

AUFSÄTZE

Vermögensstruktur einer Bau-ARGE und ihre insolvenzrechtlichen Probleme¹

Bau-Arbeitsgemeinschaften (Bau-ARGE) sind typischerweise als Gesellschaften bürgerlichen Rechts (GesBR) organisiert und somit nicht rechtsfähig.² Gerade im „Ernstfall“ der Insolvenz eines ARGE-Gesellschafters verursacht dieser Umstand nicht bloß rechtstheoretische Schwierigkeiten, sondern führt zu zahlreichen praktischen Problemen und großer Rechtsunsicherheit. Dementsprechend nachvollziehbar ist der Versuch der Gesellschafter, rechtliche Rahmenbedingungen einer rechtsfähigen Person durch gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen „nachzu-konstruieren“; paradigmatisch ist die in der Praxis häufig verwendete, vom Fachverband der Bauindustrie der Wirtschaftskammer in 5. Auflage herausgegebene Geschäftsordnung 2008 (GO 2008), deren Klauseln aber ebenfalls zahlreichen Bedenken ausgesetzt sind. Hinzu kommt, dass Bau-ARGE im Geschäftsverkehr trotz mangelnder Rechtspersönlichkeit häufig im eigenen Namen als Vertragspartner auftreten und damit weitere Auslegungsschwierigkeiten schaffen. Der folgende Beitrag widmet sich einigen der Fragen, die in der Insolvenz eines Bau-ARGE-Gesellschafters auftreten und untersucht insbesondere das Schicksal des „Gesellschaftsvermögens“.

Deskriptoren: Bau-Arbeitsgemeinschaft; Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Ausscheiden eines Gesellschafters, Gesamtrechtsnachfolge, Miteigentum, Aussonderung, Treuhand, Sittenwidrige Insolvenzklauseln, Insolvenzzrechtliche Vertragsauflösungssperre, Traditionsprinzip, Besitzanweisung; §§ 364c, 426 ff, 825 ff, 1120 f, 1175 ff, 1203, 1210 ABGB, §§ 11, 14, 24, 25a, b IO, §§ 137 f, 142, 178, 348 UGB.

Von Martin Trenker

1. Problemaufriss und Rechtliche Grundstruktur einer Bau-ARGE (GesBR)

Aufgrund der bereits angesprochenen, fehlenden Rechtsfähigkeit der als GesBR organisierten Bau-ARGE fehlt

ihr konsequenterweise auch die Insolvenzfähigkeit, die ja nur Ausfluss der Rechtsfähigkeit einer Person ist.³ Das vorliegende Problemfeld kreist daher um die Insolvenz eines Gesellschafters.

Die Gesellschafter sind es auch, die Zurechnungsobjekte der Rechte und Pflichten der ARGE sind: Körperliche Sachen stehen in deren Miteigentum, wobei es sich nach zutr hM um schlichtes Miteigentum und kein Gesamthandgut handelt.⁴ Interessanterweise gehen Rsp⁵ und hL⁶ entgegen diesem Grundkonzept davon aus,

1 Der vorliegende Beitrag stellt eine leicht veränderte und erweiterte Fassung eines Vortrags dar, den der Verfasser am 14.3.2014 an der Universität Innsbruck im Rahmen der Vortragsreihe „Aktuelle Probleme des Wirtschaftsprivatrechts“ gehalten hat.

2 HM, zB OGH 13.4.2000, 6 Ob 58/00y, EvBl 2000/180; 18.9.2003, 8 Ob 96/03f, GesRZ 2003, 436; RIS-Justiz RS0113444; C. Nowotny in Kalss/C. Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/25; Wittman-Tiwald in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1175 Rz 23; Riedler in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ (2014) § 1175 Rz 4; U. Torggler, Die Mitunternehmer-GesBR nach geltendem und künftigem Recht, JBl 2011, 353; Told, Zur Rechtsfähigkeit und Vermögensordnung der GesBR, GES 2011, 147 (148) uvm; aA zB Wable in Klang, ABGB V² (1954) 515 ff; Holzhammer/Roth, Gesellschaftsrecht² (1997) 31; differenzierend Ostheim, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht (1967) 173 f, 182 ff; Thiery, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Unternehmer (1989) 134 ff; vgl auch Steiner, D 2007, 262 (264).

3 Statt aller Bartsch/Heil, Grundriß des Insolvenzrechts⁴ (1983) Rz 29; Buchegger, Insolvenzzrecht² (2013) 5.

4 Kastner/P. Doralt/C. Nowotny, Grundriß des Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 58; Meissel, Miteigentum und ABGB-Gesellschaft, in GedS Hofmeister (1996) 419; P. Oberhammer, Die Gesellschaft nach bürgerlichem Recht – eine Gesamthandgesellschaft? JBl 1997, 624; Told, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – ein Beitrag zur Reformdiskussion (2011) 42 ff; dies in Bergmann/Ratka, Handbuch Personengesellschaften (2011) Rz 2/57; Krejci, GesBR-Reform: Zum ministeriellen Diskussionsentwurf, GES 2012, 4 (9 f, 14); Jabornegg/Resch in Schwimann, ABGB V³ (2006) § 1183 Rz 8; abw Wellspacher, Das Naturrecht und das ABGB, in FS zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs I (1911) 173 (190 f); Schuster-Bomnot, Die Spuren des Rechtsgedankens der gesamten Hand im österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, ebendort II 953 (958 f); Bettelheim in Klang, ABGB III (1932) 464 ff.

5 S nur RIS-Justiz RS0017330, RS0017326.

6 Wittmann-Tiwald in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1203 Rz 3; Jabornegg/Resch in Schwimann, ABGB V³ § 1203 Rz 3; Grillberger in Rummel, ABGB II³ (2002) § 1203 Rz 9 je mwN; Krejci, Gesellschaftsrechtliche Probleme der Bau-ARGE, in Krejci, Das Recht der Arbeitsgesellschaften in der Bauwirtschaft (1979) 1 (44 ff); abw U. Torggler, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor der

dass gesellschaftsrechtlich begründete Ansprüche der Gesellschafter mangels anderer Vereinbarung Gesamthandforderungen sind. Für nicht-unternehmerisch tätige GesBR steht dies zudem in evidentem Widerspruch zum Wortlaut von § 1203 S 2 ABGB. Bei einer Mitunternehmer-GesBR, worum es sich bei Bau-ARGE im absoluten Regelfall handeln wird, bestätigt § 1203 S 3 ABGB allerdings die Vermutung zugunsten einer Gesamthandforderung, sofern man nicht mit einer Mindermeinung⁷ davon ausgeht, dass den Spezialregeln der §§ 1175 ABGB für „Handelsleute“ durch § 1 EGAHGB derogiert wurde. Verbindlichkeiten der Bau-ARGE sind im Zweifel als Solidarschulden anzusehen, wobei von untergeordneter Bedeutung ist, ob als dogmatische Grundlage § 1203 letzter S ABGB⁸ oder § 348 UGB⁹ herangezogen wird.

Bekanntlich ist im Recht der GesBR eine einschneidende Reform geplant, wozu auch bereits ein aktueller Ministerialentwurf (MEntw)¹⁰ vorliegt. Trotz zahlreicher Neuerungen und einiger Vorschläge des Schrifttums für ein Gesamthandigentum iSe dinglichen Bindung der GesBR-Mitglieder lässt der MEntw die vorstehenden Grundstrukturen weitestgehend unverändert (s insb § 1180 Abs 1, § 1199 Abs 1 MEntw). Die folgenden Ausführungen können daher weiterhin von der (noch) aktuellen Rechtslage ausgehen und sich auf wenige, konkret bedeutsame Neuerungen beschränken, ohne Gefahr zu laufen, bereits alsbald zur Makulatur zu werden.

2. Rechtsfolge der Insolvenz eines ARGE-Mitglieds

2.1. Mitgliedschaft des Insolvenzschuldners

Ob die Insolvenz eines ARGE-Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern einen Ausschlussgrund liefert, hängt davon ab, ob ein Konkurs- oder Sanierungsverfahren eröffnet wird. Denn die einschlägige Bestimmung des § 1210 ABGB knüpft die Ausschlussmöglichkeit an den „Konkurs“ eines Mitglieds. Da mit dem IRÄ-BG in mehreren Bestimmungen auch des ABGB (zB §§ 297a, 1024, 1356, 1409a *leg cit*) der frühere Begriff des Konkurses durch den der Insolvenz ersetzt wurde, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbe-

reich von § 1210 ABGB bewusst auf den Fall der Konkursöffnung beschränkt hat.¹¹ Diese legitimiert die Mitgesellschafter also zum Ausschluss des Konkursschuldners. Dem steht nicht entgegen, dass § 25a IO die Kündigung eines Vertragsverhältnisses mit dem Schuldner nur aus wichtigem Grund für zulässig erachtet, die der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zwangsläufig vorausgehende Verschlechterung seiner wirtschaftlichen Situation aber nicht als solchen anerkennt. Denn ausweislich der Materialien¹² bleiben gesetzliche Kündigungsrechte, wie jenes gem § 1210 ABGB, von dieser Norm unberührt. Konsequenterweise ebenso unbedenklich ist es, die Ausschlussklärung für diese Konstellation bereits im Gesellschaftsvertrag zu antizipieren, wie dies in Punkt 18.3 GO 2008 vorgesehen ist, obwohl § 25b Abs 2 IO die Vereinbarung eines Kündigungsrechts für den Insolvenzfall für unzulässig erklärt.¹³ Denn der insolvente Gesellschafter erfährt im Ergebnis keine Schlechterstellung gegenüber einer nachträglichen Ausschlussklärung gem § 1210 ABGB. Für die Planungssicherheit des Masseverwalters ist der bereits im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Ausschluss sogar vorteilhaft.

Im Übrigen ist überaus umstritten, ob § 25b Abs 2 IO auf Gesellschaftsverträge überhaupt Anwendung findet.¹⁴ Während diese Frage im Konkursverfahren eines GesBR-Gesellschafters wie dargelegt irrelevant ist, kann ihr bei einem Sanierungsverfahren zentrale Bedeutung zukommen. An dieser Stelle kann deren Beantwortung freilich dahingestellt bleiben, weil die GO 2008 für den Fall der Eröffnung des Sanierungsverfahrens zumindest implizit vom Fortbestand der Gesellschaft ausgeht. Punkt 18.2. GO 2008 hält nämlich fest, dass die Eröff-

form, wbl 2011, 517 (525), der nur bei Mitunternehmer-Gesellschaften in Analogie zu § 890 S 2 ABGB von Gesamthandforderungen ausgeht.

7 *Thiery*, GesBR 64 ff, insb 78 f; *U. Torggler*, wbl 2011, 517 (520); *ders*, Die Verbandsgründung – de lege lata betrachtet (2009) 527 f mwN auch der Gegenansicht; aA RIS-Justiz RS0022157; OGH 6.6.1956, 3 Ob 256/56, EvBl 1956/326 uvm.

