ Hier leuchtet wieder die Idee von der juristischen Person durch, so wenn bei *Wahle* zu lesen ist, es gehe um den „Mitgliedschaftsanteil als solchen“¹²¹⁾.

Die Höhe hängt von der Bewertung aller der Gesellschaft gewidmeten Vermögensgüter unter Berücksichtigung eines *good will* und des Gewinnanteiles ab und ergibt sich aus einer Verrechnung der allseitigen Ansprüche. Die Verrechnung der einzelnen immobilisierten Ansprüche soll fast wie im Kontokorrent erfolgen, am Ende steht eine Summe. Das ist praktisch, in der Insolvenz aber keineswegs zwingend.

Dass bei der Entwicklung dieser Form der Abwicklung insolvenzrechtliche Fragen nicht im Vordergrund gestanden sind, zeigt sich daran, dass in das Abschichtungsguthaben auf Grund des Zwecks als Gesamtlösung auch die Posten einfließen sollen, auf die die Mitgesellschafter im Ergebnis nur eine Insolvenzforderung haben. Steht ein Bagger also im Miteigentum, würde danach die Quote des Ausscheidenden daran im Rahmen des Abschichtungsguthabens als Zahlungspflicht der übrigen verbucht werden, obwohl der Anspruch auf Übertragung der Miteigentumsquote nicht erfüllt wird. Entkleidet man diesen Vorgang seiner gesellschaftsrechtlichen Konstruktion wird somit ein Kaufpreis für den Bagger veranschlagt, obwohl der Bagger nicht geleistet wird. So erklärt sich auch, warum *Trenker* „verheerende“ Ergebnisse befürchtet, wenn man Aufrechnungslagen verneint.¹²²⁾

Solch ein verheerendes Ergebnis ist mE tatsächlich nicht vertretbar. Es erscheint aber nicht sicher, dass die Aufrechnung der richtige Mechanismus zur Lösung dieses Problems ist. Hinzu kommt, dass die Aufrechnung auch nicht dafür sorgt, dass die übrigen Gesellschafter die Sache selbst bekommen, sondern ihnen nur (aber immerhin) erspart, dafür zu bezahlen.

Fraglich ist, ob man zu einem vertretbaren Ergebnis nicht eher über die Zug-um-Zug-Einrede kommt. § 1052 ABGB ist dabei insofern keine taugliche Grundlage, als die Einrede zwar möglich,¹²³⁾ eine Zurückbehaltung jedoch nur bis zur Zahlung der Quote erlaubt ist. Die übrigen GesBR-Gesellschafter würden also immer noch voll leisten müssen, könnten die Zahlung gem § 1052 ABGB

120) *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/73.

121) *Wahle* in *Klang* V² 652.

122) *Trenker*, ZRB 2014, 115.

123) So wohl *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesBR § 1215 Rz 10; OGH 9. 7. 1992, 8 Ob 630/91 JBI 1993, 108 = RdW 1992, 337.

aber bis zur Leistung der Quote Zug-um-Zug zurückhalten.¹²⁴⁾ Eine Einrede der übrigen Gesellschafter gegen den ausgeschlossenen ist aber gem § 21 IO zu überlegen. Danach wird dem Vertragspartner des Gemeinschuldners bei zweiseitigen nicht erfüllten Verträgen ein Zurückbehaltungsrecht Zug-um-Zug bis zur Erbringung der Gegenleistung gewährt. Problematisch könnte dabei der Begriff „zweiseitige Verträge“ sein, weswegen § 21 IO nicht auf Gesellschaftsverträge angewendet wird.¹²⁵⁾ Allerdings ist „zweiseitig“ hier nur gleichbedeutend mit synallagmatisch.¹²⁶⁾ Die Ansprüche auf Abschichtung einerseits und auf Herausgabe der Miteigentumsanteile andererseits ergeben sich aus dem Gesellschaftsvertrag und sind miteinander verknüpft, wenn das Recht der übrigen Gesellschafter auf Herausgabe der Miteigentumsanteile im Rahmen der Abschichtungsbilanz berücksichtigt wird.¹²⁷⁾ Der Anspruch der GesBR-Gesellschafter auf den Miteigentumsanteil erhöht unter Zugrundelegung dieser Ansicht unmittelbar den Abschichtungsanspruch, sodass die Ansprüche gegenseitig bzw synallagmatisch sind.¹²⁸⁾ So hat auch *F. Bydlinski* unter Berufung auf *Jabornegg*¹²⁹⁾ die Ansicht vertreten, dass der Abschichtungsanspruch des Ausschlossenen nur Zug um Zug gegen die von ihm zu erbringenden Leistungen zu erfüllen ist¹³⁰⁾ und hat darin Zustimmung durch den OGH erhalten.¹³¹⁾ Die §§ 21 ff IO anerkennen aber das Sicherungsinteresse von Vertragspartnern des Gemeinschuldners, die nicht verpflichtet sein sollen, selbst voll zu leisten, dafür aber nur eine Quote im Gegenzug zu erhalten.¹³²⁾ Damit spricht aber viel dafür, dass die Wertung des § 21 IO, der den Vertragspartner des Gemeinschuldners davor bewahren will, „*voll an die Masse leisten zu müssen, selbst aber nur die Quote zu bekommen*“,¹³³⁾ auch das Verhältnis zwischen Herausgabeanspruch der GesBR-Gesellschafter und Abschichtungsanspruch der Masse umfasst.

Der Vorteil gegenüber der Aufrechnungslösung liegt auf der Hand. Die Aufrechnung neutralisiert zwar das wirtschaftliche Risiko, den Bagger bekommen die Mitgesellschafter aber dadurch nicht.

2. Widmung *quoad usum*

Bei der Einbringung *quoad usum* bleibt der einbringende Gesellschafter Eigentümer der eingebrachten Sache, er berechtigt die Gesellschaft nur zu deren Nutzung. *F. Bydlinski* hat für den Fall des Gesellschafterausschlusses den Gedanken entwickelt, dass zur Unternehmensfortführung auch *quoad usum* gewidmete

124) *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, § 21 KO Rz 2; *Welser/Graff*, Zum Rücktrittsrecht des Masseverwalters gem § 21 KO im Konkurs eines ARGE-Partners, *GesRZ* 1984, 121 (124); *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, KO § 21 Rz 5.

125) Siehe schon oben II.A.3.

126) *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, § 21 KO Rz 3.

127) *Jabornegg/Resch/Slezak*, *GesBR* § 1215 Rz 10.

128) *Jabornegg/Resch/Slezak*, *GesBR* § 1215 Rz 10.

129) *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1982) 98 ff; 178 ff; 184.

130) *F. Bydlinski* in *GS Schönherr* 164.

131) OGH 9. 7. 1992, 8 Ob 630/91 *RdW* 1992,337 = *SZ* 65/107.

132) *Iro*, Das Zug-um-Zug-Prinzip im Insolvenzverfahren, *RdW* 1985, 101 (102f).

133) *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, § 21 KO Rz 2.

Sachen „den (dem) verbleibenden Gesellschafter(n) erhalten bleiben müssen“,¹³⁴⁾ weil ein Gesellschafter sich sonst durch massives Fehlverhalten in den Ausschluss retten und sich so um seine Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung drücken könne. Das Gebrauchsrecht müsse den Ausschluss daher überstehen können.

Diese Ansicht hat schon zum alten Recht soweit ersichtlich keine Gefolgschaft gefunden. Der OGH geht recht knapp davon aus, dass mit der Auflösung der Gesellschaft in Bezug auf bloß zum Gebrauch eingebrachte Sachen nicht einmal mehr eine einfache Rechtsgemeinschaft bestehen kann, die den Titel zur Weiterbenützung durch die verbleibenden Gesellschafter gewähren könnte.¹³⁵⁾

In § 1203 Abs 1 ABGB neu ist nunmehr davon die Rede, dass Sachen, die den Gesellschaftern zur Nutzung überlassen worden sind, dem ausscheidenden Eigentümer zurückzugeben sind.¹³⁶⁾ Das ist für die Insolvenz konsequent, bei anderen Ausschlussgründen ist die Sorge von *F. Bydlinski* hingegen durchaus aktuell, der Gesetzgeber hat dafür aber offenbar kein offenes Ohr gehabt.

Soweit ersichtlich, wurde noch nicht untersucht, inwiefern das Ergebnis von *F. Bydlinski* auch durch Schadenersatzansprüche (Naturalrestitution) erreicht werden könnte, die sich an die sorgfaltswidrige Herbeiführung eines Ausschlussgrundes knüpfen könnten. In der Insolvenz kommt diesem Thema freilich keine Bedeutung zu.

Trenker überlegt, ob eine gesellschaftsvertragliche Gestaltung zulässig wäre, die den konkursbedingt ausgeschiedenen Gesellschafter zur weiteren Gebrauchsüberlassung verpflichtet (gegen Entschädigung).¹³⁷⁾ Der Gedanke liegt nicht fern und gießt nur das in ausdrückliche Vereinbarungsform, was *F. Bydlinski* dem Vertrag ohnehin schon entnehmen wollte. Die Hoffnung ist, dass wenn der Bestandvertrag gültig entsteht, § 24 IO einer Auflösung Riegel verschieben würde. ME ist es aber ausgesprochen zweifelhaft, dass eine Bedingung wirksam ist, die

134) *F. Bydlinski* in GS Schönherr 158; vgl auch *Wahle* in Klang V² 653.

135) OGH 6. 10. 2005, 6 Ob 61/05x MietSlg 57.155.

