

## Allgemeiner Teil

### 1. Einleitung

Die Bestimmungen des 27. Hauptstücks des zweiten Teils des ABGB mit dem Titel „Von dem Vertrage über die Gemeinschaft der Güter“, womit die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR) gemeint ist, beruhen noch immer zum größten Teil auf der Stamfassung des ABGB aus dem Jahr 1811. Das Gleiche gilt für die Vorschriften über die Miteigentumsgemeinschaft, auf die das Organisationsrecht der GesbR verweist. Die GesbR ist also historisch betrachtet die älteste heute noch in Geltung stehende Gesellschaftsform in Österreich, hat aber die zahlreichen Modernisierungen, die das Gesellschaftsrecht erfahren hat, nur ansatzweise mitgemacht. Zuletzt hat die GesbR dadurch an Bedeutung verloren, dass Personengesellschaften (zunächst seit 1990 aufgrund des EEG als OEG oder KEG, seit der Handelsrechtsreform 2005 als OG oder KG) auch für jene (minderkaufmännischen, freiberuflichen, land- und forstwirtschaftlichen oder sonst nicht gewerblich ausgeübten) Aktivitäten begründet werden können, für die das früher nicht möglich war und die daher (als Personengesellschaft) der GesbR vorbehalten waren.

Die GesbR kann – wie seit der Handelsrechtsreform 2005 auch die OG – zu jedem erlaubten Zweck gegründet werden. Während eine OG oder KG als Rechtsperson erst mit der Eintragung im Firmenbuch entsteht (§ 123 Abs. 1 UGB), ist die GesbR, der keine Rechtspersönlichkeit zukommt, allein schon deshalb nicht ins Firmenbuch einzutragen. Zu ihrer Errichtung genügt der Abschluss des Gesellschaftsvertrags, der keinerlei Form bedarf; er kann auch schlüssig (konkludent) abgeschlossen werden. Wenn die GesbR ein Unternehmen betreibt, dessen Jahresumsatz einen bestimmten Schwellenwert überschreitet, ist sie nach § 8 Abs. 3 UGB in eine OG oder KG umzuwandeln und in das Firmenbuch einzutragen.

Die GesbR erfüllt damit eine Art „Auffangfunktion“ für gesellschaftliche Zusammenschlüsse, die nicht jenes Maß an Formalität, Publizität, Intensität oder Dauerhaftigkeit erfüllen, wie es für eine mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Gesellschaft erforderlich wäre. Sie spielt nach wie vor in den unterschiedlichsten Bereichen eine wichtige Rolle, etwa für Gelegenheitsgesellschaften („ARGE“) in der Bauwirtschaft, Kreditkonsortien, Emissionskonsortien, Vorgründungsgesellschaften, Syndikatsverträge, Unter- und Innenbeteiligungen, Kartelle, Interessengemeinschaften, Joint Ventures, Gruppenarbeitsverträge, Realgemeinschaften, Jagd- und Fischereigemeinschaften, Familienbetriebe und dergleichen. Vorrangige Aufgabe der Gesetzgebung ist es dabei, ein dispositives Regelwerk zu schaffen, das die wesentlichen Fragen der Geschäftsführung und Vertretung, der Beteiligung an Gewinn und Verlust, der Haftung und des Ausscheidens aus oder der Beendigung der Gesellschaft in jenen Fällen klärt, in denen die Vertragspartner keine abweichenden Vereinbarungen getroffen haben.

Das 27. Hauptstück kann nicht alle Besonderheiten regeln, die sich im Zusammenhang mit den vielen, angesichts ihrer unterschiedlichen Aufgaben jeweils speziell zu gestaltenden GesbR ergeben. Die gesetzlichen Regelungen über die GesbR haben sich auf die wesentlichen, allgemeinen Ordnungsfragen zu beschränken. Sie sollen diese aber doch so umfassend klären, dass den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs entsprochen wird und für im Innenverhältnis häufig auftretende Fragen interessengerechte gesetzliche Lösungen angeboten werden.

