

# Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen

88. Jahrgang – Nr 144 – 150

Christoph Brenn, Richard Hargassner, Helge Hoch,  
Herbert Painsi, Eckart Ratz, Martina Weixelbraun-Mohr

EvBl 2020/144

## → Übergang des Vorkaufsrechts bei Umgründung

§ 1074 ABGB  
(§ 142 UGB)

OGH 18. 6. 2020,  
5 Ob 74/20y  
(LGZ Graz  
4 R 155/19x;  
BG Graz-Ost  
TZ9009/2019)

### § 1074 ABGB; § 142 UGB

Ein Vorkaufsrecht der Kommanditgesellschaft geht durch Übergang des Gesellschaftsvermögens auf

#### Sachverhalt:

Der Antragsteller (ASt) ist **Miteigentümer** von 635/1365-Anteilen einer Liegenschaft, mit denen Wohnungseigentum an zwei Objekten verbunden ist. Auf diesen Anteilen ist seit 1969 ein **Vorkaufsrecht** für die A-OHG (OHG) eingetragen. Die A-GmbH (GmbH) ist als **Miteigentümerin** von 730/1365-Anteilen verbunden mit Wohnungseigentum an einem Objekt eingetragen. 1993 wurde die Rechtsform der OHG auf eine KG geändert. Ein **seit Gründung** der OHG unbeschränkt haftender, 1925 geborener Gesellschafter wurde zum Kommanditisten, zwei andere Gesellschafter blieben Komplementäre. Im Jahr 2000 wurde die KG zur GmbH & Co

KG. Die beiden bisher unbeschränkt haftenden Gesellschafter wurden zu Kommanditisten und übernahmen in der Folge den Kommanditanteil des 1925 geborenen Gesellschafters. Im Oktober 2016 wurde die **Vermögensübernahme** der GmbH & Co KG nach § 142 UGB durch die Komplementärin (GmbH) im Firmenbuch eingetragen. Die GmbH & Co KG wurde gelöscht. Die beiden früheren Kommanditisten waren nach wie vor zu je 50% Gesellschafter der GmbH.

Der ASt begehrte die Löschung des zu Gunsten der OHG eingetragenen Vorkaufsrechts.

Das ErstG bewilligte die Löschung.

Das RekG gab dem Rek der übernehmenden GmbH Folge und wies den Antrag auf Löschung des Vorkaufsrechts ab.

Der OGH gab dem RevRek nicht Folge.

#### Aus der Begründung:

##### [Höchstpersönlichkeit des Vorkaufsrechts]

Das Vorkaufsrecht kann nach der zwingenden (RIS-Justiz RS0020438 [T 5]) Bestimmung des § 1074 ABGB weder einem Dritten abgetreten, noch auf die Erben des Berechtigten übertragen werden. Die **Unvererblichkeit** soll der im Vorkaufsrecht enthaltenen Beschränkung des freien Verkehrs eine zeitliche Grenze setzen (RS0200171). Ein Vorkaufsrecht kann auch einer juristischen Person eingeräumt werden. Es erlischt dann mit deren Untergang (RS0020289).

Eine **Verschmelzung** (Fusion) durch Aufnahme oder Neugründung erfolgt ohne Liquidation (§ 219 AktG; RS0049475; RS0049484). Die übernehmende (oder neu gegründete) Gesellschaft tritt in jeder rechtlichen Hinsicht an die Stelle der übertragenden Gesellschaft. Sämtliche Rechte und Pflichten, Forderungen und Schulden gehen als Folge der liquidationslosen Be-

den verbleibenden Gesellschafter nach § 142 UGB nicht unter, sondern im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf diesen über.

endigung der übertragenden Gesellschaft im Weg einer Gesamtrechtsnachfolge über (5 Ob 136/19 i mwN).

Ein der aufnehmenden Gesellschaft eingeräumtes **Vorkaufsrecht** bleibt von der Verschmelzung unberührt aufrecht (5 Ob 124/03 a). Hingegen sollte ein zu Gunsten der übertragenden Gesellschaft im Grundbuch eingetragenes Vorkaufsrecht zufolge der zwingenden Bestimmung des § 1074 ABGB erlöschen, weil die Verschmelzung zum Untergang der übertragenden Gesellschaft führe (5 Ob 106/95). Die E 5 Ob 106/95 wurde in der Lit (s die zahlreichen Nachweise in 5 Ob 136/19 i) insb wegen der darin enthaltenen Gleichsetzung der Vollbeendigung einer juristischen Person infolge Verschmelzung mit den gesetzlichen Folgen des Todes einer natürlichen Person kritisiert.