8 RIS-Justiz RS0022169; RS0022157; OGH 7.2.1989, 4 Ob 513/89, wbl 1989, 221 uam.

9 *U. Torggler*, wbl 2011, 517 (528); s auch *Wittman-Tiwald* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-^{1.02} § 1203 Rz 12.

10 34/ME 25. GP.

11 *Umlauf*, Gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte in der Insolvenz des Gesellschafters, NZ 2012, 289 (294); *ders*, Insolvenzeröffnung als gesellschaftsvertraglich vereinbarter Grund des Ausscheidens aus der Gesellschaft: Zulässigkeit nach IRÄG 2010? in FS G. H. Roth (2011) 845 (850 f); *Leupold*, Das IRÄ-BG – Überblick und ausgewählte Fragen, ZIK 2010, 167 (170); *Wittmann-Tiwald* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1210 Rz 4; vgl auch *Krejci*, Zum Ausschluss eines im Ausgleich befindlichen Mitglieds einer Bau-Arbeitsgemeinschaft, wbl 1996, 217 (219), zum früheren Ausgleichsverfahren; *Leupold* in *U. Torggler*, UGB (2013) § 131 Rz 6 zum vergleichbaren Problem iZm OG/KG.

12 ErlRV 612 BlgNR 24. GP 13.

13 Völlig zutr *Rüffler/Told*, Folgen des Konkurses eines ARGE-Mitglieds, GES 2014, 221 (224 f).

14 Für eine Anwendbarkeit auf Gesellschaftsverträge *Umlauf* in FS G. H. Roth 847 f; *Konecny*, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, ZIK 2010, 82 (86); *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, Die Zulässigkeit von Lösungsklauseln für den Insolvenzfall nach dem IRÄG 2010, insbesondere bei Kreditgeschäften, ÖBA 2010, 818 (821); dagegen *Trenker*, GmbH-Geschäftsanteile in der Exekution und Insolvenz, JBl 2012, 281 (288); *Eckert*, Insolvenz von Gesellschaftern, in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2010 (2011) 59 (63 ff); *G. Fellner*, Auswirkungen des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 2010 auf gesellschaftsvertraglich verankerte Aufgriffsrechte, RdW 2010, 261 f; *Widhalm-Budak*, Verhinderung der Vertragsauflösung und unwirksame Vereinbarungen, in *Konecny*, IRÄG 2010 (2010) 23 (27); *Leupold*, ZI

nung des früheren Ausgleichsverfahrens nicht in jedem Fall, sondern nur bei Verzug des Gesellschafters mit der Erfüllung seiner Verpflichtungen einen Ausschlussgrund begründet. Das Pendant zum Ausgleichsverfahren ist trotz der geänderten Verfahrensstruktur mE nunmehr das Sanierungsverfahren. Somit begründet die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens – wie beim früheren Ausgleich – weder einen gesetzlichen noch einen vertraglichen Kündigungs- oder Ausschlussgrund; die Frage nach der Anwendung von § 25b Abs 2 IO stellt sich daher gar nicht.¹⁵ Da die spezifisch insolvenzrechtlichen Probleme bei einer Fortsetzung der GesBR im Sanierungsverfahren nicht auftreten, wird im Folgenden allein der Ausschluss eines konkursanten Gesellschafters behandelt.

Zuvor sei allerdings noch eine Anmerkung *de lege ferenda* erlaubt: Wie bereits vom OGH¹⁶ und König¹⁷ in ihren Stellungnahmen zum aktuellen MEntw dargelegt wurde, ist die auch künftig vorgesehene (§ 1208 Z 3 MEntw), unterschiedliche Behandlung von Konkurs- und Sanierungsverfahren in § 1210 ABGB (vgl auch § 131 Z 5 UGB) starken Bedenken ausgesetzt: Der offensichtliche Grund der Andersbehandlung ist die im Sanierungsverfahren bezweckte Gewährleistung der wirtschaftlichen Existenz und der Fortführung des Unternehmens des Schuldners durch den Sanierungsplan.¹⁸ Ein solcher ist aber auch im Konkursverfahren möglich; generell unterscheidet sich ein Konkurs mit Sanierungsplan abgesehen von seiner anderslautenden Bezeichnung und der fehlenden Möglichkeit der Eigenverwaltung rechtsfolgenreich vom Sanierungsverfahren. Auch hinsichtlich der Voraussetzungen hebt sich das Sanierungsverfahren weitestgehend nur dadurch ab, dass der Schuldner rechtzeitig, also vor Konkurseröffnung (vgl § 167 Abs 2 IO), einen entsprechenden Antrag stellen muss. Ob dieser Unterschied trotz der dadurch bezweckten Anreizfunktion zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung¹⁹ wertungsmäßig eine derart einschneidende Rechtsfolge – Fortbestand der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft oder nicht – rechtfertigt, ist zu bezweifeln. Vorzugswürdig wäre es mE, das Kündigungsrecht gem § 1210 ABGB nicht an die Eröffnung des

Konkursverfahrens zu koppeln, sondern daran, dass der Schuldner nicht binnen angemessener Frist oder bspw bis zur Berichts-/Prüfungstagsatzung den Abschluss eines Sanierungsplans beantragt oder ein solcher Antrag nicht angenommen wird.²⁰ Damit würde zugleich klar gestellt, dass auch die „Umwandlung“ eines Sanierungsverfahrens in ein Konkursverfahren nach § 167 Abs 3 IO einen Kündigungsgrund darstellt.²¹

2.2. Gesellschaftsvermögen

2.2.1. Problemaufriss

Scheidet ein ARGE-Mitglied in Folge der Konkurseröffnung aus, wirft die fehlende Rechtspersönlichkeit der GesBR die Kernfrage auf, welches Schicksal dem „Gesellschaftsvermögen“ zuteil wird. Denn das Gesellschaftsvermögen ist zwar dadurch charakterisiert, dass es wirtschaftlich dem Gesellschaftszweck gewidmet ist, aber wie gezeigt (oben 1.) „nur“ im ideellen Miteigentum der bisherigen Gesellschafter steht. Unstrittig ist, dass der Widmung zum Gesellschaftsvermögen insofern zum Durchbruch zu verhelfen ist, als die einzelnen Vermögensgegenstände letztendlich ausschließlich im Eigentum der verbleibenden Gesellschafter stehen sollen und der ausgeschiedene Gesellschafter einen Anspruch auf Abfindung in Geld (mE analog § 137 Abs 2 UGB)²² hat. Rechtskonstruktiv werden in Rsp und Schrifttum für dieses Ergebnis jedoch zwei verschiedene Wege beschritten, die gerade in der Insolvenz des Gesellschafters zu diametral unterschiedlichen Ergebnissen führen (2.2.2. und 2.2.3.). In jüngerer Zeit wurde allerdings auch ein weiteres, bislang kaum beachtetes Lösungsmodell entwickelt, dem mE der Vorzug vor den „herkömmlichen“ Lösungen einzuräumen ist (2.2.5.).

2.2.2. Keine Gesamtrechtsnachfolge

Der OGH hat beim Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters in jüngerer Zeit einer – genau genommen partiellen – Gesamtrechtsnachfolge aller gesellschaftsbezogenen Rechte und Pflichten auf den verbleibenden Gesellschafter das Wort geredet.²³ Diese Ansicht wird auch

15 Sollte der Gesellschafter auch bereits in Verzug geraten sein, wäre freilich § 25a IO, der den Verzug des Schuldners mit der Erfüllung nicht als wichtigen Kündigungsgrund anerkennt, zu beachten. Es wäre daher wiederum zu beantworten, ob §§ 25a, b IO auf Gesellschaftsverträge anzuwenden sind (s dazu die Nw in der vorigen Fn).

16 9/SN-34/ME 25. GP 2.

17 1/SN-34/ME 25. GP 3 ff.

18 König, 1/SN-34/ME 25. GP 4.

19 Regelmäßig wird ein Sanierungsverfahren nur in Betracht kommen, wenn der Schuldner selbst den Insolvenzantrag stellt. Er hat aber auch die Möglichkeit, den Konkursantrag eines Gläubigers durch rechtzeitigen Antrag gem § 167 IO „abzuwehren“, s Erl V 612 BlgNR 24. GP 4; Buchegger² 196.

20 Ähnlich König, 1/SN-34/ME 25. GP 4; OGH 9/SN-34/ME 25. GP 2.

21 Vgl König, 1/SN-34/ME 25. GP 3 f.

22 Thiery, GesBR 51 f; C. Nowotny in Kalls/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/73; Schurr in Schwimann, Taschenkommentar ABGB² (2012) § 1210 Rz 4; Riedler in KBB, ABGB⁴ § 1206 Rz 1; vgl zur analogen Anwendung von § 137 Abs 1 UGB (bzw früher Art 7 Nr 2 EVHGB) RIS-Justiz RS0110362; OGH 2.7.1998, 2 Ob 141/98v, wbl 1999/156; 8.10.1952, 1 Ob 607/52, SZ 25/256.

23 RIS-Justiz RS0022178; RS0022200; OGH 21.5.1981, 7 Ob 523/81, GesRZ 1981, 225; 30.6.1988, 7 Ob 599/88, SZ 61/163; 27.3.1990, 5 Ob 560/90, SZ 63/44; 9.7.1992, 8 O (Reich-Rohrwig).

von einem Teil der Lehre befürwortet²⁴ und bisweilen sogar auf den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer Mehrpersonengesellschaft ausgedehnt.²⁵ Dogmatisch wird dies teilweise²⁶ bereits aus Sinn und Zweck des Ausschlusses bzw dem Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung geschlossen; auch Punkt 18.4. GO 2008 hält fest, dass alle Rechte und Pflichten „ohne weiteres auf die verbleibende(n) Partnerfirma(en)“ übergehen. Demgegenüber stützt sich wohl der Großteil der Vertreter einer solchen Gesamtrechtsnachfolge auf eine analoge Anwendung von § 142 UGB.²⁷

Zweifellos entspricht diese Lösung den praktischen Bedürfnissen der verbleibenden ARGE-Gesellschafter an einer möglichst reibungslosen Unternehmensfortführung und führt auch insofern zu ausgewogenen Ergebnissen, als sie die Rechtslage bei einer rechtsfähigen Gesellschaft nachbildet: Das Gesellschaftsvermögen bleibt ohne Weiteres erhalten, der ausscheidende Gesellschafter wird im Gegenzug abgefunden. Allein, es fehlt mE *de lege lata* an einer rechtlichen Grundlage für diese Auffassung. Soweit mit der privatautonomen Gestaltungsfreiheit argumentiert wird,²⁸ ist dem entgegenzuhalten, dass Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolge keine Frage vertraglicher Gestaltung ist. Bezeichnenderweise beruft sich der OGH in der soweit ersichtlich ersten einschlägigen E 7 Ob 523/81 auf die im *Schuldrecht* geltende Vertragsfreiheit, ohne zu erkennen, dass eine Gesamtrechtsnachfolge gerade ein Abweichen von den *sachenrechtlichen* Prinzipien des Traditionsgrundsatzes²⁹ und wohl auch des Spezialitätsgrundsatzes³⁰ bedeutet. Sachenrechtliche Grundsätze sind aber schon wegen ihrer