136) Ungeklärt ist das Verhältnis von § 1203 ABGB zur Gesamtrechtsnachfolge nach § 1215 ABGB beim Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters, da § 1215 ABGB von einer Gesamtrechtsnachfolge in das Gesellschaftsvermögen spricht, zu dem nach § 1180 ABGB auch *quoad usum* eingebrachte Sachen gehören, da davon die Rede ist, dass Sachen des Gesellschaftsvermögens „soweit nichts anderes vereinbart ist“ im Miteigentum der Gesellschafter stehen, sodass auch die anderen Widmungsarten zum Gesellschaftsvermögen zählen. Da auch die Vorbildbestimmung des § 142 nicht auf *quoad usum* eingebrachte Sachen angewendet wird (vgl *Leupold* in *Torggler*, UGB § 142 Rz 11), wird man davon ausgehen können, dass das auch für § 1215 ABGB neu gilt. Früher ordnete § 142 Abs 3 HGB die Anwendung von Art 7 Nr 15 Abs 2 EVHGB an, nach dem dem ausscheidenden Gesellschafter die Gegenstände zurückzugeben waren, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hatte. Die bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft bezüglich der *quoad usum* eingebrachten Gegenstände bestehende Lücke hat der OGH daher in 2 Ob 141/98v (OGH 2. 7. 1998, 2 Ob 141/98v EvBl 1999/16 = ecolex 1998, 912) sowie RIS-Justiz RS0110362 durch analoge Anwendung des Art 7 Nr 15 Abs 2 EVHGB geschlossen. Zwar ist diese Analogiegrundlage weggefallen, § 1203 ABGB wird aber hinreichend Aussagekraft haben, auch wenn die Norm nicht eigens für den Ausschluss des vorletzten Gesellschafters konzipiert wurde. Die Frage wird bei einer Einbringung *quoad sortem* allerdings nochmals virulent, III. A. 3.

137) *Trenker*, ZRB 2014, 119f.

Massebestandteile einem durch die Insolvenzeröffnung bedingten Vertrag unterwirft, der den Insolvenzverwalter in seinen Verwertungsmöglichkeiten natürlich ganz erheblich einschränkt.

3. Widmung *quoad sortem*

a) Grundsätzliches

Bei der Einbringung *quoad sortem* wird vereinbart, dass der Gesellschafter, der die Sache einbringt, Eigentümer bleiben, die Sache „wirtschaftlich“ oder „im Innenverhältnis“ aber für die anderen Gesellschafter halten soll. Aus dieser Trennung von Rechtsträgerschaft und wirtschaftlicher Zuordnung folgt etwa einerseits, dass der Rechtsträger über die ganze Sache verfügen kann, aber nicht darf, andererseits aber auch, dass der Nutzen allen Gesellschaftern zukommt und dass sie auch die Lasten und das Risiko dafür tragen. Eigentum im technischen Sinn im Außenverhältnis und – so problematisch die Formel ist – „wirtschaftliches“ Eigentum im Innenverhältnis fallen auseinander. Bei der Auseinandersetzung wird jedoch dem wirtschaftlichen Eigentum zum Durchbruch verholfen, die hA folgt (außerhalb der Insolvenz) den Regeln über das Miteigentum, die Sache wird daher aufgeteilt.¹³⁸⁾

Problematisch könnte in der Insolvenz sein, dass die Ansprüche der Mitgesellschafter auf „ihren“ Teil anders als beim Miteigentum gerade nicht auf „ihren“ Teil im sachenrechtlichen Sinn gerichtet sind, sodass das Aussonderungsrecht nach § 44 IO begründungsbedürftig ist.

Die Situation der Rechtsträgerschaft nach außen auf fremde Rechnung nach innen ist freilich durchaus nicht unbekannt, die Charakterisierung der Treuhand klingt ganz ähnlich.¹³⁹⁾ Mit diesem wundertätigen Rechtsinstitut werden aber bekanntlich handfeste insolvenzrechtliche Folgen verbunden – nämlich die Möglichkeit des „wirtschaftlichen Eigentümers“, in der Insolvenz des Treuhänders auszusondern.¹⁴⁰⁾ Damit drängt sich die Frage auf, ob das auch bei Sachen gilt, die der Gesellschaft *quoad sortem* gewidmet sind, was im Ergebnis zu einem Gleichlauf von *quoad dominium* und *quoad sortem* eingebrachten Sachen führen würde.

Allerdings ist schon das Verhältnis von Gesellschaft und Treuhand ausgesprochen umstritten. Der Versuch einer Abgrenzung von Treuhand und *quoad sortem* gewidmeten Gesellschaftssachen im Hinblick auf ihre insolvenzrechtliche Behandlung fällt wohl deshalb so schwer, weil die Frage, warum Treugut aussondert werden kann, ja in völligem Dunkel liegt.¹⁴¹⁾ Anders als in Deutschland¹⁴²⁾ – wo noch niemand an eine Aussonderung von *quoad sortem* gewidmetem

138) Grillberger in Rummeß § 1182 Rz 5; Jabornegg/Resch/Slezak, GesBR § 1183 Rz 4.

139) Vgl etwa Rubin in ABGB-ON^{1.01} § 1002 Rz 95.

140) Vgl dazu nur Schulyok in Konecny/Schubert, KO § 44 Rz 3; krit Spitzer, Das persönliche Recht auf Aussonderung (Habil 2012) 121 ff, 246 ff.

141) Vgl jüngst Rubin in ABGB-ON^{1.01} § 1002 Rz 135 ff und ausf Spitzer, Aussonderung 160 ff.

142) Auch dort besteht freilich keineswegs Einigkeit, Spitzer, Aussonderung 160 ff.

Vermögen gedacht hat¹⁴³) –, haben sich die österreichische Rsp und Lehre Grund und Grenzen der Treuhandwirkungen vergleichsweise wenig gewidmet, sodass das österreichische Treuhandrecht einen eher „prinzipienlosen“ Eindruck macht.¹⁴⁴) Wo Treuhand draufsteht, ist im Wesentlichen auch Aussonderung drin.¹⁴⁵)

Auf diesem wackligen Fundament aufbauend, ist die Einbringung *quoad sortem* mit ihrer Idee der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung der Treuhand jedenfalls *prima facie* aber doch durchaus vergleichbar.

Demgegenüber hebt *W. Jud* die Interessenwahrung für den Treugeber als Charakteristikum der Treuhand hervor, während bei der GesBR die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks das Ziel sei und kommt so zum Ergebnis, dass Treuhand und GesBR einander ausschließen.¹⁴⁶) *Kastner* hat dem schon zutreffend entgegeng gehalten, dass sich die Zwecke weitgehend überschneiden. Somit liege zwar nicht bei jeder GesBR eine Treuhand vor, vereinbar seien Treuhand und GesBR aber jedenfalls. Der Gesellschafter hat durch die Übertragung der Rechtsmacht nach außen hin die Funktion eines Treuhänders. Nach innen bindet ihn der Gesellschaftsvertrag. Selbst wenn man die Bindung nach innen als gesonderten Auftrag interpretiert, ändere das nichts an der generellen Vereinbarkeit von Treuhand und GesBR.¹⁴⁷)

Auch *Jabornegg* hat gegen ein Nebeneinander von GesBR und Treuhand nichts einzuwenden, wenn es darum geht, dass ein Gesellschafter „über das eigentliche Gesellschaftsverhältnis hinaus (insb in einer zusätzlichen Rechtsbeziehung)“ Gesellschaftsvermögen treuhändig verwaltet.¹⁴⁸) Man könnte dabei vielleicht an einen GesBR-Gesellschafter denken, der als Rechtsanwalt auf seinem Anderkonto Geld der Gesellschaft hält. Das hilft beim vorliegenden Problem allerdings wenig weiter, im Ergebnis ist *Jabornegg* damit näher an der Position von *W. Jud* als seine Kritik daran vermuten lässt. Er meint nämlich, es gehe wohl nicht an, die normale Vermögensordnung der GesBR auch noch zusätzlich als Treuhand zu qualifizieren, „nur um bestimmte für die Treuhand anerkannte Rechtsfolgen zu begründen, die den gesetzlichen Regelungen über die GesBR gerade nicht entnommen werden können bzw ihnen sogar widersprechen“. In eine ähnliche Richtung geht *Wittmann-Tivald*, die schon nichts dagegen hat, in der Widmung *quoad sortem* eine Treuhand des „Eigentümer-Gesellschafters zugunsten seiner Mitgesellschafter“

143) Vgl *Berninger*, Die Societas Quoad Sortem (1994) 196. Dort wird die Einbringung *quoad sortem* näher an der Einbringung *quoad usum* gesehen, sodass es einen Rückstellungsanspruch gibt.

144) Vgl aber wiederum *Rubin* in ABGB-ON^{1.01} § 1002 Rz 140 ff und *Spitzer*, Aussonderung 246 ff.

145) Der OGH hat erst in einer Entscheidung aus dem Jahr 2010 begonnen, sich mit möglichen Grenzen der Treuhand zu beschäftigen. Die stark geteilten Reaktionen in der Lehre haben jedoch anschaulich gezeigt, dass in diesem Punkt kein Konsens besteht, OGH 21. 12. 2009, 8 Ob 12./09m JBl 2010, 238 (zust *König*; krit *Karollus*) = *ecolex* 2010, 452 (*Oberhammer*).

146) *Jud*, Das Kreditkonsortium im Spannungsfeld zwischen Gelegenheits-Gesellschaft und Treuhand, *GesRZ* 1981, 129 (138).

147) *Kastner*, Kreditkonsortium, Gelegenheitsgesellschaft und Treuhand, *GesRZ* 1982, 1 (2f); diesem folgend *Strasser* in *Rummel*³ § 1102 Rz 42.