### 2. Problemstellungen

Die derzeitigen Bestimmungen des ABGB für die GesbR sind weitgehend veraltet. In mancher Hinsicht haben sich Rechtsprechung und Lehre im Lauf der Zeit so weit vom Gesetzestext entfernt, dass dessen Lektüre kein korrektes Bild der Rechtslage mehr vermittelt. Teilweise sind die – dispositiven – Gesetzesbestimmungen unpraktisch. In einigen Fragen herrscht mangels klarer gesetzlicher Regelung erhebliche Rechtsunsicherheit. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum besteht seit langem Konsens darüber, dass das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts reformbedürftig ist (*Kastner*, Zur Erneuerung des österreichischen Gesellschaftsrechts, FS Broda (1976), 96 f.; *derselbe*, Legistische Aufgaben im Gesellschaftsrecht, JBl 1990, 545 (550); *K. Schmidt*, Der Partnerschaftsgesetzentwurf: Chance für eine überfällige Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, JBl 1988, 745; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup>, 75 f.; *Jabornegg/Resch* in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 1175 Rz 1; *Krejci*, UGB: Zur OG, KG und GesbR, ÖJZ 2006, 53 (63); *derselbe*, Zur Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, FS Hopf (2007), 115; *derselbe*, Miteigentum und Vermögensordnung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts de lege ferenda, in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, FS 200 Jahre ABGB (2011); *Harrer*, Die Personengesellschaft (2007), 4 ff. und passim; *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008), 101; *Told*, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (2011); *dieselbe*, Zur Rechtsfähigkeit und Vermögensordnung der GesbR, GES 2011, 147; *U. Torggler*, Die Mitunternehmer-GesbR nach geltendem und künftigen Recht, JBl 2011, 353).

### 3. Reform des ABGB aus Anlass seines 200-Jahr-Jubiläums

Schon das Regierungsprogramm für die 24. Gesetzgebungsperiode sah vor, dass der Erneuerungsbedarf des ABGB anlässlich des 200-jährigen Bestehens dieses Gesetzbuchs zu erheben und eine abschnittsweise Überarbeitung unter grundlegender Beibehaltung seines Aufbaus und seiner Wertungen anzustreben wäre. Dieser Vorgabe entsprechend wurden in einem Ministerratsvortrag der Bundesministerin für Justiz aus dem September 2010 die rechtspolitischen Ziele des – ursprünglich als „ABGB 2011“, dann als „ABGB 200+“ bezeichneten – Projekts näher konkretisiert: Das österreichische Zivilrecht soll – mit der gebotenen Umsicht, Augenmaß und Zurückhaltung – modernisiert und an die geänderten wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und rechtlichen Bedingungen angepasst werden.

In Bezug auf die GesbR zeigt sich folgendes Bild: Das 27. Hauptstück des zweiten Teils steht seit der Stammfassung des ABGB im Wesentlichen unverändert in Kraft (vgl. näher dazu etwa *Kalss*, Die Entwicklung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts über 200 Jahre, in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, FS 200 Jahre ABGB [2011], 441). Dies ist einerseits ein Beleg für die immense Bestandskraft der Regelungen, kann aber andererseits nicht darüber hinwegtäuschen, dass manche Bestimmungen (etwa jene zur Geschäftsführung oder zur Haftung der Gesellschafter) den aktuellen Bedürfnissen nicht mehr gerecht werden. Eine Reform dieses Hauptstücks erscheint also zum einen in der Sache angezeigt und stellt zum anderen einen wichtigen Beitrag zum erwähnten umfassenden Modernisierungsvorhaben in Bezug auf das ABGB dar.

### 4. Entstehung des Entwurfs

Das Bundesministerium für Justiz hat im November 2010 eine Arbeitsgruppe zur Erneuerung des 27. Hauptstücks des zweiten Teils des ABGB eingerichtet. Erklärtes Ziel dieses Reformvorhabens ist es, die Bestimmungen zur GesbR, die im Wesentlichen seit 1811 unverändert geblieben sind, an die seither weiterentwickelte Dogmatik anzupassen und im Rahmen des Reformvorhabens ABGB 200+ eine durchgehende Modernisierung und Verbesserung dieses Abschnitts zu erreichen. An dieser Arbeitsgruppe haben folgende Personen teilgenommen:

Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci, dessen Vorarbeiten und Publikationen die Aufarbeitung der bestehenden Defizite sehr erleichterten, Univ.-Prof. Dr. Friedrich Harrer sowie Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer aus dem Kreis der Lehre, weiters Dr. Artur Schuschnigg für die Wirtschaftskammer Österreich, Mag. Helmut Gahleitner und Mag. Richard Halwax für die Bundesarbeitskammer, Univ.-Prof. Dr. Michael Enzinger und Dr. Georg Brandstätter für den Österreichischen Rechtsanwaltskammertag, Dr. Arno Weigand und Dr. Hannes Schutte für die Österreichische Notariatskammer, Univ.-Prof. Dr. Thomas Keppert für die Kammer der Wirtschaftstreuhänder und aus dem Kreis der Richterschaft Dr. Maria Wittmann-Tiwald.