Zwecksetzung, ausreichende Publizität für die Allgemeinheit zu gewährleisten, nicht disponibel. Ähnliches gilt für die mit einer Gesamtrechtsnachfolge zwangsläufig verbundenen prozessualen Wirkungen, insbesondere der Anwendung der §§ 155 ff ZPO sowie einer Rechtskrafterstreckung auf den Universalsukzessor.³¹

Auch § 142 UGB ist aus diesen Gründen mE nicht dispositiv. Wenn die hM das Gegenteil behauptet,³² ist dies vermutlich einer ungenauen Formulierung geschuldet: Im Rahmen der privatautonomen Gestaltung können nicht einfach die Rechtsfolgen von § 142 UGB auf beliebige Sachverhalte ausgedehnt werden. Die in Schrifttum und Rsp angeführten Konstellationen betreffen vielmehr Fälle, in denen die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm, nämlich ein Ausscheiden aller bis auf den letzten Gesellschafter, abweichend vom *ius dispositivum* vertraglich oder durch *ad-hoc*-Beschluss herbeigeführt wurden. Geradezu selbstverständlich erscheint die Formulierung der Leitentscheidung 2 Ob 426/52³³, dass die Geschäftsübernahme vom vorletzten auf den letzten Gesellschafter gegen angemessene Abfindung vereinbart werden kann, wenn man darin eine Austrittsvereinbarung des vorletzten Gesellschafters erblickt. Auch die Gesamtrechtsnachfolge in Folge einer vereinbarten Fortführung des OG-Unternehmens beim Tod oder der Kündigung des vorletzten Gesellschafters³⁴ ist zwanglos dadurch zu erklären, dass durch privatautonome Gestaltung der Anwendungsbereich von § 142 UGB eröffnet wurde.

Es bleibt daher festzuhalten, dass eine Gesamtrechtsnachfolge ohne gesetzliche Grundlage ausgeschlossen ist, womit eine Universalsukzession nur zulässig sein kann, wenn § 142 UGB *analog* auf das Ausscheiden des vorletzten oder – wie jüngst von *Rüffler/Told*³⁵ befürwortet – auf alle Fälle des Ausscheidens eines Gesellschafters anwendbar ist. Dagegen spricht allerdings schlicht die unterschiedliche vermögensrechtliche Struktur der rechtsfähigen OG/KG und der auf ideellem Miteigentum der Gesellschafter basierenden GesBR.³⁶ Die Gesamtrechtsnachfolge des § 142 UGB ist konsequente

24 F. Bydliński, Der Ausschluß aus einer zweipersonalen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (am Beispiel einer anwaltlichen Regiegemeinschaft), in GedS Schönherr (1986) 155 (157); *Hochedlinger*, Die Übertragung von Unternehmen und Gesellschaftsanteilen nach § 142 HGB (Teil II), GesRZ 2002, 192 (196); *Grillberger* in Rummel, ABGB I³ § 1210 Rz 13; *Jabornegg/Resch/Slezak*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts – GesBR Praxiskommentar (2012) § 1210 Rz 13; *Schurr* in Schwimann, ABGB TaKomm² § 1210 Rz 4; C. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/73; *Wahle* in Klang, ABGB V², 654; *Kastner/Doralit/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 71 Fn 10 mit Vorbehalt für Liegenschaften; wohl auch *Wittman-Tiwald* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1215 Rz 11.

25 So *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesBR § 1210 Rz 13; *Rüffler/Told*, GES 2014, 221 (225); *Told* in Bergmann/Ratka, Personengesellschaften Rz 2/128; gegenteilig noch *dies*, GES 2011, 147 (148); *dies*, Grundfragen 94 ff.

26 *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesBR § 1210 Rz 13; *Hochedlinger*, GesRZ 2002, 192 (196); OGH 21.5.1981, 7 Ob 523/81, GesR 1981, 225; referierend OGH 21.3.2001, 3 Ob 247/00w, GesRZ 2001, 190.

27 ZB C. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/79.

28 OGH 21.5.1981, 7 Ob 523/81, GesR *Resch/Slezak*, GesBR § 1210 Rz 13.

29 ZB *Spielbüchler* in Rummel, ABGB I³ (2000) § 425 Rz 1.

30 *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 239; speziell zum Pfandrecht zB *Oberhammer/Domej* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} (2012) § 447 Rz 3; B. A. Koch ABGB⁴ § 448 Rz 4.

31 Statt vieler *Fasching/Klicka* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze III² (2004) § 411 Rz 111; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁸ (2010) Rz 890. Freilich kommt es nach hA (*Fasching/Klicka*, aaO Rz 112 mwN) auch bei der Einzelrechtsnachfolge zu einer Rechtskrafterstreckung.

32 *Hochedlinger*, GesRZ 2002, 192 (193); *Koppensteiner/Auer* in Straube, WK-UGB (2009) § 142 Rz 10 ff; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² (2010) § 142 Rz 24; RIS-Justiz RS0061521, zB OGH 27.8.1952, 2 Ob 426/52, HS 1400; 8.11.1966, 8 Ob 261/66, SZ 39/188; 9.1.1957, 7 Ob 649/56, SZ 30/3.

33 OGH 27.8.1952, 2 Ob 426/52, HS 1400; ebenso OGH 8.11.1966, 8 Ob 261/66, SZ 39/188; 9.1.1957, 7 Ob 649/56, SZ 30/3 uvm.

34 Dazu *Hochedlinger*, GesRZ 2002, 192 (193); *Koppensteiner/Auer* in Straube, WK-UGB § 142 Rz 11.

35 *Rüffler/Told*, GES 2014, 221 (225).

36 Vgl nur *Told*, GES 2011, 147 (148); P. Oberhammer, JBl 1997, 624 (631).

Übertragung der mit der rechtsfähigen OG zwangsläufig einhergehenden An- und Abwachsung (vgl Art 7 Nr 15 Abs 1 EVHGB) bei einem Wechsel in der Gesellschafterstruktur auf den Fall des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters, zumal dieser zwangsläufig die Beendigung der Gesellschaft bedeutet.³⁷ Auch im HGB war § 142 nur „die strukturbedingte und insofern ‚natürliche‘ Folge einer Anteilsübertragung, weil nur dort die dingliche Berechtigung der Gesellschafter an den einzelnen Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens ein ‚Nebeneffekt‘ der Beteiligung an der Gesellschaft ist“.³⁸ Dass § 142 UGB daneben auch das *telos* der Erleichterung der Unternehmensfortführung zugrunde liegt und dies auch auf den Gesellschafterwechsel in der GesBR zutrifft, ist richtig. Dasselbe gilt aber auch für zahlreiche andere Konstellationen, wie die Einbringung eines Einzelunternehmens in eine rechtsfähige Gesellschaft oder einen *asset-deal*, ohne dass in diesen Fällen eine Gesamtrechtsnachfolge analog § 142 UGB eingreifen würde. Daher kann § 142 UGB nicht allein durch teleologische Argumente begründet werden, sondern ist vielmehr Ausfluss der strukturellen Merkmale von O(H)G bzw KG. Das Eigentum der GesBR steht aber weder im Gesamthand Eigentum der Gesellschafter noch ist die GesBR rechtsfähig (oben 1.), sodass die für eine analoge Anwendung erforderliche Vergleichbarkeit der Wertungsgrundlagen³⁹ fehlt und sich die Ansicht des OGH als systemwidrig entpuppt⁴⁰.

Wenn der Reformgesetzgeber beabsichtigt, die in der bisherigen Rsp anerkannte Gesamtrechtsnachfolge beim Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters in § 1215 MEntw – mit einem Vorbehalt für bürgerliche Rechte – ausdrücklich festzuschreiben, ist dies als rechtspolitische Entscheidung vom Rechtsanwender zu akzeptieren. Man muss sich allerdings bewusst sein, dass diese Anordnung auf Basis der *lex lata* einen tiefschürfenden Eingriff in die bislang schlichte Miteigentumsstruktur bedeutet. Hält man eine Gesamtrechtsnachfolge dennoch für politisch wünschenswert – wofür mE durchaus gute Gründe sprechen –, wäre es aus systematischer und praktischer Sicht vorzugswürdig, dem Konzept der Gesamthandschaft insoweit konsequenter Rechnung zu tragen, als auch bei Mehrpersonengesellschaften eine

An-/Abwachsung entsprechend der Veränderung der Beteiligungsquote an der Gesellschaft angeordnet wird.⁴¹

2.2.3. Schuldrechtlicher Verschaffungsanspruch und insolvenzrechtliche Konsequenzen

Mangels gesetzlicher Grundlage für eine Gesamtrechtsnachfolge ist *de lege lata* jenem Teil der Lehre⁴² sowie der älteren Rsp⁴³ zu folgen, wonach das Ausscheiden des Gesellschafters keine unmittelbare Änderung der vermögensrechtlichen Verhältnisse herbeizuführen vermag. Der ausscheidende Gesellschafter ist vielmehr nur schuldrechtlich verpflichtet, die ihm zustehenden Miteigentumsanteile an den Aktiva der Gesellschaft ins (Mit-) Eigentum des/der verbleibenden Gesellschafter zu übertragen. Der ausscheidende Gesellschafter erhält dafür wie erwähnt (oben 2.2.1.) eine Abfindung in Höhe des Werts seiner Beteiligung (§§ 137 f UGB; vgl auch §§ 1203 f MEntw).

In der Insolvenz des Gesellschafters führt dies freilich zu verheerenden Ergebnissen für die verbleibenden ARGE-Gesellschafter:⁴⁴ Ihr Anspruch auf Herausgabe der Miteigentumsanteile des Insolvenzschuldners wandelt sich nämlich gem § 14 IO in eine Geldforderung, und zwar nach der Judikatur in eine schlichte Insolvenzforderung.⁴⁵ Der Miteigentumsanteil des insolventen Gesellschafters bleibt dagegen in der Insolvenzmasse und kann grundsätzlich sogar vom Masseverwalter durch (Zivil-)Teilung der betroffenen Sachen verwertet werden. Noch dazu käme der besagte Abfindungsanspruch des ARGE-Mitglieds⁴⁶, gegen den nach mE überprü-

41 So auch *Rüffler/Told*, 9/SN-34/ME 25. GP 4.

42 *König*, Das Gesellschaftsvermögen im Konkurs der GesBR, ZIK 1996, 73 (75); *Thiery*, GesBR 53 ff (vgl jedoch *dens*, aaO 155 ff, zur unternehmenstragenden GesBR, die er dem Gesamthandstatut der OHG unterstellen will [aaO 134 ff]); *Grünwald*, Zur Geschäftsübernahme bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, RdW 1993, 269; *U. Torggler*, JBl 2011, 353 (358); *ders*, wbl 2011, 517 (521); *Told*, Grundfragen 94 ff; *Leupold* in *U. Torggler*, UGB § 142 Rz 3; vgl auch ausf *P. Oberhammer*, JBl 1997, 624 (630 f), der ebenfalls betont, dass „ein *ispo-iure*-Übergang der Gesellschaftsaktiven auf die neuen/verbleibenden Gesellschafter mit der Vorstellung, die GesBR sei Gemeinschaft, nur schwer vereinbar scheint“; ähnlich *Krejci*, GES 2012, 4 (19).