148) *Jabornegg*, Anm zu OGH 3 Ob 348/97s, JBl 2000, 238 (242).

zu sehen und somit eine Stufe vor *Jabornegg* ansetzt, die aber ein Aussonderungsrecht der Mitgesellschafter dennoch verneint.¹⁴⁹⁾

Das erscheint auf den ersten Blick nicht so sicher. Die insolvenzrechtliche Privilegierung des Treugebers ist ein Kind des 20. Jahrhunderts, der Gesetzgeber des ABGB konnte bei der *quoad sortem*-Einbringung an eine Privilegierung der Gesellschafter noch gar nicht denken, sodass die Frage ist, ob es überhaupt eine Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine solche Privilegierung gibt.

Dies vermutet *Butschek*, der eine große Ähnlichkeit zwischen Treuhand und *quoad sortem*-Einbringung sieht, sich aber im Anschluss an *Jabornegg* gegen eine Privilegierung der Mitgesellschafter in der Insolvenz wendet, weil so entgegen der gesetzgeberischen Entscheidung, kein außenwirksames Gesamthand Eigentum vorzusehen, *contra legem* Außenwirksamkeit hergestellt würde.¹⁵⁰⁾ Im Ergebnis kommen beide zu einer Sperrwirkung der Vermögensordnung der GesBR.

Jedenfalls dem Standpunkt von *Butschek* dürfte indes ein Missverständnis der Thesen der Treuhandbefürworter zugrunde liegen.

Wie *König* grundlegend herausgearbeitet hat,¹⁵¹⁾ ist der Alleineigentümer Treuhänder für die Anteile der Mitgesellschafter am *quoad sortem*-Gut, es soll also eine Art gemischte Treuhand (Eigenanteil, Treuhand für Mitanteile der übrigen) vorliegen, gegen die mE keine grundsätzlichen Bedenken bestehen.¹⁵²⁾ Bei grundsätzlicher Aussonderung von Treugut führt dies nach *König* zur Aussonderung der Anteile der Gesellschafter. Diesen Standpunkt referiert der OGH in der Entscheidung 3 Ob 348/97s, kommt allerdings nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, weil es im konkreten Fall um die Exszindierung des „Eigenanteils“ des Treuhänders gegangen ist. Mehrere Miteigentümer einer Liegenschaft wollten diese Miteigentumsanteile in einer GesBR verwalten und vereinbarten allseitig schuldrechtliche Beschränkungen hinsichtlich der Verfügung über die jeweiligen Anteile.¹⁵³⁾ Dass daraus für die Miteigentumsanteile der Konkursanten kein Aussonderungsrecht resultieren konnte, ist eigentlich sonnenklar, der OGH fasst dies so zusammen, dass „*hinsichtlich des eigenen Miteigentumsanteils des in Konkurs geratenen Gesellschafters nur ein sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ableitender Verschaffungsanspruch*“ zustehe, der jedoch nicht zur Aussonderung berechtigt.¹⁵⁴⁾

149) Dabei ist allerdings die Entscheidung 3 Ob 348/97s JBl 2000, 238 (*Jabornegg*) nur bedingt zur Begründung dieses Standpunktes geeignet, da es dort um den „Eigenanteil“ des Konkursanten geht, siehe sogleich. Ebensovienig lässt sich aber sagen (aA *Butschek*, Treuhand, Treuhandmissbrauch und Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ÖBA 2012, 820 [821 ff]), dass der OGH damit der Ansicht von *König* folge.

150) *Butschek*, ÖBA 2012, 822.

151) *König*, ZIK 1996, 77; diesem folgend *Riedler*, Treuhandmissbrauch bei *quoad sortem* in eine GesBR eingebrachten Sachen, wbl 2007, 218 (218 ff); *Trenker*, ZRB 2014, 117 ff.

152) AA eine prominente deutsche Ansicht zu gemischten Treuhandkonten, *Ganter* in MüKo InsO I³ § 47 InsO Rz 392a; *Lange*, Treuhandkonten in Zwangsvollstreckung und Insolvenz, NJW 2007, 2513 (2514).

153) In OGH 20. 4. 2006, 5 Ob 297/05w EvBl 2006/146 = *ecolx* 2006/435 folgt der OGH *König* explizit, allerdings nicht unter insolvenzrechtlichen Auspizien, sondern im Hinblick auf Treuhandmissbrauch.

154) Ob dieser Fall wirklich eine *quoad sortem*-Einbringung sein sollte, ist mE mit *Jabornegg*, JBl 2000, 243 zu bezweifeln.

Wenn *Butschek* sich gegen das Argument von *König*, „die Kläger hätten nur einen Verschaffungsanspruch nach § 1181 ABGB“, mit dem Hinweis wendet, das sei bei der Treuhand eben so, „der Treugeber hat immer nur einen obligatorischen Herausgabeanspruch gegen den Treuhänder (§ 1009 ABGB). Trotzdem kann er aussondern bzw. exszindieren!“ so trifft das schon zu, aber hinsichtlich des eigenen Anteils verneint *König* die Aussonderung ja deshalb, weil es dafür keine Treuhandbindung gibt, sondern nur einen nicht verabsolutierbaren Verschaffungsanspruch, der auf den Zusammenhalt des Gesellschaftsvermögens gerichtet ist.

Dieser Gedanke liegt auch der OGH-Entscheidung zu Grunde, deren Kern ist, dass den Mitgesellschaftern „hinsichtlich des eigenen Miteigentumsanteils des in Konkurs geratenen Gesellschafters nur ein sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ableitender Verschaffungsanspruch“ zusteht.¹⁵⁵⁾ Die von *Butschek* befürchtete Inkonsequenz besteht daher mE nicht. Ebenso wenig trägt aber das Argument, die Treuhandlösung bewirke eine Vergesamthandshaftung auf Umwegen und laufe so der Vermögensordnung der GesBR zuwider. Der Wunsch des Gesetzgebers nach einer im Gegensatz zur Gesamthand „nicht außenwirksamen Eigentumsordnung der GesBR“¹⁵⁶⁾ erfasst nämlich zweifellos nicht die Anteile der Mitgesellschafter, wie ein Blick auf *quoad dominium* eingebrachte Sachen zeigt.

b) GesBR alt

Damit reduziert sich die Frage aber darauf, ob eine Konstellation, die zur Zeit des ABGB keine absolute Rechtsposition gewährt hätte (Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung), dies nun doch tun soll, wenn den Voraussetzungen der Treuhand genügt wird. Dagegen bestehen keine durchgreifenden Einwände.¹⁵⁷⁾ Der Sündenfall ist nicht die Beurteilung der *quoad sortem* eingebrachten Sachen, sondern die Treuhand. Was dort in einem ersten Schritt *praeter* oder *contra legem* anerkannt wurde (nämlich der Vollstreckungsschutz), sollte in einem zweiten Schritt dann möglichst widerspruchsfrei umgesetzt werden, wobei hier nicht der Ort ist, um die bereits angesprochene Diskussion über den Grund, vor allem aber die Grenzen der Aussonderung von Treugut zu führen.¹⁵⁸⁾ Als zwei Schlagworte seien in dem Zusammenhang nur die mE zu befürwortende Offenkundigkeit der Treuhandbindung und die Tragung des wirtschaftlichen Risikos durch den Treugeber genannt, auf die in jüngerer Zeit auch der OGH rekuriert hat.¹⁵⁹⁾

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden: Die Mitgesellschafter haben im Sinne *Königs* daher hinsichtlich der Treuhandanteile – nicht aber hinsichtlich des auf den Treuhänder entfallenden Eigenanteils – ein Aussonderungsrecht,

155) Hervorhebung durch den Verfasser.

156) *Butschek*, ÖBA 2012, 823.

157) *Riedler*, Zur zivil- und insolvenzrechtlichen Stellung von Konsortialbanken beim Innenkreditkonsortium, ÖBA 2014, 727; *Thurnher*, Grundfragen des Treuhandwesens (1994) 39 FN 127; OGH 20. 4. 2006, 5 Ob 297/05w EvBl 2006/146 = *ecolex* 2006/435.

158) Vgl *Rubin* in ABGB-ON^{1.01} § 1002 Rz 135 ff und *Spitzer*, Aussonderung 160 ff, 246 ff, 260 ff.