Diese Kritik aufgreifend sprach der OGH zu **5 Ob 136/19 i** (EvBl 2020, 736) (RS0132979) aus, dass ein (nach § 1070 ABGB unveräußerliches und unvererbliches) **Wiederkaufsrecht**, das zu Gunsten der übertragenden Gesellschaft bestand, durch eine Fusion nicht untergeht. Er hielt die zu 5 Ob 106/95 vertretene gegenteilige Rechtsansicht ausdrücklich nicht aufrecht. Mit der **Verschmelzung** finde keine Übertragung dieses Rechts an einen von der berechtigten Gesellschaft verschiedenen Dritten iSd § 1070 ABGB statt. Das Vermögen der übertragenden Gesellschaft gehe in der aufnehmenden Gesellschaft auf, weshalb ein Gestaltungsrecht wie das Wiederkaufsrecht zu Gunsten dieser Gesellschaft fortwirke. Diese Form der **Gesamtrechtsnachfolge** sei den Rechtsfolgen des Todes einer natürlichen Person nicht gleichzuhalten. Der vom historischen Gesetzgeber verfolgte Zweck des § 1070 ABGB, die übermäßig lange Beschränkung des freien Rechtsverkehrs von Liegenschaften zu unterbieten, stoße bereits mit der Einräumung dieses Rechts einer juristischen Person an seine Grenzen, weil eine solche nicht zwingend ein natürliches Ende habe, sondern es im Allgemeinen der Willkür der darüber zur Entscheidung berufenen Personen überlassen sei, ein solches herbeizuführen. Das Fehlen einer zeitlichen Bindung, was das Lebensende einer natürlichen Person mit sich bringe, sei damit in der Natur der Sache gelegen und könne diesem Ergebnis nicht erfolgreich entgegengehalten werden.

Dieser Entscheidung schloss sich der 1. Senat zu 1 Ob 173/19 a ausdrücklich an. Beide Entscheidungen betrafen Wiederkaufsrechte an Liegenschaften.

##### [Lehrmeinungen zur Rechtsprechungsänderung]

Die Lit nahm diese Judikaturwende positiv auf:

*Nicolussi* (Wiederkaufsrecht und Gesamtrechtsnachfolge, GesRZ 2020, 132) stimmt den beiden rezenten Ent-

In dieser Entscheidung setzt der OGH seine neue Rsp zum (grundsätzlichen) Übergang höchstpersönlicher Rechte bei Vermögensübernahmen fort.

scheidungen zu und differenziert lediglich danach, ob ein Wiederkaufsrecht unternehmensbezogen sei oder nicht. Wiederkaufrechte an Liegenschaften mit dienstlichen Betriebsanlagen oder Personalservituten, die der Durchführung der operativen Tätigkeit des Unternehmens dienen, wiesen einen starken Unternehmensbezug auf. Rechte hingegen, die einen stärkeren Bezug zum Rechtsträger als zum Unternehmen aufwiesen, würden von der Gesamtrechtsnachfolge nicht erfasst, sondern mit Untergang des Rechtsträgers erlöschen.

*Foglar-Deinhardstein* (Verschmelzung: Gesamtrechtsnachfolge und höchstpersönliche Rechte, *ecolex* 2020/183) teilt diese Ansicht und nennt als erfassten Fall ausdrücklich auch jenen der Anwachsung nach § 142 UGB. Zusammenfassend könnten alle höchstpersönlichen Rechte bei jeder Form der Umgründung mit Gesamtrechtsnachfolge automatisch auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen.

Nach Ansicht *Schauers* (Nebenverträge zum Kauf und Umgründungsrecht, *ÖJZ* 2020/20) fordert die Lösung eine Abwägung des Interesses, nicht mit überlangen Vermögensbindungen belastet zu werden, mit dem Kontinuitätsinteresse der an der Umgründung beteiligten Rechtsträger. Dabei erscheine das Interesse des Verpflichteten und der Allgemeinheit nur in geringem Umfang schutzwürdig. Wer einer juristischen Person eines der Gestaltungsrechte der §§ 1068 ff ABGB einräume, nehme in Kauf, dass dieses Recht auf unbestimmte Zeit bestehe. Das mit den Umgründungstatbeständen verfolgte Ziel, Synergien zu schaffen und Effizienzgewinne zu ermöglichen, sei demgegenüber höher zu bewerten. Aus diesem Grund sei anzunehmen, dass die Gestaltungsrechte der §§ 1068 ff ABGB bei den genannten Umgründungen nicht erlöschen, sondern auf den Rechtsnachfolger übergehen.