43 RIS-Justiz RS0114988, zB OGH 17.6.1953, 3 Ob 366/53, SZ 26/162; vgl auch OGH 20.12.1967, 5 Ob 264/67, SZ 40/170.

44 Ähnlich *Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2010, 59 (69).

45 OGH 25.8.1999, 3 Ob 348/97s, JBl 2000, 238; 20.4.2006, 5 Ob 297/05w, SZ 2006/63.

46 Zu erwägen ist allerdings, ob der Abfindungsanspruch nicht um den Wert der Beteiligung des Schuldners am ARGE-Vermögen zu kürzen wäre, zumal der Masseverwalter diesen durch Teilung der Sachen lukrieren kann. Dies ändert freilich nichts an der unerwünschten Zerschlagung des Gesellschaftsvermögens. Alternativ hat es auch viel für sich, den verbleibenden Gesellschaftern bzgl der Leistung der Abfindung die Zug-um-Zug-Einrede zu gestatten (vgl nur *Thiery*, GesBR 53), bis der Masseverwalter bereit ist, die Miteigentumsanteile zu übertragen.

37 Statt aller ErlRV 1058 BlgNR 22. GP 37; *U. Torggler* in *Straube*, WK-UGB (2012) § 105 Rz 13; *Kraus* in *U. Torggler*, UGB (2013) § 105 Rz 15.

38 *U. Torggler*, JBl 2011, 353 (358); s auch *Thiery*, GesBR 55.

39 Zu dieser Voraussetzung der Analogie *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 477; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991) 381.

40 Bezeichnenderweise zitiert der OGH in der Leitentscheidung 7 O 523/81 mit *Wahle* (in *Klang*, ABGB V², 654) und dem deutschen Autor *Canter* (Das R - gerlich-rechtlichen Zweimannesgesellschaft, NJW 1965, 1553 ff) nur Quellen, die nicht vom Modell schlichten Gesamthand Eigentums der GesBR ausgehen.

fungsbedürftiger⁴⁷, aber wohl gefestigter Rsp nicht einmal aufgerechnet werden kann, weil er erst nach Insolvenzeröffnung entstehe.⁴⁸

2.2.4. Vertragliche Gestaltungen (GO 2008)

Das skizzierte „Horrorszenario“ versuchen die ARGE-Mitglieder durch entsprechende vertragliche Vereinbarung zu vermeiden oder zumindest zu lindern. Bereits erwähnt wurde Punkt 18.4. GO 2008, wonach die Rechte und Pflichten eines ausgeschiedenen Mitglieds ohne Weiteres auf die Übrigen übergehen. Dass eine solche Anwachsung oder partielle Universalsukzession nicht wirksam vereinbart werden kann, wurde bereits erörtert. Dennoch kann darin – jedenfalls im Wege der Konversion – bereits die für den sachenrechtlichen Erwerb erforderliche „dingliche Einigung“ unter der aufschiebenden Bedingung des späteren Ausscheidens erblickt werden, soweit man diese mit der wohl hM als im Titelgeschäft inbegriffen ansieht und vom *modus* löst.⁴⁹ Während damit der Übergang der Beteiligung an Gesellschaftsforderungen im Wege einer bedingten Vorwegzession perfekt sein dürfte⁵⁰, wird es von den Umständen des Einzelfalls abhängen⁵¹, ob der für die Übertragung des Miteigentumsanteils an beweglichen Sachen notwendige *modus* bereits vor Insolvenzeröffnung gesetzt wurde.⁵² Denn der Schuldner verliert seine idR vor-

handene Mitgewahrsame am Gesellschaftsvermögen nicht allein aufgrund der Insolvenzeröffnung. Ebenso wenig kann er aber wegen § 3 IO nach Insolvenzeröffnung den fehlenden *modus* nachholen.⁵³ Jedenfalls in der Insolvenzmasse verbleiben die Anteile an bürgerlichen Rechten (vgl nur § 13 IO). Im Übrigen ist unabhängig von der Art der zu übertragenden Rechte keineswegs gesichert, ob der in Punkt 18.4. GO 2008 antizipierte Vermögensübergang von der Rsp nicht als sittenwidrig eingestuft würde. Denn das Ergebnis ist eine Verringerung der Aktiva der Masse, die letztlich gerade durch die Insolvenzeröffnung ausgelöst wird.⁵⁴ Die mögliche Abhilfe dieser vertraglichen Gestaltung gegenüber den dispositiven insolvenzrechtlichen Folgen ist daher mE sehr starken Zweifeln ausgesetzt und insgesamt begrenzt.

Einen Versuch zur Abschottung des Gesellschaftsvermögens vor dem insolvenzrechtlichen Beschlag stellt auch Punkt 18.6. GO 2008 dar: Darin wird der exekutive Zugriff der privaten Gläubiger eines Gesellschafters auf das Gesellschaftsvermögen ausgeschlossen, indem für eine Zwangsvollstreckung ein Titel gegen alle Gesellschafter vorausgesetzt wird. Denn über einen solchen werden faktisch nur Gesellschaftsgläubiger verfügen. Konsequenterweise müsste ein solcher Exekutionsausschluss wohl auch den Zugriff des Masseverwalters beschneiden. Da das Gesellschaftsvermögen aber im Miteigentum des Gesellschafters steht und Miteigentumsanteile zweifellos Gegenstand des exekutiven Gläubigerzugriffs sind – Anteile an beweglichen Sachen gem §§ 331 ff EO⁵⁵, an unbeweglichen Sachen nach hM gem §§ 87 ff EO⁵⁶ –, stellt eine solche Exekutionsbegrenzung einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter, nämlich der privaten Gläubiger des Gesellschafters, dar. Alterna-

47 Krit bereits König, Aufrechnung mit dem gesellschaftsrechtlichen Abfindungsanspruch im Konkurs des Gesellschafters, wbl 1987, 52; *Gamerith* in Bartsch/Pollack/Buchegger, Insolvenzzrecht I⁴ (2000) § 19 Rz 12; *Schubert* in Konecny/Schubert, Insolvenzzgesetz (5. Lfg; 1998) §§ 19, 20 KO Rz 51. Inkonsequent ist besonders, dass der Herausgabeanspruch zugunsten der Mitgesellschafter nach der Rsp offenbar bereits vor Insolvenzeröffnung entstanden sein muss, andernfalls dieser nicht als bloße Insolvenzforderung zu befriedigen wäre (oben bei und in Fn 45).

48 RIS-Justiz RS0061727; OGH 18.10.2001, 2 Ob 240/01k, JBl 2002, 532; 8.9.1983, 6 Ob 621/83, SZ 56/128; 15.10.1986, 3 Ob 504/86, wbl 1987, 65; zust *Dullinger*, Handbuch der Aufrechnung (1995) 314 ff, 328 ff; *Hecht*, ARGE-Gesellschafter im Konkurs: Aufrechnung gegen Abschichtungsguthaben, RdW 1998, 325 ff; aA noch OGH 20.3.1930, 1 Ob 1121/29, Rsp 1930, 89 f, zur Genossenschaft.

49 Grundlegend *Spielbüchler*, Übereignung durch mittelbare Leistung, JBl 1971, 589 (592 ff); *ders*, Der Dritte im Schuldverhältnis (1973) 101 ff; *ders* in Rummel, ABGB³ § 426 Rz 2; zust OGH 18.6.1986, 3 Ob 43/86, ÖBA 1987/14 (*Iro*); 11.11.1986, 5 Ob 324/86, RdW 1987, 157; 23.11.1994, 7 Ob 39/94, SZ 67/213; 11.2.1997, 5 Ob 18/97a, NZ 1998, 136; RIS-Justiz RS0011124; *Klicka/Reidinger* in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ (2012) § 425 Rz 2; *Mader* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 425 Rz 2; aA *Klang* in Klang, ABGB II² (1950) 306 f; krit auch *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I³, 325 f; *Schoditsch*, Eigentumsvorbehalt und Insolvenz (2009) 52 ff; für eine Widerrufsmöglichkeit jüngst *Riss*, Die sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitigen Eigentumsvorbehalts – neue Gedanken zu einer alten Streitfrage, ÖBA 2010, 215.

50 Ausf *Rüffler/Told*, GES 2014, 221 (230).

51 Vgl *Rüffler/Told*, 9/SN-34/ME 25. GP 4.

52 Krit zum Problem der Verpfändung an die Mitgesellschafter *P. Doralt/Grün/C. Nowotny/Geist*, Die Rechtsform-Entscheidung in der Projektorganisation. Ein Beitrag zur Kooperationsforschung aus betriebswirtschaftlicher und juristischer Sicht (1978) 110 f

Fn 341; aA *Graff*, Insolvenzzrechtliche Probleme der Bau-Arge, in Krejci, Arbeitsgemeinschaften 331 (337).

53 Auch wenn der *modus* ausgehend von der hM (oben Fn 49) keine Willenserklärung beinhaltet, ist er eine Rechtshandlung iSd § 3 IO, weil dafür zu Recht nur vorausgesetzt wird, dass eine Handlung rechtliche Wirkungen erzeugt (zB *Buchegger* in Bartsch/Pollack/Buchegger, Insolvenzzrecht I⁴ § 3 Rz 3).

54 S nur *Bollenberger*, Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB wegen Beeinträchtigung von Interessen Dritter? JBl 2013, 137 (145 f). Da die Rechtsfolge des Vermögensübergangs bei genauer Betrachtung an das Ausscheiden des Gesellschafters geknüpft wird, diese Rechtsfolge aber wiederum *ex lege* (§ 1210 ABGB) mit dem Konkurs gekoppelt ist, und der Gesellschafter im Gegenzug für diesen Verlust abgefunden werden muss, greifen die Bedenken gegen die Zulässigkeit einer solchen Klausel wohl nicht durch. Sittenwidrigkeit ist daher mE nur bei unzulässiger Beschränkung der Abfindung gegeben (allgemein dazu *Trenker*, JBl 2012, 381 [388 f]; vgl auch konkret *Rüffler/Told*, GES 2014, 221 [231 f]).