159) OGH 21. 12. 2009, 8 Ob 12/09m JBl 2010, 238 (zust *König*; krit *Karollus*) = *ecolex* 2010, 452 (*Oberhammer*).

das den Regeln folgt, die für die Aussonderung bei der Treuhand allgemein gelten.¹⁶⁰⁾

Über dieses Ergebnis wollen *Eckert* und diesem folgend *Trenker* hinausgehen, die den Eigenanteil in den Blick nehmen, dessen fehlende Aussonderung die Gesellschaftswidmung im Falle der Teilung sprengt. Zu bedenken sei, dass doch die ganze Sache dem Gesellschaftszweck gewidmet werde und die wahren wirtschaftlich Berechtigten die Gesellschafter in ihrer jeweiligen Zusammensetzung seien. Treugeber seien also die jeweils verbleibenden Gesellschafter, allerdings hinsichtlich des gesamten Vermögens. Das bedeutet konkret: Bei *quoad sortem* eingebrachten Sachen, bei denen der spätere Konkursant seinen wirtschaftlichen Anteil an der Sache für sich und die übrigen für die übrigen Gesellschafter hält, kommt es zu einer Veränderung der Treugeberstruktur, indem der Konkursant aussteigt und die Treugeber den früheren Eigenanteil durch Quotenerhöhung schlucken.¹⁶¹⁾

Dies weckt Bedenken im Hinblick auf die *quoad dominium*-Einbringung, bei der der Miteigentumsanteil des Konkursanten ja schutzlos ist. Den drohenden Wertungswiderspruch, dass die „schwächere“ Einbringung *quoad sortem* die stärkere *quoad dominium* überholen könnte, soll dadurch gelöst werden, dass das Ausscheiden des konkursanten Miteigentümers „überhaupt erst dazu [führt], dass er seinen Miteigentumsanteil nur noch treuhändig innehat“.¹⁶²⁾ Bei *quoad dominium* eingebrachten Sachen kann dann der frühere Miteigentumsanteil als Treugut ausgesondert werden, bei *quoad sortem* eingebrachten Sachen gleich die ganze Sache, das empfehle sich, weil somit „ohne die systemwidrige Heranziehung einer Gesamtrechtsnachfolge weitestgehend das Ergebnis der Gesellschafterinsolvenz bei rechtsfähigen Gesellschaften nachvollzogen“ würde.¹⁶³⁾

Dem ist entschieden entgegenzutreten, da ein solcher Vorgang zwar vielleicht ohne die systemwidrige Gesamtrechtsnachfolge auskommen mag, allerdings nur durch Magie zu erklären wäre. Wer am Tag vor der Insolvenzeröffnung noch formaler Miteigentümer (*quoad dominium*) oder formaler Alleineigentümer (mit einem materiellen Eigenanteil an) der Sache ist (*quoad sortem*), ist am Tag danach nur mehr Treuhänder für alle anderen? Wie könnte das funktionieren? Es soll offenbar um eine durch die Insolvenzeröffnung bedingte Vereinbarungstreuhand gehen, jeweils zu Gunsten derjenigen, die sonst gerade noch in der Gesellschaft sind und zu Lasten desjenigen, der insolvent wird. Ein solches Modell ist schon denkbar, es ist freilich gerade die Gesamthand, bei der *Torggler* die An- und Abwachsung als natürliche Folge der Anteilsübertragung empfindet, weil die dingliche Berechtigung der Gesellschafter an einzelnen Vermögenswerten nur ein Nebeneffekt der Beteiligung an der Gesellschaft sei.¹⁶⁴⁾ *De lege lata* ist dieses Modell mE daher ausgeschlossen. Dagegen obwalten nicht nur die Bedenken von *Jabornegg*¹⁶⁵⁾ hinsichtlich einer Sperrwirkung der Vermögensord-

160) Vgl dazu *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, KO § 44 Rz 3 ff.

161) *Eckert* in *Konecny*, Insolvenzforum 2010 68 ff; *Trenker*, ZRB 2014, 118 ff.

162) *Trenker*, ZRB 2014, 118.

163) *Trenker*, ZRB 2014, 118 f.

164) *Torggler*, JBl 2011, 358 f; *ders*, wbl 2011, 520, der für die Mitunternehmer-GesBR auf §§ 38 f UGB verweist.

165) *Jabornegg*, JBl 2000, 238.

nung der GesBR, sondern auch erhebliche sachenrechtliche und insolvenzrechtliche Bedenken.

c) GesBR neu

Die Einbringung *quoad sortem* kennt auch das neue Recht, wenn es in § 1180 Abs 2 ABGB neu davon spricht, dass Sachen im Innenverhältnis so behandelt werden, als ob sie allen gemeinsam gehörten.¹⁶⁶⁾

Was heißt das in der Insolvenz? Grundsätzlich hat sich an den Rahmenbedingungen für *quoad sortem*-Gesellschaftsvermögen nichts geändert. § 1201 ABGB neu über den Übergang des Gesellschaftsvermögens fingiert für Sachen, „*die im Miteigentum der Gesellschafter stehen*“, die Übergabe, von sonstigen (im Alleineigentum des Konkursanten stehende, aber schuldrechtlich gebundene) Sachen ist nicht die Rede. Auch die Mat deuten in keiner Weise in die Richtung, dass nunmehr auch der wirtschaftliche Eigenanteil ausgesondert werden könnte, es findet sich nicht einmal die bisher ja nicht unumstrittene Ansicht von König bestätigt, worauf dieser in seiner Stellungnahme im Gesetzgebungsverfahren hingewiesen hat.¹⁶⁷⁾

Unerfreulich ist, dass der JA¹⁶⁸⁾ sein „*Verständnis zur Vermögensordnung der Gesellschaft*“ festgehalten hat, zu dem es gehört, dass sichergestellt werden solle, dass die übrigen Gesellschafter iSd § 1214 ABGB neu die Gesellschaft unter Verwendung *quoad sortem* eingebrachter Sachen fortsetzen können, sodass die Sache „*im Zweifel auch bei Ausscheiden des einbringenden Gesellschafters (insbesondere im Fall seines Konkurses) weiterhin als gesellschaftsverfangenes Vermögen den übrigen Gesellschaftern zur Verfügung zu überlassen*“ ist.

Was mag das bedeuten? Eine Sache soll „weiterhin“ den Gesellschaftern „zur Verfügung“ überlassen werden. Ist damit die sachenrechtliche Verfügungsmöglichkeit über die Substanz gemeint? Ist Verfügung ein Synonym für „Eigentum“? Beides kann nicht „weiterhin“ überlassen werden, weil beides bisher der konkursante Alleineigentümer allein hatte. Aber auch die erstmalige Überlassung der ganzen Sache (im Wege der Aussonderung) wäre keine glückliche Idee, ist eine Treuhand doch nach herrschender – wenngleich abzulehnender – Auffassung publizitätslos und damit insolvenzfest auch an Liegenschaften möglich. Sogar an *quoad dominium*-Liegenschaften kommt es aber nicht zu einer insolvenzfesten Position der Mitgesellschafter, weil § 1201 Abs 2 und § 1215 Abs 1 ABGB für bürgerliche Rechte nicht gelten. Überholt die Treuhand nun die stärkste Form der GesBR-Vermögensbindung? Soll es – da doch die Fortführung der Gesellschaft „unter Verwendung dieser Sachen“ das Ziel ist – vielleicht gar nicht um die Rechtszuständigkeit gehen, sondern um Nutzungsrechte? Wenn es aber nur darum geht, werden dann auch Forderungen erfasst?

166) Vgl auch ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 11 f, die sonst zu dieser Einbringungsart nicht viel Erhellendes beitragen.

167) König, 1/SN-34/ME 25. GP 2. Auch Königs – berechnete – sprachliche Kritik an § 1180 Abs 2 ABGB neu hat nicht verfangen.

168) Bericht des JA 297 BlgNR 25. GP 1 f.

Was der JA gedacht hat, ist nicht leicht nachvollziehbar. Da gerade die Rechtslage in der Insolvenz eine wichtige Motivation für den JA war, wird die Begründung eines (nachvertraglichen) Nutzungsrechts nicht genügen, sofern der Insolvenzverwalter dadurch nicht gebunden ist. Ist eine volle Aussonderung gewünscht, müsste der Gefahr vorgebeugt werden, dass bei Liegenschaften, die aus Publizitätsgründen (!) von der Gesamtrechtsnachfolge ausgeschlossen sind,¹⁶⁹⁾ ein noch viel publizitätsloseres Privileg (weil nicht nur für den Miteigentumsanteil, sondern für die im Alleineigentum stehende Sache) begründet wird.

Zu denken wäre vielleicht daran, den Übergang der Zuordnung des gesellschaftsverfangenen Eigenanteils in (sinngemäßer?) Anwendung von § 1215, § 1201 zu bewerkstelligen, was zumindest Widersprüche bei Immobilien ersparen würde. Dabei wird freilich ein vermeintliches Nebengleis übersehen. Der exekutionsrechtliche Zwilling der Aussonderung ist die Exszindierung. Bei den Anteilen, die treuhändig gehalten werden, macht dieser Drittwiderspruch kein Problem, es gibt einen Gleichlauf zur Aussonderung. Beim Eigenanteil wird es schwierig. Sämtliche Anwachsungsvorgänge werden an das Ausscheiden des (vorletzten, § 1215) Gesellschafters geknüpft (§ 1201). Führt ein Gesellschaftergläubiger Exekution, soll ihm dies – ausweislich der Mat – sogar explizit möglich sein. Das exekutionsunterworfenen Vermögen ist damit größer als die Masse,¹⁷⁰⁾ weil in den Eigenanteil am Vermögen *quoad sortem* sehr wohl vollstreckt werden kann.

ME besteht kein Grund, in Anbetracht der völlig vagen Ausführungen des JA das gesamte Gefüge der Vermögensordnung auf den Kopf zu stellen. Es ist keineswegs notwendig, dass die schwächere Einbringung *quoad sortem* dasselbe Ergebnis erreicht wie die stärkere Einbringung *quoad dominium*. Ganz und gar unpassend wäre es, wenn die schwächere Einbringungsform die stärkere sogar noch überholt. ME sind daher ungeachtet der ausgesuchten dunklen Stellungnahme des JA die allgemeinen Regeln anzuwenden, sodass sich an der Rechtslage nichts geändert hat. Hinsichtlich der materiellen Fremdanteile ist ein Aussonderungsrecht nach den Regeln der Treuhand angemessen und systemkonform. Eine Aussonderung auch des bisherigen Eigenanteils lässt sich – im Gegensatz zum alten Recht – aber durchaus vertreten, dies ist durch eine analoge Anwendung der § 1201 und § 1215 möglich.

169) ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 19 f.

170) Dieses Problem ist kein Spezifikum der *quoad sortem* eingebrachten Sachen, sondern stellt sich auch bei *quoad dominium*-Widmung.