Parallel zur Arbeitsgruppe tagte in regelmäßigen kürzeren Abständen ein Redaktionskomitee, dem Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci und Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer, die zuständige Abteilungsleiterin Dr. Sonja Bydlinski und Dr. Arno Engel, der in der Abteilung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht dieses Vorhaben führend betreute, angehörten. Nach der Rückkehr von Dr. Engel in die Rechtsprechung haben die Endredaktion Dr. Matthias Potyka und Mag. Romana Fritz übernommen.

In der Zivilrechtssektion waren als weitere Mitarbeiterinnen der zuständigen Abteilung I 3 Frau Mag. Brigitte Süßenbacher und Frau Mag. Ursula Scheuer sowie andere Abteilungsleiter, insbesondere Dr. Maria Wais, Dr. Johannes Stabentheiner und Dr. Barbara Kloiber, eingebunden. Die Sitzungen der Arbeitsgruppe wurden überwiegend von Sektionschef Dr. Georg Kathrein geleitet.

Ein Diskussionsentwurf konnte zu Jahresbeginn 2012 in der Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht (GES) vorgestellt und damit einer breiten wissenschaftlichen Aufarbeitung unterzogen werden. Dies hat zu einigen Änderungen des Entwurfes geführt, die insbesondere darauf abzielten, kleine nicht unternehmerisch tätige GesbR mit den neuen Regelungen nicht zu überfordern. So wurde vor allem im Vertretungsrecht eine Differenzierung zwischen unternehmenstragenden und nicht unternehmerisch tätigen Gesellschaften vorgeschlagen. Die meisten Anregungen zu diesen und anderen Änderungen gehen auf Univ.-Prof. Dr. Ulrich Torggler zurück.

### 5. Grundzüge des neuen Rechts der GesbR

#### a) Vorrang der Privatautonomie

Die Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses soll wie bisher grundsätzlich den Parteien des Gesellschaftsvertrags obliegen; die gesetzlichen Regeln sollen weitestgehend dispositiv sein. Sie sollen aber (schon deshalb, weil eine GesbR formlos zustande kommen kann) so umfassend sein, dass sich alle wichtigen Ordnungsfragen der Gesellschaft aus dem Gesetz beantworten lassen.

Ziel der Reform ist die Schaffung klarer, übersichtlicher Regeln, die (gegenüber dem teilweise inhaltlich umstrittenen geltenden Recht) den Rechts- und Geschäftsverkehr von Unsicherheiten und zusätzlichen

Rechtsberatungskosten befreien und den Gesellschaftern ein möglichst umfassendes und ausgewogenes dispositives Regime zur Verfügung stellen.

#### **b) Rechtsnatur der GesbR**

In ihren Wesensmerkmalen soll die GesbR unverändert bleiben. Da die OG und die KG als eigene Rechtsträger seit dem HaRÄG 2005 für alle erlaubten Zwecke gegründet werden können, besteht keine Notwendigkeit, auch der GesbR eine eigene Rechtspersönlichkeit zuzubilligen. Vielmehr würde das Normativsystem unterlaufen, wenn es möglich wäre, einen eigenen Rechtsträger ohne Eintragung in ein öffentliches Register zu schaffen. Die GesbR soll daher eine zwischen den Gesellschaftern begründete Rechtsbeziehung ohne eigene Rechtsfähigkeit bleiben. Wenn die Gesellschafter ihrer GesbR Rechtsfähigkeit verleihen wollen, können sie auf einfache Weise ihre Gesellschaft als OG oder, unter Beachtung der damit verbundenen Besonderheiten, als KG ins Firmenbuch eintragen lassen. Dem kommt auch der Umstand entgegen, dass sich das Innenrecht der GesbR weitgehend am Recht der OG orientiert.

#### **c) Auffangfunktion**

Die Bestimmungen über die GesbR hatten seit jeher insoweit eine Auffangfunktion, als sie subsidiär zur Auffüllung von Lücken im rechtlichen Regime anderer Gesellschaftsformen heranzuziehen waren. Diese Funktion ist zwar im Lauf der Zeit stark in den Hintergrund getreten, weil wegen der immer stärker ausdifferenzierten Regelungen der anderen Gesellschaftsformen nur noch ein geringer Bedarf bestand. Sie ist aber niemals gänzlich verloren gegangen und hat wegen der Aufhebung des Art. 7 Nr. 1 der 4. EVHGB (der den Rückgriff auf das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Recht ausschloss) durch die Handelsrechtsreform 2005 sogar wieder an Bedeutung gewonnen.