Nach der (nunmehr) in L und Rsp *hM* erlöschen bei einer **Verschmelzung** von Kapitalgesellschaften auch der übertragenden Gesellschaft zustehende Gestaltungsrechte in Form eines Wiederkaufs- oder eines Vorkaufsrechts an Liegenschaften nicht. Sie gehen aufgrund der mit solchen gesellschaftsrechtlichen Vorgängen verbundenen **Gesamtrechtsnachfolge** auf eine andere Gesellschaft über.

### [Umgründung]

Eine OG und eine KG erlöschen nach § 142 Abs 1 Satz 1 UGB, wenn nur noch ein Gesellschafter verbleibt. Das Gesellschaftsvermögen geht im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf diesen über (§ 142 Abs 1 Satz 2 UGB).

Die Übertragung aller Kommanditanteile auf eine Komplementär-GmbH mit dem Ergebnis einer **Umgründung** der GmbH & Co KG in eine GmbH unterliegt § 142 Abs 1 UGB (5 Ob 62/15 a mwN; *Leupold* in

*Torggler*, UGB<sup>3</sup> § 142 Rz 5 mwN) sowie – in ihrem (zeitlichen) Anwendungsbereich (s dazu RS0039306 [T 8, T 9 und T 10]) – der Vorgängerbestimmung des § 142 HGB (RS0113655). Es kommt ohne Liquidation zum Übergang des gesamten Gesellschaftsvermögens im Weg der **Gesamtrechtsnachfolge** (*Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> § 142 Rz 1, 7 f; *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>3</sup> § 142 Rz 3 ff; zu § 142 HGB: 2 Ob 54/00 f; RS0061566; RS0039306).

### [Ergebnis]

Der RevRekWerber gesteht zu, dass die im Firmenbuch eingetragene **Vermögensübernahme** durch die Komplementär-GmbH eine Gesamtrechtsnachfolge nach § 142 UGB bewirkte. Er sieht das Vorkaufsrecht aber deshalb nicht von dieser Universalsukzession erfasst, weil dieses zufolge § 1074 ABGB wie im Fall einer Verschmelzung durch die Übernahme erloschen sei. Diese auf 5 Ob 106/95 beruhende Ansicht zum Untergang eines Vorkaufsrechts ist – wie bereits dargelegt – überholt.

Sein weiteres Argument ist die Löschung des letzten „ursprünglichen“ Gesellschafters (geb 1925) aus dem Firmenbuch. Das Vorkaufsrecht habe deshalb noch vor der Vermögensübernahme nicht mehr bestanden. Die dazu zit E 1 Ob 600/86 rechtfertigt diese Meinung nicht. Der OGH legte zwar dar, dass es bei einem zu Gunsten einer **Personengesellschaft** ohne „juristische Persönlichkeit“ eingeräumten Vorkaufsrecht nur auf den am längsten Lebenden dieser Gemeinschaft ankomme. Auf den – aus den vorgelegten Urkunden oder dem Grundbuch nicht ersichtlichen – Tod des 1925 geborenen Gesellschafters hat sich der ASt in seinem Grundbuchgesuch (oder in seinem RevRek) aber gar nicht berufen. Zudem sah der OGH in 1 Ob 600/86 eine Rechtsansicht als zutreffend und damit nicht als aussichtslos an, wonach die Einräumung eines Vorkaufsrechts zu Gunsten eines Einzelunternehmens zulässig sei und der Wechsel des Geschäftsinhabers durch Todesfall und Geschäftsveräußerung das Vorkaufsrecht unberührt lasse, wenn das Unternehmen als wirtschaftliche und rechtliche Einheit als Rechtsobjekt gelte, sodass es nicht auf die zufällige juristische Organisationsform des Unternehmensträgers ankäme. Letztlich ist diese Entscheidung auch deshalb überholt, weil sowohl einer OG (vor 1. 1. 2007: OHG) als auch einer KG **Rechtspersönlichkeit** zukommt (§§ 105, 161 Abs 2 UGB idF des HaRÄG BGBl I 2005/120).