B. Forderungen und Verbindlichkeiten

1. Rechtsnatur

Bevor die Frage des Schicksals von Forderungen der Gesellschaft (präzise: gemeinschaftliche Forderungen der Gesellschafter) und gegen die Gesellschaft (präzise: gemeinschaftliche Verbindlichkeiten der Gesellschafter) beantwortet werden kann, bedarf es Klarheit über eine wesentliche Vorwertung: Welche Rechtsnatur haben Forderungen der Gesellschaft und gegen die Gesellschaft?¹⁷¹⁾

a) Forderungen der Gesellschaft

Während man sich nach altem Recht über die Anordnung von § 1203 ABGB alt zuerst einmal hinwegsetzen musste,¹⁷²⁾ um wie die hA auch bei teilbaren Forderungen statt Teilforderungen¹⁷³⁾ Gesamthandforderungen anzunehmen, wollte der Reformgesetzgeber die schon bisher hA festschreiben und ordnet in § 1180 Abs 1 ABGB neu an, dass mangels anderer Vereinbarung unkörperliche Sachen, insbesondere schuldrechtliche Forderungen, den Gesellschaftern zur gesamten Hand zugeordnet sind. Gesamthandforderungen sind solche Forderungen, die nur allen Gläubigern gegenüber erfüllt werden können.¹⁷⁴⁾

b) Verbindlichkeiten der Gesellschaft

Gesellschaftsverbindlichkeiten sind nach § 1203 alt bei Unteilbarkeit Solidarschulden; Solidarschuld besteht nach § 348 UGB auch, wenn die Gesellschafter Unternehmer sind und die Beteiligung an der GesBR im Rahmen ihres Unternehmens eingegangen sind. Sonst – also bei teilbaren Forderungen gegen nicht-unternehmerische Gesellschafter – müssten Teilschulden vorliegen,¹⁷⁵⁾ was die hA großzügig ignoriert und tendenziell zur Solidarschuld kommt.¹⁷⁶⁾ Für solche

171) Dazu ausf *Perner*, Zur Qualifikation von Forderungen einer Gesellschaft Bürgerlichen Rechts, NZ 2004, 101; *ders* in Klang³ § 890 Rz 48 ff; *Welser*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gläubiger und Schuldner, GesRZ 1978, 141; 1979, 15.

172) Vgl *Perner*, NZ 2004, 109; *ders* in Klang³ § 890 Rz 49.

173) Vgl krit *Thiery*, GesBR 100 ff; *Torggler*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013) Rz 381; *ders*, wbl 2011, 526; *Zeiller*, Kommentar III/2, 562 ff.

Für die Gesamthandforderung OGH RIS-Justiz RS0017330; RS0017326, laut denen Forderungen „regelmäßig Gesamthandforderungen“ sind; *Welser*, GesRZ 1978, 145 f, der einerseits den Parteiwillen und § 848 ABGB als Begründung sieht. Weiters entspräche es nicht dem Gesellschaftszweck, wenn die Geldflüsse „unter Umgehung der Gemeinschaftskasse den Weg zu den einzelnen Partnern nehmen“.

174) Ob auch nur alle Gläubiger gemeinsam fordern können, ist umstritten, historische und teleologische Gründe sprechen freilich für eine Einzelklagebefugnis jedes Gesamthandgläubigers auf Leistung an alle, so *Perner*, Glaubensfragen bei Gläubigermehrheiten im ABGB, JBl 2006, 400 (401); aA *Riedler*, Gesamt- und Teilgläubigerschaft (1998) 249 FN 1259; *ders*, Gesellschafterkompetenz bei Forderungen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 1203 Satz 2 ABGB), JBl 1999, 638 (647 FN 104).

175) So zutr *Torggler*, Gesellschaftsrecht Rz 387.

176) OGH RIS-Justiz RS0022204; RS0017319.

Verbindlichkeiten haftet daher jeder Gesellschafter voll und persönlich.¹⁷⁷⁾ Wie bei den Gesellschaftsforderungen ist auch bei den Gesellschaftsverbindlichkeiten der Reformgesetzgeber dazu übergegangen, die früher hA zu kodifizieren, sodass nach § 1199 neu Gesamtschuldnerschaft, also Solidarschuldnerschaft, vorliegt.

Davon wird in der Praxis allerdings – gerade bei wirtschaftlich wichtigen Gesellschaften – häufig abgewichen. Typischerweise verpflichten sich etwa Banken eines Kreditkonsortiums nicht solidarisch, auch bei der Bau-ARGE ist eine solidarische Verpflichtung zur Errichtung des gesamten Werks nicht üblich.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass Forderungen im Verhältnis zwischen GesBR und Gesellschafter als gegenseitige Forderungen zu qualifizieren sind, sodass die Aufrechnung zulässig ist.¹⁷⁸⁾

c) Zusammenschau

Es bleibt dementsprechend alles beim Alten, nunmehr aber mit eindeutiger gesetzlicher Deckung. Gesellschaftsforderungen sind Gesamthandforderungen der Gesellschafter, Gesellschaftsschulden Solidarschulden der Gesellschafter. Was folgt daraus für die Insolvenz eines Gesellschafters?

2. Einbettung in Vertragsverhältnisse

Forderungen und Verbindlichkeiten sind meist in Vertragsverhältnisse der GesBR eingebettet. Im alten Recht folgte der OGH der Ansicht, dass im Konkurs eines Gesellschafters der Masseverwalter sich bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 21 IO aus dem jeweiligen Schuldverhältnis der GesBR mit dem Dritten lösen konnte. Dies war ihm abweichend von allgemeinen Regeln im Alleingang möglich, wobei ein solcher Rücktritt das Schuldverhältnis nicht gänzlich, sondern nur für die Masse aufhob,¹⁷⁹⁾ sodass dem Dritten ein Ersatzanspruch nach § 21 Abs 2 IO zustand.

In Hinkunft verliert der konkursante Gesellschafter seine Eigenschaft als Vertragspartner meist kraft Gesetzes: Im Lichte des Bestrebens der GesBR-Reform, Veränderungen im Gesellschafterbestand möglichst zu erleichtern, sieht das Gesetz nunmehr vor, dass die gesellschaftsbezogenen, nicht höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse vom ausscheidenden Gesellschafter auf die verbleibenden übergehen (§ 1201). Davon ist der Dritte zu verständigen und kann binnen drei Monaten nach Verständigung Widerspruch erheben. § 1201 neu lehnt sich dabei eng an § 38 UGB an.

177) Daraus folgt auch, dass ein Gesellschafter mit einer Eigenforderung gegen die Forderung, die gegen die GesBR gerichtet ist, aufrechnet, *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesBR § 1203 Rz 8.

178) *Wittmann-Tivald* in ABGB-ON¹⁻⁰² § 1203 Rz 18; *Dullinger* in *Rummel*³ § 1441 Rz 15.

179) OGH 23. 5. 1991, 7 Ob 538/91 im Anschluss an *Welser/Graff*, Rücktrittsrecht des Masseverwalters im Konkurs eines ARGE-Partners, GesRZ 1984, 121 ff; vgl auch *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, § 21 KO Rz 27; *Widhalm-Budak* in *Schubert/Konecny* § 21 KO Rz 45.

3. Forderungen außer Konten

a) GesBR alt

Wird ein Gesellschafter insolvent, ändert das am Bestand von Gesellschaftsforderungen grundsätzlich nichts,¹⁸⁰⁾ die Forderung bleibt eine Gesamthandforderung der Gesellschafter. Erst nach der Auseinandersetzung kann der dann Rechtszuständige darüber verfügen.¹⁸¹⁾

Hat ein dritter Gläubiger eine Gegenforderung, ist eine Aufrechnung gegen die Gesamthandforderung dann möglich, wenn es sich um eine Forderung gegen „die Gesellschaft“ handelt. Besteht die Forderung nur gegenüber dem insolventen Mitgesellschafter, ist eine Aufrechnung hingegen nicht möglich, eben weil die Forderung eine Gesamthandforderung ist. Da bei Gesamthandforderungen nur allen Gläubigern geleistet werden kann, kann auch die Aufrechnung nur allen gegenüber erfolgen und nicht mit Forderungen gegen Einzelgläubiger: Wer an alle leisten muss, kann nicht durch eine Gegenforderung gegen einen bezahlen, es fehlt die für die Aufrechnung erforderliche Gegenseitigkeit.

Fraglich ist dann noch, ob eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung – im Gesellschaftsvertrag – etwas am Bestand der Forderungen als Gesamthandforderungen ändern könnte. Grundsätzlich geht die Rsp davon aus, dass wenn eine Forderung bis zum Ausscheiden eines Gesellschafters eine Gesamthandforderung aller Gesellschafter war, sie dies auch nach Auflösung der Gesellschaft bleibt, falls keine gegenteilige Vereinbarung getroffen worden ist.¹⁸²⁾ Die Rsp hat solche Vereinbarungen schon früher sehr großzügig beurteilt und ein Ausscheiden des insolventen Gesellschafters für zulässig gehalten. Der OGH vertritt dabei die zutreffende Position, „*dass die gänzliche oder teilweise Umwandlung einer Gesamthandforderung der Gesellschaft in Forderungen der einzelnen Gesellschafter nur einer Vereinbarung der Gesellschafter bedarf.*“¹⁸³⁾

b) GesBR neu

§ 1201 ABGB neu hat offenkundig die Aufgabe, das Ausscheiden eines Gesellschafters so friktionsfrei wie möglich zu gestalten. Seine Rechtsverhältnisse gehen – wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht und die Gesellschaft fortgesetzt wird – auf die übrigen Gesellschafter über, wozu § 1201 Abs 1 ABGB neu die Verfügungsgeschäfte erleichtert. Die Norm knüpft damit an § 38

180) Vgl OGH 23. 5. 1991, 7 Ob 538/91 wbl 1991, 403 = ecolex 1992, 160; RIS-Justiz RS0017331.