Aus diesem Grund sollen im Zug der Reform auch einige Institutionen des allgemeinen Gesellschaftsrechts kodifiziert werden, die bereits bisher anerkannt, aber nicht oder nur zum Teil ausdrücklich geregelt waren. Dies gilt vor allem für die *actio pro socio* (vgl. den vorgeschlagenen § 1188 ABGB) sowie die Pflicht zur Interessenwahrung und zur Gleichbehandlung (vgl. den vorgeschlagenen § 1186 ABGB). Freilich darf daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass diese Rechtsinstitute auf alle Gesellschaftsformen undifferenziert angewendet werden sollen, weil jeweils die spezifischen Strukturmerkmale und Wertungszusammenhänge der einzelnen Rechtsformen beachtet werden müssen. Die Pflicht zur Mitwirkung und zur Förderung des Gesellschaftszwecks wird etwa bei einer personalistisch organisierten Gesellschaft, bei der das persönliche Zusammenwirken der Gesellschafter im Vordergrund steht, einen anderen Inhalt haben als bei einer Kapitalgesellschaft.

#### **d) Kategorienbildung**

Wie bereits oben (1.) dargelegt wurde, dient die GesbR als Gesellschaftsform für sehr unterschiedliche Tätigkeiten, wie etwa die bloße Vermögensverwaltung, kleine Familienbetriebe, gewerbliche Unternehmen mittlerer Größe, große Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft, Syndikate und Konsortien, aber auch zur Verfolgung ideeller Zwecke.

Verschiedentlich wurde bezweifelt, ob es gelingen kann, weiterhin ein einheitliches Recht für alle diese Erscheinungsformen der GesbR vorzusehen. So wurde vorgeschlagen, bei manchen Regelungen zwischen unternehmenstragenden und sonstigen GesbR zu unterscheiden (z.B. von *U. Torggler*, Die Mitunternehmer-GesbR nach geltendem und künftigem Recht, JBl 2011, 353). Diese Anregungen soll für einige Bestimmungen aufgegriffen werden: So soll es für die Zweifelsregel, ob eine Außen- oder lediglich eine Innengesellschaft vorliegt (§ 1176 Abs. 1 ABGB), für die Reichweite des Verbots einer Konkurrenztaetigkeit (§ 1187 ABGB) und für das Vertretungsrecht (§ 1197 ABGB) eine Rolle spielen, ob die Gesellschaft ein Unternehmen betreibt oder nicht.

Im Übrigen verläuft die zentrale Trennlinie zwischen Gesellschaften, die sich auf die Beziehungen der Gesellschafter untereinander beschränken (Innengesellschaften) und solchen, die im Rechtsverkehr auch nach außen gemeinschaftlich auftreten (Außengesellschaften). Beispielsweise gelten die Regelungen des 3. Abschnitts über die Vertretung und Haftung nur für gemeinschaftlich im Rechtsverkehr auftretende Außengesellschaften.

#### **e) Gliederung**

Um eine bessere Übersichtlichkeit zu erreichen, wird das – zur Gänze neu formulierte – 27. Hauptstück in folgende sieben Abschnitte gegliedert:

1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen
2. Abschnitt: Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander
3. Abschnitt: Rechtsverhältnisse zu Dritten
4. Abschnitt: Gesellschafternachfolge

5. Abschnitt: Umwandlung
6. Abschnitt: Auflösung
7. Abschnitt: Liquidation

#### **f) Vermögensordnung**

Grundsätzlich gibt es kein Vermögen der GesbR im eigentlichen Sinn, weil die GesbR nicht rechtsfähig ist und ihr selbst daher auch kein Vermögen zugeordnet werden kann. Was „zum Gesellschaftsvermögen gehört“, kann also nur den Gesellschaftern persönlich zugerechnet werden.

Sehr wohl aber gibt es Vermögenswerte, die von den Gesellschaftern der gemeinsamen Zweckverfolgung gewidmet werden. Diesbezüglich stellt sich die Grundsatzfrage, wie stark die gesellschaftliche Bindung dieser Vermögenswerte ausgestaltet werden soll. Damit ist vor allem die Frage der gesamthändischen Verbundenheit angesprochen.

Zum Gesellschaftsvermögen gehörende Forderungen (eigentlich: gemeinschaftliche Forderungen der Gesellschafter) werden von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung (entgegen dem Wortlaut des bisherigen § 1203 ABGB) als Gesamthandforderungen qualifiziert. Das heißt, sie können nur von allen Gesellschaftern gemeinsam geltend gemacht werden und der Schuldner kann mit schuldbefreiender Wirkung nur an alle gemeinsam leisten (Vertretung ist natürlich jeweils möglich).