Die Beurteilung des RekG, das Vorkaufsrecht sei mit der wirksamen Vermögensübernahme auf die übernehmende GmbH als Gesamtrechtsnachfolgerin einer GmbH & Co KG übergegangen und deshalb nicht erloschen, entspricht L und Rsp zum Schicksal derartiger Gestaltungsrechte in Fällen einer Gesellschaften betreffenden Gesamtrechtsnachfolge.

### Hinweis:

Nach der zwingenden Anordnung des § 1074 ABGB ist das Vorkaufsrecht weder abtretbar noch vererblich, also auf der **Aktivseite** überhaupt nicht übertragbar; ein Vorkaufsrecht kann auch nicht zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers einer Liegenschaft begründet werden. Die Erstreckung des Vorkaufsrechts auf meh-

rere Vorkaufsfälle kann hingegen wirksam vereinbart werden; § 1075 ABGB ist dispositiv. Die Übertragung der **Vorkaufsverpflichtung** auf einen Dritten (bzw die vertragliche Vereinbarung, die Vorkaufsbelastung auf den Rechtsnachfolger zu überbinden) ist daher zulässig (1 Ob 259/01 x EvBl 2002, 337).

*Martina Weixelbraun-Mohr*



**Anmerkung:**

1995 hat der OGH in 5 Ob 106/95 ausgesprochen, dass ein **Vorkaufsrecht**, das einer juristischen Person eingeräumt worden ist, bei **Verschmelzung** der Vorkaufsberechtigten nicht auf die Gesamtrechtsnachfolgerin übergehe, sondern – wegen des verschmelzungsbedingten Untergangs der Berechtigten – erlösche. Ein Vierteljahrhundert später ist der OGH nunmehr in 5 Ob 74/20y (*Schmidt/Schwab*, SWK 2020, 1278) der Forderung *Hoyers* (in FS Krejci 1228; vgl schon NZ 1996, 220) gefolgt und hat die Rechtssätze der E 5 Ob 106/95 aufgegeben. Diese **Judikaturwende** hat sich schon in 5 Ob 88/05k (NZ 2005, 373 [*Hoyer*] = *ecolex* 2005, 771 [*J. Reich-Rohrwig*]), 5 Ob 136/19i (EvBl 2020, 736 [*Weixelbraun-Mohr*] = NZ 2020, 218 [*Bittner*] = *ecolex* 2020, 526 [*Peissl*]) und 1 Ob 173/19a (*ecolex* 2020, 412 [*H. Foglar-Deinhardstein*] = *Nicolussi*, GesRZ 2020, 132) abgezeichnet.

§ 1074 ABGB ordnet an, dass Vorkaufsrechte unübertragbar sind. Dieses Übertragungsverbot wurde in 5 Ob 106/95 auch auf die **Gesamtrechtsnachfolge** bei verschmelzungsbedingtem Untergang des Vorkaufsberechtigten angewendet. Demgegenüber war das zentrale Argument *Hoyers* für ein Fortbestehen **höchstpersönlicher Rechte** zu Gunsten des umgründungsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolgers, dass die verschmelzungs- und spaltungsrechtliche Universal-sukzession als europarechtlich vorgeprägte Rechtsfolge einer Umgründung *lex posterior* und *lex specialis* zum allgemeinen Zivilrecht sei.

Ein noch deutlich ausgeweiteter Begründungsansatz wurde in den rezenten E 5 Ob 136/19i und 1 Ob 173/19a gewählt, in denen der OGH bereits anerkannte, dass ein **Wiederkaufsrecht** durch umgründungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge übertragbar ist. Insb wird dort ins Treffen geführt, dass das umgründungsbedingte Erlöschen einer Gesellschaft typischerweise ohne Liquidation erfolgt, sodass die im Zuge einer Umgründung untergehende übertragende Gesellschaft wirtschaftlich in der übernehmenden Gesellschaft weiterbesteht (ähnlich zu vinkulierten Anteilen 1 Ob 130/07k; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung VI. B Rz 28), und dass die Einräumung eines höchstpersönlichen Rechts an eine Gesellschaft für den Verpflichteten immer und ohne jeglichen Überraschungseffekt eine lange andauernde Beschränkung im Vermögen des Verpflichteten zur Folge haben kann, weil eine Gesellschaft kein natürliches Ende hat (vgl schon *Grünwald*, RdW 1996, 518 [519]; *Schauer*, ÖJZ 2020, 153 [158f]; ähnlich zur langfristigen Bindung bei Syndikatsverträgen *H. Foglar-Deinhardstein/Krenn*, *ecolex* 2015, 977).