181) *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesBR § 1203 Rz 4.

182) OGH RIS-Justiz RS0017331.

183) OGH 20. 12. 2000, 3 Ob 283/00i ecolex 2001/174 = MietSlg 52.088 unter Berufung auf OGH 17. 11. 1977, 7 Ob 701/77 QuHGZ 1978/4, 653 = SZ 50/151, wo es um den Fall einer Insolvenz ging. OGH 24. 5. 2000, 3 Ob 146/99p MietSlg 52.088 verlangt eine vorherige Auseinandersetzung der Gesellschafter; OGH 18. 9. 1991, 1 Ob 669/90 erlaubt die Geltendmachung der Gesamthandforderung, sofern die übrigen Gesellschafter zugestimmt haben; OGH 23. 5. 1991, 7 Ob 538/91 ecolex 1992, 160 = SZ 64/63 verlangt ebenfalls entweder die Zustimmung der Gesellschafter oder Klage auf Hinterlegung für alle Gesellschafter.

UGB an. Das bedeutet für den konkursanten Gesellschafter, dass er aus der Gemeinschaft ausscheidet. Die übrigen Gesellschafter bilden nun die Gläubigergemeinschaft, war der ausscheidende der vorletzte Gesellschafter (§ 1201 ABGB neu), kommt es zur Gesamtrechtsnachfolge auf den letzten (§ 1215 ABGB neu).

Da von den Umwälzungen in der GesBR Dritte nicht notwendig wissen, installiert § 1201 ABGB ein Vertrauensschutzregime. Anders als der Übergang von Rechtsverhältnissen (Abs 1), gilt dieses jedoch nur für Vertragsverhältnisse (Abs 3, 4), kein Synonym, wie ein Blick in § 38 UGB und die einschlägige Lit zeigt.¹⁸⁴⁾ Dabei fällt zweierlei auf:

Einerseits, dass das auf Vertragsverhältnisse abstellende Vertrauensschutzkonzept schon zu § 38 UGB nicht hinreichend ist,¹⁸⁵⁾ weil es zB einzelne Forderungen nicht erfasst.¹⁸⁶⁾ Dem kann durch Analogie begegnet werden. Andererseits ist der Vertrauensschutz auch sachlich – wieder – zu eng. Nach Abs 4 kann der Dritte „sowohl gegenüber dem ausscheidenden als auch gegenüber dem nachfolgenden Gesellschafter auf das Vertragsverhältnis bezogene Erklärungen abgeben und seine Verbindlichkeiten erfüllen“. Dies bleibt hinter dem zessionsrechtlichen Schutz des § 1395 ABGB zurück, weil Vereinbarungen mit dem Scheingläubiger (Stundung, Vergleich) vom Gesetzeswortlaut nicht erfasst werden. „Diese unverständliche Lücke muss daher durch eine Analogie geschlossen werden“¹⁸⁷⁾, das gilt auch bei der GesBR, bei der das Problem aber weniger gravierend ist. Weil die Gesellschaftsforderungen ja wie bereits erwähnt Gesamthandforderungen sind, wäre eine Leistung an nur einen (und damit auch den ausgeschiedenen) Gesellschafter ohnehin nicht schuldbeitend gewesen, sodass es kein diesbezügliches Vertrauen gibt. Die Zahlung wird vielmehr idR auf ein Gemeinschaftskonto erfolgen, was nahtlos zum Schicksal von Bankkonten überleitet.

4. Konten

a) Allgemeines

Beim Konto einer GesBR handelt es sich natürlich um ein gemeinschaftliches Konto der Gesellschafter. Allerdings kennt das Bankrecht verschiedene Ausgestaltungen solcher gemeinschaftlicher Konten, die sich nach der Vereinba-

184) Statt aller Karollus in Jabornegg/Artmann² § 38 Rz 22 ff.

185) Karollus in Jabornegg/Artmann² § 38 Rz 46, der konstatiert, dass trotz einer ersten Reparatur durch das URÄG 2008 die Regelung immer noch nicht alle Fälle eines legitimen Vertrauensschutzbedürfnisses erfasse und daher einer mehrfachen Erweiterung durch Analogie bedürfe.

186) Krejci, § 38 UGB: Zurück ins Trockendock? ÖJZ 2007, 841 (850). Vielleicht sieht der Gesetzgeber das aber nicht so eng, immerhin sprechen die 34/ME 25. GP Erläut 20, unkritisch („Abs 3 und 4 regeln das Schicksal von Rechtsverhältnissen mit Dritten“) von Rechtsverhältnissen (wie in Abs 1), wo das Gesetz von Vertragsverhältnissen spricht.

187) Karollus in Jabornegg/Artmann² § 38 Rz 51; Artmann, Offene Fragen zum Unternehmensübergang nach §§ 38 f UGB, wbl 2007, 253 (259); Dellinger, Von wechselnden Kreditnehmern und widersprechenden Bürgen, ÖBA 2008, 176 (183).

nung zwischen der Bank und den Kontoinhabern richten.¹⁸⁸⁾ Unterschieden werden Und-Konten sowie Oder-Konten. „Wurde nicht ausdrücklich anderes vereinbart, so ist jeder Kontomitinhaber allein berechtigt, über die Kontoforderung zu disponieren“¹⁸⁹⁾ (Z 35 ABB), im Zweifel liegt also ein Oder-Konto vor,¹⁹⁰⁾ und damit das Pendant gerade nicht zur Gesamthandforderung (gegen die Bank), sondern zur Gesamt(Solidar-)forderung (§§ 892 ff ABGB).¹⁹¹⁾

Die Gesamthandforderung gegen den Dritten wird also durch Überweisung an alle auf ein gemeinschaftliches Konto getilgt. Das Guthaben dieses Kontos ist eine Gesamtforderung der Gesellschafter gegen die Bank. Jeder Kontoinhaber kann daher allein über das gesamte Guthaben verfügen, es entscheidet das Zutvorkommen.¹⁹²⁾ Wurde – ausnahmsweise – ein Und-Konto vereinbart, können demgegenüber nur alle Kontoinhaber gemeinsam über die Kontoforderung verfügen, es liegt das Pendant zur Gesamthandforderung vor.¹⁹³⁾

Wesentlich ist, dass das Oder-Konto durch einseitigen Widerruf des Dispositionsrechts durch jeden Kontoinhaber zum Und-Konto gemacht werden kann (Z 35 Abs 3 ABB), sodass die Gemeinschaftler dann nur mehr gemeinsam berechtigt sind.¹⁹⁴⁾

b) GesBR alt

§ 26 IO beendet mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erteilte Aufträge des Gemeinschuldners.¹⁹⁵⁾ So erlöschen auch der Girovertrag und die Konto-

188) *Rüffler/Told*, GES 2014, 228 f ventilieren die Frage der Zulässigkeit einer anderen Vereinbarung als einer Gesamthand.

189) Davon zu unterscheiden sind Verfügungen über das Konto selbst (Eröffnung, Schließung, Erteilung von Zeichnungsberechtigungen), die auch beim Oder-Konto nur von allen Inhabern gemeinsam getroffen werden können.

190) *Koziol in Iro/Koziol*, Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte Kommentar (2001) Z 35 Rz 1.

191) *K. Schmidt*, Das Gemeinschaftskonto: Rechtsgemeinschaft am Rechtsverhältnis, in FS Hadding (2004) 1093 (1098 ff).

192) *Iro in Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II² (2008) Rz 1/136 mit Hinweis auf die hA in Deutschland, wonach die Bank auch die letzte Weisung ausführen kann.

193) Vgl zur Rechtsnatur *Perner* in *Klang*³ § 890 Rz 55 ff.

194) *Iro in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II² Rz 1/141 ff; *Perner* in *Klang*³ § 892 Rz 22; *K. Schmidt* in FS Hadding 1100 f. Schwierig ist die Frage zu beantworten, wie sich das auf Aufrechnungslagen auswirkt. § 892 ABGB akzeptiert natürlich, dass die Aufrechnung dann nur mehr mit Forderungen gegen die Gesellschaft und gegen den Konzentrierenden möglich ist. Die Verengung der Aufrechnungslagen ist daher im Konzept der Norm angelegt (aA *Koch*, Die Gegenseitigkeit und deren Nachbildung durch Aufrechnungsvertrag, JBl 1989, 222 [228 ff]); vgl auch die Überlegung von *Iro in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 1/335 FN 592-596 zu § 1442). Bei der Verwandlung in ein Und-Konto ist freilich nur mehr eine Aufrechnung mit Forderungen gegen die Gesellschaft möglich.

195) Vgl zu GesBR-Konten nach altem Recht den nach Fertigstellung dieses Beitrages erschienenen Aufsatz von *Lentsch*, Das Bankkonto der GesBR im Konkurs eines ihrer Gesellschafter, in *Konecny* (Hrsg), ZIK Spezial – Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015 (2015) 101.

korrentabrede¹⁹⁶) – dies gilt nach hA nur im Verhältnis zum insolventen Kontoinhaber, nicht aber gegenüber den anderen¹⁹⁷) – sowie Zeichnungs- oder Verfügungsberechtigungen.