Ein Gesamthandgut an körperlichen Sachen wird hingegen bisher als dem ABGB unbekannt angesehen. Körperliche Sachen können nur im Miteigentum aller Gesellschafter zu ideellen Anteilen stehen (quoad dominium eingebrachte oder gemeinsam erworbene Sachen) oder im Alleineigentum eines Gesellschafters, der sie der Gesellschaft zum Gebrauch zur Verfügung stellt (quoad usum eingebracht). Es ist auch möglich, im Innenverhältnis zu vereinbaren, dass eine Sache wie „Eigentum der Gesellschaft“, also wie Miteigentum aller Gesellschafter, behandelt wird, aber nach außen hin im Alleineigentum eines Gesellschafters bleibt, der fortan eine Stellung ähnlich einem Treuhänder einnimmt (quoad sortem eingebracht). Dieses Grundkonzept soll beibehalten und im Gesetz lediglich klarer als bisher zum Ausdruck gebracht werden. Hauptgründe dafür, dass weiterhin kein Gesamthandgut an körperlichen Sachen zugelassen werden soll, sind Publizitätsfragen (bei beweglichen körperlichen Sachen ebenso wie im Grundbuch) sowie Schwierigkeiten beim Wechsel vom ideellen Miteigentum zum Gesamthandgut und umgekehrt.

Gläubiger eines Gesellschafters sollen auch weiterhin exekutiv auf gesellschaftsgebundene Miteigentumsanteile zugreifen können und nach § 333 EO durch Kündigung der Gesellschaft das Auseinandersetzungsguthaben verwerten können; zusätzlich soll es eine § 135 UGB vergleichbare Regelung auch für die GesbR geben (vgl. § 1212 ABGB in der Fassung des Entwurfs).

#### **g) Innenrecht**

Die GesbR ist eine Personengesellschaft, die systematisch zwischen den eingetragenen Personengesellschaften des UGB und der schlichten Miteigentumsgemeinschaft steht.

Derzeit ist das Recht der GesbR stark von den Prinzipien der Miteigentumsgemeinschaft geprägt. Es unterscheidet sich auch daher erheblich vom Recht der OG. Die Divergenzen zum jüngeren OG-Recht erscheinen jedoch sachlich weitgehend nicht gerechtfertigt. Für die Interessenlage der Gesellschafter im Verhältnis zueinander macht es keinen großen Unterschied, ob die Gesellschaft im Firmenbuch eingetragen ist und Rechtspersönlichkeit besitzt oder nicht. Hier liegt es näher danach zu differenzieren, ob die beteiligten Personen einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen, sich also zum organisierten Zusammenwirken verbunden haben, oder nicht. Die gesetzliche Differenzierung im Innenrecht sollte also – anders als bisher – vorwiegend an der Grenze zwischen schlichter Miteigentumsgemeinschaft und GesbR und nicht zwischen GesbR und eingetragenen Personengesellschaften (OG und KG) gezogen werden. Zudem besteht für die Gesellschafter der GesbR nach § 8 Abs. 3 UGB bei Überschreiten des Umsatzschwellenwertes eine Verpflichtung zur Eintragung als OG oder KG; die Umwandlung der GesbR in eine OG oder KG sollte daher möglichst einfach durchgeführt werden können. Auch dieser Aspekt spricht für eine Annäherung des Rechts der GesbR an das Recht der OG.

Die GesbR-Reform soll sich daher in wesentlichen Teilen am OG-Recht orientieren. Sie soll sich aber nicht darauf beschränken, im ABGB die Besonderheiten der GesbR festzulegen und im Übrigen auf das UGB zu verweisen. Dies widerspräche der Vorstellung, dass dem ABGB auch in Zukunft die Funktion einer Kodifikation allgemeiner, grundlegender Regelungen zukommt.

Für die Geschäftsführung bedeutet die Übernahme der Prinzipien des Rechts der OG, dass an die Stelle der bisherigen, recht unpraktischen (und daher ohnehin meist abbedungenen) Gesamtgeschäftsführung nach dem Mehrheitsprinzip eine Einzelgeschäftsführungsbefugnis für gewöhnliche Geschäfte treten soll. Als Gegengewicht soll jedoch jedem anderen Gesellschafter das Recht auf Widerspruch zustehen. Für

außergewöhnliche Geschäfte soll hingegen fortan das Einstimmigkeitsprinzip maßgebend sein. Dies liegt allein schon wegen der (nunmehr auch gesetzlich klargestellten) persönlichen und unbeschränkten Haftung der Gesellschafter für gesellschaftsbezogene Verbindlichkeiten nahe. Willkürliche Blockaden einzelner Gesellschafter können durch Klagen auf Zustimmung überwunden werden.