55 OGH 28.1.1930, 370/29, JB 35 neu = SZ 12/28; *Frauenberger-Pfeiler* in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO (4. Lfg; 2001) § 331 Rz 36; *P. Oberhammer* in Angst, EO² (2008) § 331 Rz 11 je mwN auch der gegenteiligen älteren Rsp.

56 OGH 5.10.1966, 3 Ob 112/66, SZ 39/159; 20.10.2004, 3 Ob 98/04i, JBl 2005, 320 (*Holzner*); *P. Oberhammer* in Angst, E² § 331 Rz 11.

tiv, aber dogmatisch in engem Zusammenhang mit diesem Argument, lässt sich die fehlende Außenwirksamkeit einer solchen Vereinbarung auch aus § 364c ABGB ableiten, wonach Veräußerungs- und Belastungsverbote vorbehaltlich enger Ausnahmen nicht gegenüber Dritten wirken.

Auch die Wirksamkeit des Ausschlusses des Teilungsanspruchs der Mitgesellschafter in Punkt 18.6. GO 2008 gegenüber einem betreibenden Gläubiger ist Zweifeln unterworfen. So erachtet namentlich P. Oberhammer⁵⁷ eine solche Beschränkung – ebenfalls aufgrund der Wertung des § 364c ABGB – für unwirksam gegenüber Dritten. Nach Ansicht des OGH⁵⁸ ist dagegen auch der Masseverwalter eines Miteigentümers einer Gemeinschaft gem §§ 825 ff ABGB an einen derartigen Teilungsverzicht gebunden. Damit nicht vereinbar ist es mE jedoch,⁵⁹ wenn das Höchstgericht den Erwerber eines Miteigentumsanteils trotz gegenteiliger Vereinbarung seines Voreigentümers für teilungsberechtigt hält.⁶⁰ Wirkt die Teilungsvereinbarung nämlich dementsprechend nur obligatorisch – was an dieser Stelle nicht beantwortet werden kann –, ist auch der Masseverwalter nicht daran gebunden; denn hinsichtlich der Vermögensverwertung vertritt er funktional betrachtet entgegen der Begründung des OGH⁶¹ nicht die Position des Schuldners, sondern der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger. Er ist insofern also sehr wohl Dritter. Es ist daher zu konstatieren, dass auch in dieser Frage das letzte Wort wohl noch nicht gesprochen sein dürfte. Jedenfalls sind die ARGE-Gesellschafter selbst auf Basis der dargestellten Judikatur nicht endgültig vor einer Teilung „sicher“: Denn der Masseverwalter könnte immerhin den Miteigentumsanteil verkaufen und der Erwerber anschließend Auflösung der Miteigentumsgemeinschaft begehren.

2.2.5. Aussonderungsrecht der verbleibenden ARGE-Gesellschafter

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass einerseits der angebotene Weg einer Gesamtrechtsnachfolge analog § 142 UGB dogmatisch mit der Struktur der GesBR als schlichter Miteigentumsgemeinschaft nicht

gangbar ist und nach § 1215 des aktuellen MEntw auch in Zukunft nur für die Insolvenz eines Gesellschafter einer Zwei-Personen-Gesellschaft Abhilfe schafft. Die Lösung eines schuldrechtlichen Verschaffungsanspruchs führt andererseits zu völlig unausgewogenen Ergebnissen, die den wirtschaftlichen Gegebenheiten und den damit verbundenen berechtigten Interessen der ARGE-Mitglieder widersprechen.

Beide Nachteile vermeidet ein dritter, bislang wenig beachteter Lösungsvorschlag, der von Eckert⁶² aufbauend auf einem Ansatz von König⁶³ entwickelt wurde. Letzterer hat – mittlerweile unter Zustimmung des 5. Senats⁶⁴, eines Teils der Lehre⁶⁵ und nunmehr der Erläuternden Bemerkungen zum geplanten MEntw⁶⁶ – vertreten, dass *quoad sortem* eingebrachtes Vermögen wie Treuhandvermögen zu behandeln sei, weil es im Außenverhältnis zwar Eigentum des einbringenden Gesellschafter bleibt, im Innenverhältnis aber *per definitionem* als Miteigentum der GesBR-Gesellschafter zu behandeln ist⁶⁷. Aufbauend auf die hM⁶⁸, die dem Treugeber in der Insolvenz des Treuhänders ein Aussonderungsrecht zubilligt, begründet er dadurch immerhin einen insolvenzfesten Anspruch der ARGE-Gesellschafter auf Übertragung der ihrer Beteiligung entsprechenden Miteigentumsanteile.⁶⁹ Letztlich läuft dies allerdings nur auf die Rechtslage bei einer *quoad-dominium*-Einbringung hinaus, ohne dass *qua* Aussonderung die gesamte Sache in der ARGE gehalten werden könnte.

Eckert⁷⁰ geht allerdings genau um diesen Schritt weiter: Dreh- und Angelpunkt seiner mE zutr Lösung sind die Erkenntnisse, dass erstens durch die Einbringung *quoad sortem* und *dominium* die gesamte Sache wirtschaftlich dem Gesellschaftszweck gewidmet wird und zweitens die wahren wirtschaftlich Berechtigten die Gesellschafter in ihrer jeweiligen Zusammensetzung sind. Es kom-

57 P. Oberhammer in Angst, EO² § 331 Rz 22.

58 OGH 20.4.1972, 6 Ob 84/72, JBl 1972, 615; 27.1.1971, 7 Ob 10/71, MietSlg 23.048; zuletzt OGH 27.8.2008, 7 Ob 72/08a, JBl 2009, 301; ebenso Heller/Berger/Stix, Exekutionsrecht EO III (1976) 2382 f; Frauenberger in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO § 331 Rz 37, 39, zur Einzelexekution.

59 Ebenso H. Böhm in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2013) § 831 Rz 8; Gruber/Sprohar-Heimlich in Schwimann/Kodek, ABGB III⁴ (2012) § 831 Rz 10.

60 OGH 20.9.1990, 7 Ob 588/90; 5.4.1983, 7 Ob 545/84, MietSlg 36.047; RIS-Justiz RS0013366; RS0013344.

61 OGH 27.8.2008, 7 Ob 72/08a, JBl 2009, 301, im Anschluss an Gamerith in Rummel, ABGB I³ § 831 Rz 5.

62 In Kodek/Konecny, Insolvenz-Forum 2010, 59 (70).

63 ZIK 1996, 73 (76 f).

64 OGH 20.4.2006, 5 Ob 297/05w, SZ 2006/63.

65 Riedler, Treuhandmissbrauch bei *quoad sortem* in eine GesBR eingebrachten Sachen, wbl 2007, 218 (219 f); ders in KBB, ABGB⁴ § 1183 Rz 1; ebenso bereits Kastner, Kreditkonsortium, Gelegenheitsgesellschaft und Treuhandschaft, GesRZ 1982, 1 ff; aA Jabornegg, JBl 2000, 241 f (Anm); Jabornegg/Resch/Slezak, GesBR § 1183 Rz 4; Butschek, Treuhand, Treuhandmissbrauch und Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ÖBA 2012, 820 (823); Jud, Das Kreditkonsortium im Spannungsfeld zwischen Gelegenheitsgesellschaft und Treuhandschaft, GesRZ 1981, 129 ff.

66 Erl 34/ME 25. GP 4.

67 Instrukтив zur *quoad-sortem*-Einbringung zB Wittmann-Tiwald in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1183 Rz 5; Jabornegg/Resch/Slezak, GesBR § 1183 Rz 4; Told,

68 Aus der Rsp s nur RIS-Justiz S0107635; OGH 28.11.1967, 8 Ob 274/67, SZ 40/155; 10.4.1997, 6 Ob 2352/96t, SZ 70/63; 21.12.2009, 8 Ob 12/09m, JBl 2010, 238 (König; Karollus) uvm; zur Sicherungstreuhand RIS-Justiz RS0010499.

69 Insoweit inkonsequenterweise aA

Ob 348/97s,

JBl 2000, 238.

70 Fn 62.

men daher nach Ausscheiden eines Gesellschafters konsequenterweise nur mehr die verbleibenden ARGE-Mitglieder als Treugeber, allerdings hinsichtlich des gesamten der Gesellschaft gewidmeten Vermögens, in Betracht. MaW wird ein Gesellschafter ab seinem Ausscheiden bei der *quoad-sortem*-Einbringung auch Treuhänder hinsichtlich des seiner bisherigen Quote entsprechenden Anteils; bei der *quoad-dominium*-Einbringung führt das Ausscheiden überhaupt erst dazu, dass er seinen Miteigentumsanteil nur noch treuhändig innehat. Dies ist konsequent, weil er ab diesem Zeitpunkt bei wirtschaftlicher Betrachtung kein Beteiligungsrecht am Gesellschaftsvermögen mehr hat, sondern nur einen Abfindungsanspruch in Geld. Die verbleibenden Gesellschafter können daher bei *quoad dominium* eingebrachten Sachen den Miteigentumsanteil des Insolvenzschuldners, bei der *quoad-sortem*-Einbringung die gesamte Sache aussondern. Somit würde ohne die systemwidrige Heranziehung einer Gesamtrechtsnachfolge weitestgehend das Ergebnis der Gesellschafterinsolvenz bei rechtsfähigen Gesellschaften nachvollzogen.⁷¹ Ob jedoch die Widmung einer Sache zum Gesellschaftsvermögen wirklich mit einer – aussonderungsberechtigenden⁷² – Treuhandsituation vergleichbar ist, ist nicht einfach zu beantworten. Auch wenn nämlich mittlerweile aufgrund mehrfacher ex- und impliziter, gesamtanalogiefähiger Anerkennung durch den Gesetzgeber (s ZB § 31a MaklerG; § 43 Abs 5 VersVG; § 23 Abs 6 DepotG; §§ 157h Abs 2⁷³, 203 Abs 1 IO⁷⁴; § 27g KSchG⁷⁵; vgl auch § 31 Abs 2 WEG)⁷⁶ die Rechtsfolge kaum mehr strittig ist, dass eine Treuhand zur Aussonderung berechtigt, sind deren Tatbestandsvoraussetzungen noch keineswegs abschließend geklärt. Ohne diese Frage in diesem Rahmen eingehend untersuchen zu können, soll im Folgenden von der bislang wohl am ausführlichsten

begründeten, einschlägigen E 8 Ob 12/09m⁷⁷ ausgegangen werden: Danach ist erstens entscheidend, dass der Treugeber derjenige ist, der das wirtschaftliche Risiko trägt. Zweitens muss die Sache im Eigentum des Treuhänders stehen, ohne dass dieser eine effektive Gegenleistung erbracht hat; der haftungsrechtliche Zugriff der Gläubiger des Treuhänders muss sich insoweit als bloßer „Glücksfall“ erweisen.⁷⁸

Dass die Gesellschafter als Gemeinschaft Risiko und Gefahr für das Gesellschaftsvermögen übernehmen, entspricht hM.⁷⁹ Dementsprechend muss ein Gesellschafter bei Untergang der Sache nicht nochmals seine Einlage leisten. Vorliegend ist ferner besonders relevant, dass sich der Abfindungsanspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters mE nicht kürzt, wenn das Gesellschaftsvermögen nach dem für die Abfindungsbemessung maßgeblichen Zeitpunkt untergeht.