Vor diesem argumentativen Hintergrund leuchtet ein, dass sich die Änderung der Rsp nicht nur auf europarechtlich determinierte Umgründungsvorgänge, sondern – wie in der vorliegenden Entscheidung bestätigt – auf **alle Formen der umgründungsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge** – wie etwa bei der Anwachsung gem § 142 UGB oder bei der Umwandlung einer GesBR in eine Personengesellschaft gem § 1206 ABGB – erstreckt. Weiters ergibt sich, dass nicht nur Vorkaufsrechte, sondern **alle höchstpersönlichen Rechte** (insb Wiederkaufs- und Rückverkaufsrechte, Belastungs- und Veräußerungsverbote, Servituten, Vollmachten) bei jeder Umgründung mit Gesamtrechtsnachfolge automatisch durch den übernehmenden Rechtsträger übernommen werden und – mangels abweichender Vereinbarung – nicht erlöschen (so schon *H. Foglar-Deinhardstein*, *ecolex* 2020, 413; aA noch *Mayr*, Veräußerungs- und Belastungsverbot 159). Dogmatisch kommt man zu diesem Ergebnis, indem man die Regelungen zur Unübertragbarkeit höchstpersönlicher Rechte teleologisch reduziert (*Leupold in Klang*, ABGB<sup>3</sup> § 364 c Rz 27) oder indem man – wie *Hoyer* – die gesetzlich angeordnete Gesamtrechtsnachfolge als *lex specialis* erkennt.

Fallengelassen werden kann mE auch die Erwägung aus zwei älteren E (1 Ob 518/87; 1 Ob 644/87), wonach die Ausübung eines höchstpersönlichen Rechts durch eine juristische Person nur innerhalb eines Zeitraums unbedenklich sei, der noch innerhalb der Lebenserwartung einer physischen Person liege. Zeitliche Grenzen des höchstpersönlichen Rechts einer juristischen Person setzen daher nur die **Vollbeendigung** der juristischen Person ohne Gesamtrechtsnachfolger und allenfalls die **Verjährung** (für das Wiederkaufsrecht bejaht in 5 Ob 136/19i; zur Diskussion *Nicolussi*, GesRZ 2020, 135; *Schauer*, ÖJZ 2020, 157f).

Bedenkenswert ist der Gedanke *Nicolussis*, dass höchstpersönliche Rechte bei jeder Form des **Unternehmensübergangs** übertragbar sind, auch wenn allenfalls keine juristische Person am Vorgang beteiligt ist (GesRZ 2020, 136).

Heinrich Foglar-Deinhardstein,  
CERHA HEMPEL Rechtsanwälte Wien



EvBl 2020/145

§ 1295 ABGB

OGH 28. 4. 2020,  
1 Ob 36/20f  
(OLG Wien  
133 R 69/19y;  
LG Krems  
6 Cg 147/18d)

→ **Warnpflicht des Reiseveranstalters für Urlaubseinkäufe**

**§ 1295 ABGB**

Händler, mit denen ein Reisender im Urlaubsort Kaufverträge abschließt, sind keine Erfüllungsgelhilfen des Reiseveranstalters. Allerdings kann im Einzelfall (zB bei Kenntnis von besonders manipu-

lativen Verkaufsstrategien) eine vertragliche Nebenpflicht aus dem Reiseveranstaltungsvertrag bestehen, bestimmte Verkaufsveranstaltungen nicht zu empfehlen oder die Reisenden vor diesen zu warnen.

**Sachverhalt:**

Der Kl buchte bei der Bekl eine „5-Sterne-Bildungsreise-Zypern“ als **Pauschalreise**. Teil des geplanten Reiseverlaufs war unter anderem der Besuch eines

„faszinierenden Jahrhunderte alten Kunsthandwerks sowie einer Schmuckmanufaktur“. Wegen der von ihm getätigten **Käufe von Teppichen und Schmuck**, zu denen er durch unseriöse Praktiken verleitet wor-