Die Beendigung des Girovertrages bedeutet aber natürlich nicht das Erlöschen jeder Rechtsbeziehung zwischen Bank und Kunden. Der Kunde hat insbesondere nach wie vor seinen Anspruch auf Auszahlung des Kontoguthabens. Dieser Anspruch ist beim Oder-Konto ein Anspruch jedes Kontoinhabers, beim Und-Konto ein Anspruch aller Kontoinhaber auf Leistung an alle. Daraus folgt, dass beim typischen Oder-Konto jeder Kontoinhaber über die Kontoforderung Verfügungsberechtigt ist (Z 35 Abs 3 ABB). Wer zuerst kommt, mahlt dabei auch zuerst (§ 892 ABGB: es ist an den zu zahlen, der den Schuldner zuerst darum angeht), daraus folgen nur interne Ausgleichsansprüche. Beim Und-Konto ist die Auszahlung an nur einen Gemeinschaftler hingegen unzulässig und unwirksam. Schuldbefreiend kann nur an alle geleistet werden.

Geht man zum alten Recht nicht von einer Anwachsung oder Gesamtrechtsnachfolge aus, die den insolventen Kontoinhaber aus dem Gemeinschaftsverband hinauskatapultiert,¹⁹⁸) ändert die Insolvenzeröffnung an der Rechtsnatur der Forderung nichts. Jeder Gemeinschaftler kann den Zugriff des Insolvenzverwalters vorläufig dadurch blockieren, dass er vor diesem abrufen, umgekehrt kann auch ein Abruf des Insolvenzverwalters die übrigen Gemeinschaftler blockieren. Es folgt jeweils ein interner Ausgleich.¹⁹⁹)

Es darf aber nicht übersehen werden, dass eine der vom Insolvenzgericht zu treffenden Sicherungsmaßnahmen die Kontosperrung ist (§ 78 Abs 4 IO).²⁰⁰) Konkret sollen die Banken von der Insolvenzeröffnung benachrichtigt und ihnen der Auftrag erteilt werden, Verfügungen über das Konto nur mehr mit Zustimmung des Gerichts durchzuführen. Hintergrund ist der nachvollziehbare Wunsch, die Masse vor faktischen Zugriffen Dritter oder des Gemeinschaftlers selbst zu schützen.²⁰¹) Durch die Kontosperrung ändert sich nichts an der Vermögenszuordnung, es geht nur um die faktische Sicherung der Masse.²⁰²)

196) OGH RIS-Justiz RS003310; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, § 20 KO Rz 11, § 26 KO Rz 15; dagegen: *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II² Rz 2/117; *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II² Rz 1/142.

197) *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II² Rz 1/142.

198) Dies tun in ihrem Ansatz konsequent *Rüffler/Told*, GES 2014, 233 f.

199) *Riedler*, Gesamt- und Teilgläubigerschaft im österreichischen Recht (1997) 56 und *Gschntzer* in *Klang IV/1² 298* stellen die Frage, ob der eintreibende Gesamtgläubiger Treuhänder ist, was zur Aussonderungsmöglichkeit in der Insolvenz führen würde. Diese Ansicht wird zu Recht abgelehnt, *Riedler*, Gesamt- und Teilgläubigerschaft 56, *Perner* in *Klang³ § 892 Rz 2*.

200) In ihrem Ansatz wiederum konsequent erfasst nach *Rüffler/Told*, GES 2014, 233 ff die Kontosperrung die Gemeinschaftskonten nicht, wenn und weil der Konkursant ausgeschieden ist.

201) Die Vertretungsbefugnis des Insolvenzverwalters (§ 83 IO) wird dadurch nicht beschränkt, *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II² Rz 1/240; aA *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* § 78 IO Rz 56.

202) Zu den Rechtsfolgen verbotswidriger Verfügungen durch Kontoinhaber siehe *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II² Rz 1/142.

Fraglich ist, wie die Kontosperrung auf Dritte – nämlich die übrigen Gemeinschaftler – wirkt.²⁰³⁾ Der Wortlaut des § 78 Abs 4 IO erfasst explizit nicht nur Konten, die der Schuldner allein, sondern auch solche, die er gemeinsam mit anderen hat.²⁰⁴⁾ Schon die Denkschrift hat es in dem Zusammenhang für notwendig gehalten, dass Dritte sich solche Eingriffe um ihrer Gemeinschaft mit dem Gemeinschaftschuldner willen gefallen lassen.²⁰⁵⁾ Auch sie können daher solange die Sperrung aufrecht ist nicht über das Guthaben verfügen. In Anbetracht von Ab- und Aussonderungssperren sowie der Vertragsauflösungssperre des § 25a IO ist dieses Konzept kein Fremdkörper in der IO.

Was die Aufrechnung anlangt, gilt das zu Forderungen allgemein Gesagte. Beim Und-Konto ist nur eine Aufrechnung mit Forderungen gegen die Gesellschaft möglich, nicht aber gegen einen Gesellschafter, eine andere Vereinbarung wäre sittenwidrig.²⁰⁶⁾ Dasselbe gilt für ein Pfandrecht an der Kontoforderung zur Sicherung von Ansprüchen gegen einen Gesellschafter.²⁰⁷⁾

Beim Oder-Konto kann die Bank hingegen auch zwischen Forderungen, die sie nur gegen einen Kontoinhaber hat und dessen Anspruch auf Auszahlung des (gesamten!) Kontoguthabens aufrechnen. Das ist konsequent, weil die Bank ja auch jedem einzelnen Gesamtgläubiger leisten kann.²⁰⁸⁾ Die für die Aufrechnung erforderliche Gegenseitigkeit liegt daher bei Forderungen gegen die Gesellschaft ebenso vor wie bei Forderungen gegen einzelne Gesellschafter. Die Aufrechnung ist dabei jedenfalls solange möglich, solange nicht ein anderer die Bank um Auszahlung angeht,²⁰⁹⁾ weil das Angehen iSd § 892 ABGB zur Konzentration der Ge-

203) Die Frage stellt sich beim Und-Konto nicht in der Schärfe, weil dort ohnehin nur alle gemeinsam verfügen können, *Iro in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II² Rz 1/142.

204) *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger* § 78 IO Rz 65 mwN.

205) Denkschrift zur Einführung einer Kostenrechnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 71. So auch die hA, vgl *Iro in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II² Rz 1/142; *Apathy in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II² Rz 2/120.

206) *Dullinger*, Aufrechnung 53; *Perner*, Gemeinschaftliche Forderungen. Eine Analyse der in § 890 Satz 2 ABGB vertypen Gläubigermehrheit (2004) 108f FN 303. Eine in den ABB ursprünglich vorgesehene Bestimmung, die eine Kompensation auch dann zulassen wollte, hat der OGH aufgehoben. Dasselbe gilt für Pfandrechte, vgl FN 182.

207) *Iro in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 1/259, 339; OGH RIS-Justiz RS0117276; 21. 1. 2003, 4 Ob 179/02f SZ 2002/153.

208) Mit guten Gründen wird überlegt, auch die Aufrechnung durch die Kontosperrung zu blockieren, vgl zu den Details *Iro in Apathy/Iro/Koziol*, BankvertragsrechtII² Rz 1/143, weil die Aufrechnung mit der Forderung gegen einen Gemeinschaftler einer Auszahlung an einen Gemeinschaftler gleich steht. Offenlassend *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger* § 78 IO Rz 63, der jedenfalls zutreffend darauf hinweist, dass bestehende Aufrechnungslagen unangetastet bleiben.

209) *Iro in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II² Rz 1/335 überlegt allerdings, ob die Aufrechnung nicht trotz Angehens weiter möglich sein soll und denkt dabei an eine analoge Anwendung von § 1442 ABGB, weil die Interessenlage mit jener bei der Zessionskette vergleichbar sei. Mit diesem Ergebnis – bei anderer Begründung – auch *Koch*, JBl 1989, 228f und zust *Koziol in Iro/Koziol* ABB-Kommentar Z 59 Rz 5.

samtforderung führt,²¹⁰⁾ sodass nur mehr an den geleistet werden darf, der den Schuldner angegangen ist.

c) GesBR neu

Nach neuem Recht wird auch die Rechtslage bei Konten durch § 1201, § 1215 ABGB geprägt, wobei hier nicht nur die Kontoforderung auf die Mitgesellschafter übergeht, sondern das gesamte Vertragsverhältnis.²¹¹⁾ Voraussetzung dafür ist wiederum, dass nichts anderes vereinbart wurde. Ist das nicht der Fall, kommt es aber zum Übergang selbst ganzer Vertragsverhältnisse, wobei die Privatautonomie der beteiligten Dritten durch Widerspruchsrechte gewahrt wird.

Der ausgeschiedene Gesellschafter ist – wenn die Bank nicht widerspricht – daher nicht mehr Gesamtgläubiger und auch nicht mehr Vertragspartner der Bank.²¹²⁾ Eine Kontosperrung kommt daher mE in dieser Situation nicht in Betracht.

Für den Insolvenzverwalter bedeutet dies, dass er rund um das Konto keinerlei Verfügungsbefugnis hat.

Aufrechnungsmöglichkeiten der Bank werden dadurch jedenfalls nicht eingeschränkt, wenn der Übergang nach § 1201 ABGB und damit nach Zessionsrecht erfolgt, weil das zessionsrechtliche Verschlechterungsverbot die Aufrechnungslagen erhält.