Auf den ersten Blick fehlt es aber am zweiten Erfordernis, dass der Gesellschafter keine wirtschaftliche Gegenleistung erbracht haben darf – denn immerhin hat er ja seine Einlage geleistet.⁸⁰ Diese Schlussfolgerung wird der komplexen Struktur der GesBR allerdings nicht gerecht. Der Gesellschafter erbringt seine Einlage ja nur, um dafür eine Beteiligung an der ARGE zu erhalten. Die Einlage ist dementsprechend bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Gegenleistung für die typischen Vermögensrechte eines Gesellschafters (Gewinn-, Abfindungs-, Liquidationsanspruch etc),⁸¹ nicht aber für die unmittelbare Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, wie ein Vergleich mit rechtsfähigen Gesellschaften deutlich zeigt. Die unmittelbare Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen einer GesBR ist lediglich Konsequenz ihrer fehlenden Rechtsfähigkeit. Der Miteigentumsanteil steht somit bei näherer Betrachtung ohne wirtschaftliche Rechtfertigung, also ohne entsprechendes Opfer, im Eigentum des Gesellschafters, weil seine Einlageleistung mit seinem Abfindungsanspruch abgegolten wird.⁸² Erst recht gilt dies für jene Sachen, die von der Gesell-

71 Die Kritik von *Jabornegg* (JBl 2000, 241 f [Anm]) und ihm folgend *Butschek* (ÖBA 2012, 820 [823]), dass die Annahme einer Treuhand verfehlt sei, weil sie gerade jene haftungsrechtlichen Folgen herbeiführt, die einer schlichten Miteigentumsgemeinschaft nicht entsprechen, überzeugt dementsprechend nicht, weil es umgekehrt der aussondernden Wirkung der Treuhand immanent ist, die herkömmliche haftungsrechtliche Zuordnung – quasi als *lex specialis* (insoweit genau umgekehrt *Butschek* aaO) – zu durchbrechen. Dass die Aussonderungskraft der Treuhand freilich ihrerseits nicht völlig friktionsfrei in die herkömmliche Zivilrechtsdogmatik eingegliedert werden kann, hat jüngst *Spitzer* (Das persönliche Recht auf Aussonderung [Habilschrift 2012] 160 ff; s auch bereits *Spielbüchler* in Rummel, ABGB I³ §§ 357–360 Rz 2; *Ch. Rabl*, Die Aussonderung von Buchgeld, ÖBA 2006, 575 [578]) nachgewiesen, ändert aber nichts an der Richtigkeit dieser Rechtsfolge (dazu sogleich im Fließtext).

72 Vgl *Karollus*, JBl 2010, 245 (246) (Anm), wonach der Begriff einer zur Aussonderung berechtigenden Treuhand nicht unbedingt dekungsgleich mit jenem der Treuhand ist.

73 Vgl dazu ErlRV 3 BlgNR 15. GP 43.

74 Dazu ErlRV 1218 BlgNR 18. GP 30.

75 ErlRV 202 BlgNR 22. GP 11.

76 Überzeugend *Spitzer*, Aussonderung 246 ff; *Rubin* in Kletečka Schauer, ABGB-O^{1.01} § 1002 Rz 140.

77 OGH 21.12.2009, 8 Ob 12/09m, JBl 2010, 238 (*König; Karollus*); ähnlich bereits OGH 10.4.1997, 6 Ob 2352/96t, NZ 1998, 300.

78 Vgl auch *Butschek*, Die Rechtsstellung des Treugebers bei der uneigennützigem Treuhand, JBl 1991, 364 (369); *Karollus*, JBl 2010, 245 (246) (Anm).

79 *Riedler* in KBB, ABGB⁴ § 1183 Rz 1; *Wittman-Tiwald* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1183 Rz 5; *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesBR § 1210 Rz 13.

80 In diese Kerbe schlägt wohl auch die Argumentation *Jaborneggs* (JBl 2000, 241 [242] [Anm]), dass der Gesellschafter anders als ein „echter“ Treuhänder selbst wirtschaftlich an den Ergebnissen der GesBR beteiligt ist.

81 Vgl *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012) 159, 162, 171, 177 ff, 201.

82 Vgl auch zur in der Lehre anerkannten Konstellation, dass die reale Vermehrung des Vermögens des Treuhänders im Aufwandsanspruch gegenüber dem Treugeber besteht, so zB *F. Bydlinski*, System 347; *Apathy*, Probleme der Treuhand, ÖJZ 2006, 221 (227); *Rubin*, Der Vollstreckungsschutz des Treugebers bei der fremdnützigen fiducia, in FS Iro (2013) 429 (453 ff).

schaft im Zuge ihrer Tätigkeit erworben wurden.⁸³ IdS haben die vorstehenden Ausführungen (oben 2.2.3.) wohl deutlich gezeigt, dass eine „insolvenzfeste“ Miteigentumsbeteiligung des Gesellschafters in der Insolvenz ein „unberechtigter Glücksfall“ zugunsten seiner Gläubiger wäre.

Ob das zumindest von Teilen der Lehre⁸⁴ zusätzlich geforderte Kriterium der Offenkundigkeit bzw Erkennbarkeit auch bei Bau-ARGE erfüllt ist, hängt stets vom Einzelfall ab. Bei der Verwendung der Sachen zur Erfüllung des Projekts sollte allerdings die Widmung zur GesBR regelmäßig erkennbar sein, insbesondere wenn diese über längere Dauer auf einer oder mehreren, gemeinsamen Baustellen verwendet werden. Keine Bedenken ergeben sich in dieser Hinsicht jedenfalls bei gemeinsam erworbenen Sachen, zB bei „Gesellschaftsforderungen“⁸⁵, die von vornherein gesellschaftszugehörig sind. Generell weisen Forderungen gegen Kreditinstitute, sofern sie auf einem Geschäftskonto verbucht werden, das exklusiv für die ARGE verwendet wird, die erforderliche Offenkundigkeit auf.

Zusammengefasst sprechen mE überzeugende Gründe für die Annahme eines Aussonderungsrechts der verbleibenden Mitgesellschafter mit der Folge, dass das Gesellschaftsvermögen im Endeffekt uneingeschränkt in der Bau-ARGE verbleiben kann. Der einzige bedeutsame Unterschied zur Rechtslage bei rechtsfähigen Gesellschaften besteht somit in der 6-monatigen „Aussonderungssperre“ gem § 11 Abs 2 IO. Deren Anwendung setzt allerdings voraus, dass die Unternehmensfortführung des Insolvenzschuldners durch die Aussonderung gefährdet wäre. Letzteres ist keineswegs zwingend der Fall, weil es umgekehrt *prima facie* gegen die Notwendigkeit der Verwendung der Sache im insolventen Bauunternehmen spricht, wenn der Insolvenzschuldner

Baugeräte, Materialien etc auch bisher der Bau-ARGE überlassen konnte. Ferner können sich die ARGE-Mitglieder ihrerseits darauf berufen, dass die Aussonderung zur Vermeidung schwerer wirtschaftlicher Nachteile für die „ARGE“ unerlässlich ist (§ 11 Abs 2 HS 2 IO).

2.3. Quoad usum eingebrachtes Vermögen

Gerade bei Bau-ARGE, die regelmäßig als Gelegenheitsgesellschaften mehrerer selbständiger Unternehmer fungieren, dürfte die Bildung von Gesellschaftsvermögen freilich oftmals nicht im Vordergrund stehen. Große praktische Bedeutung kommt daher auch dem insolvenzrechtlichen Schicksal von bloß *quoad usum*, dh der Gesellschaft nur zum Gebrauch überlassenen Sachen, zu. Nach *ius dispositivum* hat ein ausscheidender Gesellschafter, also die Insolvenzmasse, gem § 137 Abs 1 UGB analog einen Anspruch auf Rückgabe der Sache.⁸⁶ Auch für diesen Fall enthält GO 2008 in Punkt 18.5. jedoch eine anderslautende Regelung, wonach ein Gesellschafter verpflichtet ist, vermietete⁸⁷ Baugeräte und vergleichbare Gegenstände bis zur Beendigung der ARGE gegen angemessene Entschädigung auf der Baustelle zu belassen. Dies gilt allerdings nur, soweit es zur Sicherstellung allfälliger Forderungen⁸⁸ oder zur Vermeidung eines größeren Schadens erforderlich ist. Besonders wenn den ARGE-Gesellschaftern also ein Schaden entstehen würde, weil die Verwendung der Sachen des konkursanten Gesellschafters zur Projekterfüllung notwendig ist, ist letzterer zur weiteren Gebrauchsüberlassung verpflichtet. ME ist diese Vereinbarung nichts anderes als ein Bestandvertrag, und zwar ein Pachtvertrag, weil nach dem Vertragszweck auch die Ziehung von Früchten beabsichtigt ist⁸⁹.

Die Wirkungen der Insolvenzeröffnung auf einen Pachtvertrag, an dem der Schuldner als Verpächter beteiligt ist, regelt § 24 IO. Nach dessen Abs 1 bleibt der Insolvenzverwalter grundsätzlich an den Vertrag gebunden, ohne dass ihm ein besonderes Kündigungsrecht eingeräumt wird. Er hat allerdings gem Abs 2 *leg cit* die Mög-

83 Ob die Gesellschafter ihre treuhändig gehaltenen Positionen insofern unmittelbar vom Treugeber erhalten haben, spielt nach hM in Österreich keine Rolle (OGH 15.11.1989, 3 Ob 82/89, HS 20.850; 20.10.2004, 3 Ob 145/04a, ecolex 2005, 690; *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1002 Rz 94; *Spitzer*, Aussonderung 296 ff mwN der in Deutschland verbreiteten Gegenansicht).

84 *Rechberger*, Die Treuhandenschaft in Insolvenz und Exekution, in *Apathy* (Hrsg), Die Treuhandenschaft (1995) 179 (183); *Gruber*, Die Treuhand in der Zwangsvollstreckung, JBl 2001, 207 ff; *König*, JBl 2010, 244 (Anm); *Spitzer*, Aussonderung 261 ff, insb 270 ff; *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1002 Rz 143; ebenso noch OGH 19.6.1986, 7 Ob 561/86, SZ 59/105; aA wohl die überwiegende Rsp, zB explizit OGH 7 Ob 715/89, RdW 1990, 409; implizit OGH 23.1.1963, 3 Ob 183/62, JBl 1963, 429 (*Kastner*); OGH 21.12.2009, 8 Ob 12/09m, JBl 2010, 238 (*König*; *Karollus*); 10.4.1997, 6 Ob 2352/96t, NZ 1998, 300; ebenso *Apathy*, ÖJZ 2006, 221 (224 f); *Butschek*, Die Gläubiger des Treuhänders und ihr unverdientes Glück, ÖBA 2011, 96 (104); *Karollus*, JBl 2010, 245 (246) (Anm).