Auch im Hinblick auf die Gewinn- und Verlustberechnung, die Ausschüttung und sonstige Entnahmen werden weitgehend die Regeln des OG-Rechts übernommen.

Ferner soll klargestellt werden, dass die Erfüllung gesellschaftsbezogener Verpflichtungen eines Gesellschafters von jedem Gesellschafter zugunsten des Gesellschaftsvermögens oder zugunsten aller Gesellschafter gemeinsam eingefordert werden kann. Insofern soll eine spezifisch auf die GesbR zugeschnittene actio pro socio geschaffen werden.

#### **h) Außenrecht**

Die Befugnis zur Vertretung der Gesellschafter soll – im Einklang mit der herrschenden Ansicht zum geltenden Recht – grundsätzlich so weit reichen wie die Geschäftsführungsbefugnis. Für unternehmenstragende GesbR soll aus Verkehrsschutzgründen weiterhin eine Vertretungsregelung nach Vorbild des bisherigen § 178 UGB gelten. Außerdem wird klargestellt, dass die Gesellschafter einer nach außen auftretenden GesbR grundsätzlich unbeschränkt solidarisch für die gesellschaftsbezogenen Verbindlichkeiten haften.

#### **i) Gesellschafternachfolge und Umwandlung in eine OG oder KG**

Beim Eintritt, Ausscheiden oder Wechsel eines Gesellschafters ist auf ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Interesse der Gesellschafter an einem möglichst einfachen Übergang der gesellschaftsbezogenen Rechtsverhältnisse einerseits und dem Schutz der Vertragspartner der Gesellschafter und anderer Personen vor für sie nachteiligen Veränderungen andererseits zu achten.

Eine Änderung in der Zusammensetzung der Gesellschaft ist grundsätzlich nur im Einvernehmen der Gesellschafter möglich. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes soll ein Gesellschafter auch gegen seinen Willen ausgeschlossen werden können. Der Ausschluss soll nur gerichtlich möglich sein.

Den dargelegten Grundsätzen entspricht es, dass im Fall der Übertragung eines Gesellschaftsanteils gesellschaftsinterne Rechtspositionen automatisch auf den Erwerber übergehen.

Auch Miteigentumsanteile an beweglichen Sachen sollen übergehen, ohne dass die Anteile im Einzelnen übertragen werden müssen. Diese Durchbrechung des Traditionsprinzips soll den Gesellschafterwechsel erleichtern. Bei bürgerlichen Rechten soll jedoch aus Publizitäts- und Praktikabilitätsgründen an der Einzelübertragung festgehalten werden. Ein gesellschaftsbezogenes Rechtsverhältnis mit einem Dritten soll auf den nachfolgenden Gesellschafter nur dann wirksam übergehen, wenn der Dritte zugestimmt hat; die Zustimmung soll jedoch als erteilt gelten, wenn der Dritte von der Gesellschafternachfolge verständigt wird und nicht innerhalb angemessener Frist widerspricht.

Die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter und seine Beteiligung an schwebenden Geschäften sollen sich ebenso wie die Regelung über die Fortsetzung der GesbR mit den Erben eines Gesellschafters am OG-Recht orientieren.

Die Umwandlung einer GesbR in eine OG/KG soll möglichst einfach erfolgen können; hier liegt es nahe, eine Gesamtrechtsnachfolge zu normieren. Doch soll auch hier die Übertragung bürgerlicher Rechte gesondert erfolgen.

#### **j) Auflösung und Liquidation der GesbR**

Auch das Recht der Auflösung und Liquidation der GesbR wird, soweit die Rechtsnatur der GesbR nicht Besonderes erfordert, dem OG-Recht angepasst.

#### **k) Änderungen im UGB**

Insoweit, als Regelungen (insbesondere des Innenrechts) für die GesbR einerseits und die OG (und KG) andererseits inhaltlich übereinstimmen sollen, sollten die gesetzlichen Bestimmungen im ABGB und im UGB nach Möglichkeit auch gleich formuliert sein. Deshalb werden auch einige Änderungen im UGB vorgeschlagen.

### **6. Auswirkungen auf die Verwaltungslasten für Unternehmen**

Der Vorschlag hat keine Auswirkungen auf die Verwaltungslasten für Unternehmen.

### **7. Kompetenzgrundlage**

Die Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung und Vollziehung beruht auf dem Kompetenztatbestand Zivilrechtswesen einschließlich des wirtschaftlichen Assoziationswesens (Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG).