Schwieriger fällt die Beurteilung bei einem Übergang des Rechtsverhältnisses im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 1215 ABGB. Diese gilt nur für Gesellschaftsvermögen. „Privatverbindlichkeiten“ des Gesellschafters, die aber nach dem Konzept der Gesamtschuld Aufrechnungslagen begründen, gehen nicht über. In Ermangelung einer zessionsrechtlichen Anknüpfung stellt sich die Frage, ob und wie sich solche Aufrechnungslagen erhalten lassen. ME ist jedenfalls zwingend, dass sie erhalten werden. Ob man das aus den Grundsätzen der Gesamtrechtsnachfolge ableitet oder das zessionsrechtliche Verschlechterungsverbot analog anwendet, spielt dabei keine Rolle.

IV. Überblick über die Ergebnisse

1. Auswirkungen der Insolvenzeröffnung

Alt: *Ipsa iure* Auswirkungen der Insolvenzeröffnung sind dem alten Recht fremd. § 1210 ABGB alt erlaubt einen Gesellschafterausschluss des konkursanten Gesellschafters, der nach zutreffender Ansicht auch schon im Gesellschaftsvertrag antizipiert werden kann.

210) *Rabl* (FN 3) stellt die Frage, ob nicht auch das durch die Insolvenzeröffnung ausgelöste Erlöschen des Kontovertrages bereits ein Angehen darstellt. Folgt man dem, käme es zur Konzentration. Die übrigen Gemeinschaftler könnten das Guthaben nicht mehr abrufen, die Bank hätte nur mehr Aufrechnungsmöglichkeiten mit Forderungen gegen den Konkursanten.

211) So zu § 38 UGB *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht II² Rz 1/9.

212) Die Kontinuität lässt – anders als bei der insolvenzbedingten Beendigung des Kontokorrentverhältnisses – auch keine zwingende Notwendigkeit für eine Saldoziehung erkennen.

Neu: § 1208 ABGB neu führt dazu, dass die GesBR durch die rechtskräftige Konkursöffnung aufgelöst wird. Die übrigen Gesellschafter haben die Möglichkeit, einen Fortsetzungsbeschluss zu fällen. Eine Antizipation des Fortsetzungsbeschlusses im Gesellschaftsvertrag ist unproblematisch möglich.

2. Quoad dominium eingebrachte Sachen

Alt: Im alten Recht kommt es entgegen anderen Ansätzen in der Rsp und Lit im Fall des Gesellschafterausschlusses nicht zu einer Anwachsung oder Gesamtrechtsnachfolge von im Miteigentum der Gesellschafter gehaltenen Sachen an die verbleibenden Gesellschafter. Es bestehen nur schuldrechtliche Übertragungsansprüche.

Neu: Im neuen Recht kommt es nach § 1201 neu und § 1215 ABGB zu einer Anwachsung bzw Gesamtrechtsnachfolge von Mobilien an der Masse vorbei. Die verbleibenden Gesellschafter erwerben den Gesellschaftsanteil somit direkt.

Gemeinsam: Wo es nicht zu einer Gesamtrechtsnachfolge kommt (das ist im alten Recht nach der hier vertretenen Ansicht immer der Fall, im neuen Recht bei Liegenschaften) bestehen nur schuldrechtliche Ansprüche. Zu verhindern ist, dass bei der Berechnung des Abschichtungsguthabens Vermögenswerte veranschlagt werden, von denen klar ist, dass die übrigen Gesellschafter diese nicht erhalten werden.

3. Quoad usum eingebrachte Sachen

Nach alter wie neuer Rechtslage besteht kein in der Insolvenz wirksamer Anspruch darauf, *ad usum* eingebrachte Sachen der Gesellschaft zu überlassen. Außerhalb der Insolvenz kann die Situation auf Grund von nachwirkenden Vertragspflichten oder Schadenersatzansprüchen anders zu beurteilen sein.

4. Quoad sortem eingebrachte Sachen

Alt: Im alten Recht wurde bei *quoad sortem* eingebrachten Sachen mit guten Gründen eine Aussonderung der Anteile befürwortet, die der Alleineigentümer materiell für seine Mitgesellschafter hält (als Treuhänder). Diese Aussonderung folgt allgemeinen treuhandrechtlichen Regeln, über die freilich erhebliche Unsicherheit besteht. Einer in der Lehre teilweise befürworteten Aussonderung auch des materiellen Eigenanteils stehen erhebliche Bedenken entgegen.

Neu: Im neuen Recht ändert sich an der Rechtslage grundsätzlich nichts. Der JA hat allerdings durch eine undeutliche Stellungnahme im Gesetzgebungsprozess für Verwirrung gesorgt. Ein klarer Wunsch des Gesetzgebers lässt sich daraus freilich nicht ableiten, sodass das Problem nach allgemeinen Regeln zu beurteilen ist und daher die bisherigen Grundsätze weiter beachtlich sind.

5. Forderungen

Alt: Forderungen der GesBR sind vor dem Gesellschafterausschluss so wie danach Gesamthandforderungen. An der Rechtszuständigkeit ändert sich durch die Auflösung der Gesellschaft grundsätzlich nichts. Aufrechnungslagen dritter Gläubiger durch Forderungen gegen die Gesellschaft bleiben bestehen.

Neu: Der konkursante Gesellschafter scheidet aus der Gesamthand aus, die verbleibenden Gesellschafter werden Gesamthandgläubiger. An Aufrechnungslagen ändert dies mE nichts.

6. Konten

Gemeinsam: Zu unterscheiden sind Oder-Konten, die den Standardfall bilden und Gesamtforderungen der Gesellschafter gegen die Bank sind, und Und-Konten, die gesondert vereinbart werden müssen und Gesamthandforderungen der Gesellschafter gegen die Bank sind.

Alt: Mit der Insolvenzeröffnung erlöschen der Girovertrag und die Kontokorrentabrede. Der Anspruch des Konkursanten als Gesamtgläubiger auf Auszahlung bleibt aber unverändert bestehen. Der Abruf durch einen Gläubiger führt zur Konzentration der Gesamtforderung (§ 892 ABGB), sodass nur mehr an diesen geleistet werden darf. Davor hat die Bank beim Oder-Konto die Möglichkeit, mit Forderungen gegen jeden Gesellschafter aufzurechnen.

Neu: Die §§ 1201, 1215 ABGB lassen nicht nur die Kontoforderung, sondern das ganze Vertragsverhältnis auf den Mitgesellschafter übergehen. Der konkursante Gesellschafter ist daher nicht mehr Gläubiger der Bank. Am Weiterbestehen von Aufrechnungslagen ändert dies mE nichts.

V. Gesamtbetrachtung

Aus der Vogelperspektive kann man zusammenfassen:

1. Die GesBR-Reform setzt einige neue Akzente. Vieles, was im alten Recht mE ausgesprochen kritisch zu sehen war, wurde jetzt positiviert. Während es früher mE keine Anwachsungsvorgänge gegeben hat, sehen die § 1201 und § 1215 ABGB nunmehr eine Anwachsung und Gesamtrechtsnachfolge bei beweglichen Sachen vor, die *quoad dominium* eingebracht wurden. Auch wer eine solche Regelung an sich (aus guten Gründen) nicht gutheißt, muss die Inkonsequenz des Gesetzgebers beklagen, eine partielle Gesamtrechtsnachfolge vorzusehen, die Immobilien ausklammert.
Bei *ad usum* eingebrachten Sachen bleibt alles beim Alten. Bei *quoad sortem* eingebrachten Sachen wohl auch, nur ist leider recht unklar, was das bedeutet. Vollstreckungsschutz für die Mitgesellschafter gibt es jedenfalls, fraglich ist aber, ob das auch für den „materiellen“ Eigenanteil des konkursanten Gesellschafters gelten soll.
Bei Forderungen und Konten führen die § 1201 und § 1215 ABGB dazu, dass die gemeinschaftliche Berechtigung wegfällt, wenn die Gesellschaft ohne den Konkursanten fortgesetzt wird. Im Hinblick auf Aufrechnungslagen ist das mE unproblematisch.
2. Insgesamt kann damit ein Trend festgestellt werden, mit dem Gesellschaftsband auch das Gemeinschaftsband zu zerschneiden.
3. Versucht man eine etwas prinzipiellere, nicht insolvenzspezifische Bewertung, kann man eine Grenzverschiebung konstatieren. Früher sind sich die Eigentümergemeinschaft und die GesBR auf der einen Seite und die OG auf der anderen gegenübergestanden. Jetzt steht die Eigentümergemeinschaft allein da und der GesBR und der OG gegenüber. Die GesBR wird der OG stark angenähert, beim Gesetzgeber steht offenkundig die unternehmerische GesBR im Vordergrund. Dass das der Bewältigung der so vielfältigen Aufgaben der GesBR zuträglich ist, ist nicht gesagt. Allerdings könnte diese Neuausrichtung dazu führen, dass die GesBR mehr auf ihren eigentlichen

Anwendungsbereich zurückgeführt wird, weil eine rechtsfolgende Abgrenzung notwendig werden wird.

Auch wenn der Gesetzgeber sich gegen die Normierung von Gesamthand-eigentum entschieden hat und beim Miteigentum bleiben wollte, sieht er gleichzeitig doch eine gewisse Vergesamthandung der GesBR vor, wie die geschilderten Anwachsungsvorgänge illustrieren.

4. Aus spezifisch insolvenzrechtlicher Sicht lässt sich sagen, dass man sich in jenen Bereichen Komplikationen erspart, in denen die Vermögenszuordnung an der Masse vorbei gestaltet wird. Die Frage ist nur, um welchen Preis diese Unkompliziertheit erkaufte wird. Jedenfalls werden die Einflussmöglichkeiten des Insolvenzverwalters wohl geringer. Was bleibt für den Insolvenzrechtler unterm Strich: Es wird manches einfacher, aber für die Masse nicht unbedingt besser.