85 *Spitzer* (A) hält die Forderungen die Einhaltung der für die Verpfändung erforderlichen Publizitätsakte einer Drittschuldnerverständigung oder eines Buchvermerks.

86 RIS-Justiz RS0110362; OGH 2.7.1998, 2 Ob 141/98v, wbl 1999/156; 8.10.1952, 1 Ob 607/52, SZ 25/256.

87 Dies erfasst mE gerade *quoad-usum-illata*, weil ein Mietvertrag mit der ARGE mangels Rechtspersönlichkeit derselben gar nicht möglich ist, auch wenn derartige Verträge in der Praxis dem Vernehmen nach dennoch häufig vorkommen (vgl unten 3.).

88 Hintergrund dieser Klausel dürfte sein, dass gem § 467 ABGB Faustpfandrechte mit Rückstellung einer Sache erlöschen (*Hofmann* in Rummel, ABGB I³ § 467 Rz 4) und sich die Gesellschafter gem Punkt 18.6. solche Pfandrechte gegenseitig einräumen. Freilich ergibt sich die fehlende Pflicht des Pfandgläubigers zur Rückstellung ohnehin bereits aus dem Pfandrecht selbst, sofern dieses überhaupt wirksam zustande gekommen ist.

89 Zur Abgrenzung von Pacht und Miete zB OGH 25.8.1992, 1 Ob 584/92, JBl 1993, 590; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ (2007) 216; *Wüirth* in Rummel, ABGB II³ § 1091 Rz 1; *Riss* in Kletečka/Schauer, ABGB-^{1.01} (2012) § 1091 Rz 1.

lichkeit, die Sache mit der Wirkung einer „notwendigen Veräußerung“ zu verkaufen. Damit ist § 1121 ABGB angesprochen, wobei dessen Anordnung heute nicht mehr als klarstellender Gehalt zu entnehmen ist.⁹⁰ Von entscheidender Bedeutung ist vielmehr die allgemeine Bestimmung des § 1120 ABGB, wonach der Erwerber einer in Bestand gegebenen Sache den Bestandvertrag zwar grundsätzlich übernehmen muss, er aber das Bestandsverhältnis nach ganz hM spätestens⁹¹ binnen der gesetzlichen Kündigungsfrist beenden kann.⁹² Das würde also bedeuten, dass ein allfälliger Erwerber von *quoad usum* eingebrachten Baugeräten das in Punkt 18.5. GO 2008 vereinbarte Pachtrecht der ARGE-Gesellschafter binnen sechs Monaten (§1116 ABGB) kündigen und somit uU die Fortführung des Bauprojekts gefährden könnte. Den gekündigten ARGE-Gesellschaftern bliebe nur ein Ersatzanspruch gegen die Insolvenzmasse, der allerdings nach zutr Ansicht nur als Insolvenzforderung zu befriedigen wäre.⁹³

Allerdings ist wiederum heftig umstritten, ob die soeben geschilderte Rechtsfolge auch auf Bestandrechte an beweglichen Sachen zutrifft.⁹⁴ Die Argumentation gegen die Kündigungsmöglichkeit bei beweglichen Sachen kann mE dahingehend auf den Punkt gebracht werden, dass der Bestandnehmer, der das Bestandsobjekt in seinem Besitz hat, den Eigentumsübergang als Tatbestandsvoraussetzung von § 1120 ABGB⁹⁵ verhindern kann. Denn die in dieser Konstellation als *modus* der Eigentumsübertragung erforderliche Besitzanweisung gegenüber dem Bestandnehmer sei für letzteren nicht bindend, weil sie gegen die vertragliche Vereinbarung zwischen Bestandnehmer und -geber erfolgt.⁹⁶ Dem liegt offenbar

die Prämisse zugrunde, dass die Besitzanweisung annahmebedürftig und nicht bloß – vergleichbar einer Drittschuldnerverständigung – zugangsbedürftig ist. Die mittlerweile hM⁹⁷ geht indes vom Gegenteil aus. Rechtskonstruktiv wird dies damit begründet, dass die Besitzanweisung in Wahrheit eine Übergabe durch Zeichen gem § 427 ABGB sei.⁹⁸ Nicht übersehen werden darf aber, dass dieses Ergebnis zusätzlich auf wertender Ebene damit legitimiert wird, dass eine Verschlechterung der Rechtsposition des Besitzers nicht eintreten kann.⁹⁹ Gerade darin besteht vorliegend aber das Kernproblem, indem die Eigentumsübertragung dazu führt, dass der Erwerber zulasten des Bestandnehmers nicht an vertragliche Kündigungsfristen gebunden ist, sodass Bedenken bestehen, die hM ohne weiteres auf die vorliegende Konstellation zu übertragen. Dies spräche wiederum für jene Stimmen, die den Bestandnehmer als geschützt vor einer Kündigung durch einen späteren Erwerber ansehen.

Dennoch ist mE davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit der in § 1120 ABGB angestellten Interessenabwägung eine bewusste Ausnahme vom postulierten „Schlechterstellungsverbot“ iZm Besitzanweisung schaffen wollte. So sind weder in Wortlaut, Systematik oder Entstehungsgeschichte Anhaltspunkte ersichtlich, dass § 1120 ABGB nur auf unbewegliche Sachen zur Anwendung gelangen solle, noch ist eine sachliche Rechtfertigung für die Besserstellung des Bestandnehmers einer beweglichen Sache gegenüber jenem einer unbeweglichen Sache gegeben, der eine Eintragung im Grundbuch ebenfalls nicht verhindern kann. Es verbietet sich daher mE, den Normgehalt von § 1120 ABGB durch eine rechtskonstruktive Barriere iZm der Besitzanweisung zu vereiteln. Die besseren Gründe sprechen somit für ein Kündigungsrecht des Erwerbers aus der Insolvenzmasse unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist von sechs Monaten.

90 *Gamerith* in Bartsch/Pollack/Buchegger, *Insolvenzrecht I* § 24 Rz 14; *Oberhammer* in Konecny/Schubert, *Insolvenzgesetze* (13. Lfg; 1998) § 24 KO Rz 35.

91 Eine günstigere vertragliche Frist bleibt unberührt (zB OGH 28.10.1987, 3 Ob 551/87, *MietSlg* 39.172; 21.6.2000, 1 Ob 344/99s, *MietSlg* LII/20).

92 Statt vieler OGH 21.6.2000, 1 Ob 344/99s, *MietSlg* LII/20; *RIS-Justiz* RS0021133; RS0113869; *Riss* in Kletečka/Schauer, *ABGB-ON*^{1.01} § 1120 Rz 2; *Binder* in Schwimann, *ABGB V*⁴ § 1120 Rz 47.

93 *Ausf König*, Die konkursrechtliche Qualifizierung der Schadenersatzforderung des vorzeitig gekündigten Bestandnehmers (§ 24 KO), *ZIK* 1999, 37 ff; *Petschek/Reimer/Schiemer*, *Das Österreichische Insolvenzrecht* (1973) 274; *Gamerith* in Bartsch/Pollack/Buchegger, *Insolvenzrecht I* § 24 Rz 14.

94 Dafür *Binder* in Schwimann, *ABGB V*⁴ § 1120 Rz 1 Fn 1; *Riss* in Kletečka/Schauer, *ABGB-ON*^{1.01} § 1120 Rz 4; dagegen *Apathy*, Die Publizianische Klage: das relative dingliche Recht des rechtmäßigen Besitzers (1981) 71; *Würth* in Rummel, *ABGB II*³ § 1120 Rz 4; *Klang* in *Klang*, *ABGB V*², 128.

95 Dies übersieht mE *Riss* in Kletečka/Schauer, *ABGB-ON*^{1.01} § 1120 Rz 4).

96 *Apathy*, Publizianische Klage 71; *Würth* in Rummel, *ABGB II*³ § 1120 Rz 4; s auch *Gschmitzer/Faistenberger/Barta/Eccher*, *L - buch des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs III, Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz* (1988) 135; abw *Klang* in *Klang*, *ABGB V*², 128; zutr gegen diesen *Riss* in Kletečka/Schauer, *ABGB-ON*^{1.01} § 1120 Rz 2 Fn 40.

97 OGH 13.5.1987, 1 Ob 543/87, *EvBl* 1987/175 mwN; ebenso OGH 25.3.1992, 6 Ob 632/91, *ÖBA* 1993, 70; *F. Bydlinski* in *Klang*, *ABGB IV/2*², 657 ff mit zahlreichen Nachweisen; *Gschmitzer/Faistenberger/Barta/Call/Eccher*, *Sachenrecht*² (1985) 19; *Spielbüchler* in Rummel, *ABGB I*³ § 428 Rz 4; *Eccher* in *KBB*, *ABGB*⁴ § 428 Rz 4; vgl auch *Klicka/Reidinger* in Schwimann/Kodek, *ABGB II*⁴ § 428 Rz 12; möglicherweise aA OGH 11.9.2003, 6 Ob 308/02s, *ÖBA* 2004, 309 (*obiter*); 15.9.1964, 8 Ob 237/64, *SZ* 37/118; 12.3.1952, 1 Ob 865/51, *SZ* 25/62; ebenso die hM in Deutschland zB *Joost* in *MünchKommBGB VI*⁶ (2013) § 929 Rz 66.

98 *G. Frotz*, *Gutgläubiger Mobiliarerwerb und Rechtsscheinprinzip*, in *FS Kastner* (1972) 131 ff (138); *F. Bydlinski* in *Klang*, *ABGB IV/2*², 657 ff; vgl auch OGH 12.6.1900, Nr. 8337, *GIUNF* 1046; aA *Spielbüchler* *ABGB I*³ § 427 Rz 3.