## Besonderer Teil

### Zu Art. 1 (ABGB)

#### Zu Z 1 (§ 826):

Der derzeit geltende zweite Satz des § 826 scheint seinem Wortlaut nach die normative Anordnung zu enthalten, dass auf Miteigentumsgemeinschaften, die durch Vertrag begründet wurden, immer das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzuwenden wäre (vgl. dazu etwa *H. Böhm* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 826 Rz 3). Tatsächlich wird auch eine durch Vertrag begründete Miteigentumsgemeinschaft nicht automatisch, sondern nur durch den zusätzlichen Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zur GesbR (siehe auch *Sailer* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> [2010] § 826 Rz 1). Um diesbezüglich Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, soll es bei einer „bloßen Miteigentumsgemeinschaft“ – also einer solchen, deren Zweck sich auf das gemeinsame Haben einer Sache beschränkt – einer ausdrücklichen Vereinbarung bedürfen. Kommt es hingegen im Lauf der Zeit zu einer Erweiterung der Aktivitäten unter Betonung des gemeinsamen Zusammenwirkens, kann die Miteigentumsgemeinschaft – die dann eben keine „bloße“ mehr ist – auch konkludent zu einer GesbR werden (vgl. zu den diesbezüglichen Voraussetzungen etwa *Grillberger* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1175 Rz 15).

#### Zu Z 2 (§§ 1175 bis 1216e):

Schon im Titel des 27. Hauptstücks soll die Bezeichnung „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ verwendet werden. Sie ist in der österreichischen Rechtssprache gebräuchlich und wird auch im geltenden § 178 UGB verwendet. Die bisher in der Überschrift des § 1175 enthaltene Bezeichnung „Erwerbsgesellschaft“ erweckt hingegen den unrichtigen Anschein, die Gesellschaft müsse auf einen „Erwerb“ ausgerichtet sein. Tatsächlich steht die GesbR aber für jeden erlaubten Zweck zur Verfügung. Sie kann dem Betrieb eines Unternehmens dienen und auf Gewinn ausgerichtet sein oder auch nicht, etwa wenn sie nur zur Vermögensverwaltung oder ideellen Zwecken dient.

Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird das 27. Hauptstück in sieben Abschnitte mit eigenen Abschnittsüberschriften gegliedert.

#### Zum 1. Abschnitt (Allgemeine Bestimmungen)

##### Zu § 1175:

Zu Abs. 1:

Abs. 1 definiert die Wesensmerkmale der GesbR, zu denen überdies das in Abs. 2 normierte Fehlen der Rechtsfähigkeit zählt. Das Gesellschaftsverhältnis beruht ausschließlich auf einem formfreien Vertrag, der eine *affectio societatis* (Wille zur Verfolgung eines gemeinschaftlichen Zwecks) erfordert; schon dies setzt voraus, dass der Gesellschaft zumindest zwei Personen angehören müssen.

Die GesbR verfolgt einen gemeinsamen Zweck. Eine Einschränkung besteht nur insofern, als der Zweck erlaubt sein muss (Abs. 3). Der Gesellschaftszweck bedarf jedoch einer Konkretisierung: Er hat sich in einer „bestimmten Tätigkeit“ zu manifestieren. Insofern bedarf die GesbR also eines „Gegenstandes“, der jede Tätigkeit betreffen kann, sofern sie erlaubt ist (Abs. 3).

Der Gesellschaftszweck wird von den Gesellschaftern gemeinsam verfolgt. Dazu wird es in aller Regel zu einem organisierten Zusammenwirken zwischen den einzelnen Gesellschaftern kommen, das jedoch nach neuerer Ansicht nicht als Wesensmerkmal der GesbR, sondern als Rechtsfolge zu qualifizieren ist (vgl. *Wittmann-Tiwald* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1175 Rz 19 f.; *Jabornegg/Resch* in Schwimann, ABGB<sup>3</sup>, § 1175 Rz 15; *Grillberger* in Rummel, ABGB<sup>3</sup>, § 1175 Rz 21; *Ch. Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht [2008] Rz 2/1; *Kerschner*, Entscheidungsanmerkung, JBl 1988, 517 (518); OGH 5 Ob 297/05w, EvBl 2006/146). Der Entwurf nimmt daher davon Abstand, das organisierte Zusammenwirken zu einem Tatbestandselement der GesbR zu erklären.

Die GesbR wird in der Regel auf Dauer errichtet, sie kann aber auch der Durchführung eines einzelnen Projektes dienen (Gelegenheitsgesellschaft).

Der Gesellschaftsvertrag kann grundsätzlich formfrei, also auch mündlich oder konkludent geschlossen werden. Freilich ist es aus praktischen Gründen sinnvoll, den Vertrag schriftlich zu verfassen. Dies liegt bei komplexeren Gebilden nahe. Gegebenenfalls sollte auch ein Inventar über die in die Gesellschaft einzubringenden Vermögensgegenstände errichtet werden.