99 Ausdrücklich etwa O

3. Insolventer Gesellschafter als „Subunternehmer der Bau-ARGE“

Schließlich soll noch in aller Kürze auf eine praktisch häufige, vertragliche Gestaltung eingegangen werden, die dem Vernehmen nach gerade in der Insolvenz eines Gesellschafters immer wieder zu Streitigkeiten führt. Dass die fehlende Rechtspersönlichkeit der Bau-ARGE wie angedeutet oftmals ignoriert wird, indem diese als Vertragspartner auftritt, ist insoweit nicht weiter tragisch, als der Vertrag einfach als mit den Gesellschaftern abgeschlossen zu interpretieren ist – *falsa demonstratio non nocet*. Nicht selten wird jedoch gerade in der Bauwirtschaft ein Mitglied der ARGE als deren Subunternehmer beschäftigt. Da dieser nicht auch mit sich selbst kontrahieren kann, ist fraglich, ob ein solcher Vertrag im Wege der Konversion „gerettet“ werden kann. Gerade wenn der „Subunternehmer-Gesellschafter“ weitere Subunternehmer beauftragt, deren Ansprüche aber im Falle seiner Insolvenz nicht mehr einbringlich sind, liegt es für seine Vertragspartner nahe, bei den solventen Mitgesellschaftern der Bau-ARGE Befriedigung zu suchen. Als Begründung hierfür könnte angeführt werden, dass die gesamte Vertragskonstruktion nichtig ist, womit der Weg „frei“ für einen Verwendungsanspruch gegen die übrigen Bau-ARGE-Gesellschafter wäre. Denn, dass die verbleibenden Gesellschafter aus der Arbeit des Werkunternehmers einen „Nutzen“ iSd § 1041 ABGB¹⁰⁰ gezogen haben und somit bereichert sind, dürfte außer Frage stehen.

Dieser Argumentation ist mE allerdings nicht zu folgen: Erstens führt auch die unglückliche Bezeichnung des Vertrags der ARGE mit einem ihrer Gesellschafter nicht zu dessen Unwirksamkeit. Es bleibt vielmehr die Möglichkeit, diesen als Nebenabrede zum Gesellschaftsvertrag zu interpretieren, der im Falle der erfolgreichen Werkvertragserfüllung eine Art Anspruch auf Vorwegvergütung des Gesellschafters begründet. Alternativ

100 Zu der weiten Auslegung dieses Begriffs s zB *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2014) § 1041 Rz 9; vgl auch *Apathy* in Schwimann, ABGB IV³ (2005) § 1041 Rz 4; *Rummel* in Rummel, ABGB I³ § 1041 Rz 5.

könnte man mE auch einen Werkvertrag des beauftragten Gesellschafters mit allen übrigen Gesellschaftern annehmen, die insoweit als Gesamtgläubiger/-schuldner iSd §§ 888 ff ABGB fungieren.

Jedenfalls unberührt von der Auslegung oder Wirksamkeit des Werkvertrags des Gesellschafters mit der ARGE bleiben alle Verträge, die der beauftragte Gesellschafter mit weiteren Subunternehmern abschließt. Bereits aufgrund der Wirksamkeit dieser Verträge scheidet aber ein Verwendungsanspruch gegen die dahinterstehenden, mittelbar bereicherten Gesellschafter¹⁰¹ aus. Denn ein die Vermögensverschiebung rechtfertigendes Vertragsverhältnis führt nach hRsp zum Ausschluss von Verwendungsansprüchen;¹⁰² dies gilt jedenfalls bei einer Kette von Vertragsverhältnissen, wie der vorliegenden Subunternehmerkonstruktion.¹⁰³ Eine (allerdings rechtsgeschäftliche) Haftung der ARGE-Gesellschafter wäre lediglich anzunehmen, wenn der Gesellschafter im Namen der GesBR aufgetreten wäre. Nach der dispositiven Anordnung¹⁰⁴ von § 178 UGB wäre er hierzu zwar legitimiert und auch eine abweichende Vereinbarung, wie in Punkt 5. GO 2008, ist gegenüber Dritten nur wirksam, wenn sie diesen bekannt war oder bekannt sein musste. Im Zweifel ist freilich nach allgemeinen Grundsätzen ein Eigengeschäft anzunehmen.¹⁰⁵ Wer sich also lediglich von einem einzelnen Mitglied einer Bau-ARGE beauftragen lässt, muss auch dessen Insolvenzrisiko tragen und kann sich nicht bei den übrigen ARGE-Gesellschaftern schadlos halten.

101 Allgemein zum Problem der Inanspruchnahme von Gesellschaftern von rechtsfähigen Gesellschaften wegen mittelbarer Vorteile *Trenker*, „Reflexvorteil“ und „Reflexschaden“ im Gesellschaftsrecht – Zur Identifikation von Schuldner und Gläubiger beim gesetzlichen Schuldverhältnis, GesRZ 2014, 10 (insb 15 ff).

102 RIS-Justiz RS0028179, zB OGH 11.5.1955, 3 Ob 91/55, JBl 1956, 17 (*Gschnitzer*); 19.11.1974, 4 Ob 200/74, SZ 47/130 uvm; *Rummel* in Rummel, ABGB I³ § 1041 Rz 10.

103 OGH 10.10.1991, 6 Ob 550/91, JBl 1992, 387; *Lurger* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1041 Rz 16.

104 Zur dogmatischen Qualifikation der Vertretungsmacht gem § 178 UGB s zB *U. Torggler* in Straube, WK-UGB § 178 Rz 14; *Trenker* in *U. Torggler*, UGB § 178 Rz 3.

105 RIS-Justiz RS0019516; RS0019427 mit Beisatz T1; OGH 16.6.1987, 4 Ob 555/87, HS 18.274; OGH 16.1.2007, 4 Ob 251/06z, JBl 2007, 588.

Zusammenfassung und Fazit

Der Konkurs des Mitglieds einer Bau-ARGE, nicht dagegen die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens, legitimiert dessen Mitgesellschafter zum Ausschluss des Insolvenzschuldners (§ 1210 ABGB). Die Ausschlusserklärung kann auch bereits im Gesellschaftsvertrag vorweggenommen werden. Die Miteigentumsanteile des konkurs-

anten Gesellschafters am „Gesellschaftsvermögen“ wachsen den verbleibenden Gesellschaftern zwar nicht im Wege einer (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge zu. Dennoch kommt ihnen wegen ihrer Stellung als Treugeber ein Aussonderungsrecht hinsichtlich dieser Miteigentumsanteile zu, jedenfalls sofern die Zugehörigkeit

zum Gesellschaftsvermögen im Einzelfall offenkundig war. Dasselbe gilt für *quoad sortem* eingebrachte Sachen. Das vertraglich vereinbarte Weiterbenützungrecht an *quoad usum-illata* ist ebenfalls „insolvenz sicher“. Ein Erwerber aus der Insolvenzmasse kann dieses Recht jedoch binnen der gesetzlichen Kündigungsfrist von 6 Monaten beenden. Insgesamt sind die diesen Ergebnissen zugrundeliegenden Rechtsfragen überaus komplex und die angebotenen Lösungen keineswegs gesichert. Bau-Unternehmer sollten sich daher nicht zuletzt vor dem Hintergrund der nunmehr geschaffenen, gründungsprivilegierten GmbH (§ 10b GmbHG idF AbgÄG2014¹⁰⁶)

106 BGBl I 13/2014; dazu *Schopper/Walch*, Offene Fragen zur gründungsprivilegierten GmbH im System

die Frage stellen, ob sie die mit einer GesBR verbundene Rechts- und Planungsunsicherheit nicht im Endeffekt teurer zu stehen kommt¹⁰⁷ als die Gründung einer GmbH. Denn aufgrund der Rechtsfähigkeit dieser Gesellschaftsform stellen sich bei der Insolvenz eines GmbH-Geschafters fast alle angesprochenen Streitfragen erst gar nicht.

der Kapitalaufbringung, NZ 2014, 186; *Walch*, Die gründungsprivilegierte GmbH nach dem Abgabenänderungsgesetz, *ecolex* 2014, 335; *Reich-Robrwig*, GmbH alt/neu/gründungsprivilegiert, *ecolex* 2014, 295; *Bachner*, Die gründungsprivilegierte GmbH, RdW 2014, 115.

107 Zur Verursachung von Transaktionskosten durch Rechtsunsicherheit zB *U. Torggler*, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit im Wirtschaftsprivatrecht, JBl 2011, 762 (763 f) mwN.

Wer trägt die Mehrkosten einer vom Werkunternehmer gewählten verfehlten Baumethode?

Ein Bauherr stellt dem Bauunternehmer frei, statt der bauvertraglich für die Errichtung eines Hochbaues vorgesehenen Kletterbauweise die Gleitbauweise zu wählen. Der Bauunternehmer hat die Tauglichkeit seiner Wahl durch eine Machbarkeitsstudie darzulegen. Das geschieht. Dabei werden wichtige Umstände übersehen. Letztlich stellt sich heraus, dass die gewählte und begonnene Gleitbauweise angesichts der vorgesehenen Bewehrungsdichte der Stahlbetonkernwände des Hochbaues undurchführbar ist. Es kommt zu Bauverzögerungen und zu gleitbaubedingten Bauschäden. Zu prüfen ist, wer die damit verbundenen Mehrkosten zu tragen hat.¹

Deskriptoren: Alternativangebot, Baumethode, Bauvertrag, Behinderung, Bewehrungsdichte, Gefahrtragung, Gleitbauweise, Hochbau, Kletterbauweise, Machbarkeitsstudie, Mehrkostenrisiko, Mitwirkungspflicht des Werkbestellers, Prüfpflicht des Werkbestellers, Sphärentheorie, Unklarheitenregel, Verschulden, Verzögerung, Warnpflicht des Werkunternehmers, Werkvertrag; §§ 864a, 879 Abs 3, 915, 1152, 1168, 1168a, 1298, 1304, 1313a ABGB; § 354 UGB.

Von Heinz Krejci

1. Sachverhalt

Ein Bauvertrag sieht für die Errichtung der Kernwände eines Hochbaues die Kletterbauweise vor. Die Parteien

1 Der vorliegende Beitrag wurde durch einen Fall angeregt, zu dem der Autor ein Rechtsgutachten verfasst hat, doch betrifft der Sachverhalt, der dem vorliegenden Beitrag zugrunde gelegt wird, nur einige Elemente jener Gegebenheiten, von denen das Rechtsgutachten auszugehen hatte. Der vorliegende Beitrag hat daher mit dem ihn anregenden Rechtsgutachten nur am R

kommen jedoch überein, dass der Auftragnehmer statt der vereinbarten Kletterbauweise auch die Gleitbauweise wählen kann.²

Diesbezüglich sagt der Besteller sein Bemühen zu, die biterseitig vorgeschlagenen und entsprechend aufzubereitenden Machbarkeitsnachweise gemeinsam mit seinen Planern zu bearbeiten; dies in einer für den Besteller, für seine Planer und für das Projekt zuträglichen Form. Der Unternehmer hat „*Vorschläge und Machbarkeitsnachweise*“ vorzulegen, während die „*Planungsumsetzung durch die Planer*“ des Bestellers erfolgt. Zur mit der Wahl der Gleitbauweise verbundenen Risikotragung wird festgehalten, dass der Besteller jedenfalls keine Gewährleistung dafür übernimmt, dass die vom Unternehmer gewählte Baumethode auch tatsächlich durchführbar ist.

2 Zur Kletter- und Gleitbauweise siehe auch Seite XI in diesem Heft.