Die Definition der Gesellschaft in § 1175 Abs. 1 erster Satz ist allgemein und weit gehalten; sie erfasst dem Wortlaut nach auch andere Gesellschaftsformen. Deshalb wird im zweiten Satz klargestellt, dass eine GesbR nur vorliegt, wenn die Gesellschafter keine andere Gesellschaftsform wählen. Die anderen Gesellschaftsformen weisen zusätzliche Merkmale auf. Die GesbR hat also „Auffangfunktion“.

Miteigentumsgemeinschaften werden erst durch den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. An der bisher anerkannten Abgrenzung einer Miteigentumsgemeinschaft, die auf „Haben und Verwalten“ beschränkt ist, von der Gesellschaft, die auf gemeinsames Wirken gerichtet ist (z.B. OGH 7 Ob 33/98y, JBl 1999, 185), ist festzuhalten. Für derart auf das Halten und Verwalten eines gemeinsamen Eigentums beschränkte Miteigentumsgemeinschaften gelten die Bestimmungen des 16. Hauptstücks (siehe auch die Erläuterungen zu Z 1: Änderung des § 826 zweiter Satz).

Auch bei Lebensgemeinschaften soll es weiterhin – wie schon nach geltendem Recht (vgl. OGH 15.12.2009, 5 Ob 174/09p = iFamZ 2010/124 m.w.N.) – auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags ankommen. Ein konkludenter Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zwischen Lebensgefährten wird also in der Regel nur dann anzunehmen sein, wenn diese einen über den typischen Rahmen einer Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck durch Einsatz von Arbeitskraft und Kapital im gemeinschaftlichen Zusammenwirken verfolgen und die Umstände keinen Zweifel aufkommen lassen, dass die Lebensgefährten über den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags, also eine wechselseitige Bindung mit konkreten Rechten und Pflichten, einig gewesen sind (vgl. OGH 20.4.2010, 1 Ob 23/10d = JBl 2011, 29 mwN).

Für Ehepakte gelten weiterhin die Vorschriften des 28. Hauptstücks. Das schließt nicht aus, dass die Ehegatten zusätzlich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründen. Auch hier gilt jedoch, dass eine zumindest konkludente, also (im Sinn des § 863 ABGB) zweifelsfrei mit Bindungswillen ausgestattete übereinstimmende Willenserklärung der Vertragspartner zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrags mit den dargelegten Wesensmerkmalen einer Gesellschaft vorliegen muss. Das ist nach der Vertrauenslehre dann der Fall, wenn ein objektiver und verständiger Dritter in der Situation des Erklärungsempfängers die Erklärung auch so verstanden hätte und zumindest ein (schutzwürdiger) Vertragspartner auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut hat. Einen allseits unbewussten Abschluss des Gesellschaftsvertrags kann es daher nicht geben (vgl. *F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967) 36 ff.; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht 1<sup>13</sup> (2006) 111).

Zu Abs. 2:

Der GesbR kommt keine Rechtsfähigkeit zu (so schon bisher OGH 2 Ob 915/24 SZ 7/25; 1 Ob 558/86 GesRZ 1987, 38; 9 ObA 95/94 wbl 1994, 408; 6 Ob 58/00y wbl 2001/30; *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/12 538; *Aicher* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 26 Rz 13; *Grillberger* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1175 Rz 23; *Wittmann-Tiwald* in Kletečka /Schauer, ABGB-ON § 1175 Rz 23 ff.; *Jabornegg/Resch* in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 1175 Rz 20; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> [1990] 56 f.; *Ch. Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht [2008] Rz 2/25 f.; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 220 ff.; *derselbe*, Zur Reform der GesbR in FS Hopf 115 [120]; *G. Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>3</sup> [2007] 42; *Harrer*, Die Personengesellschaft 67; *Told*, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts [2011] 24 ff.; *dieselbe*, Zur Rechtsfähigkeit und Vermögensordnung der GesbR, GES 2011, 147 u.a.). Die früher von manchen vertretene Auffassung, die GesbR sei überhaupt oder zumindest unter bestimmten Umständen rechtsfähig (*Wahle* in Klang<sup>2</sup> V 513 ff.; *Wolff* in Klang<sup>2</sup> I/1, 195; *Holzhammer*, Die Parteifähigkeit der GesbR, FS Strasser [1993] 128 ff.; *Holzhammer/M. Roth*, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> 31; eingeschränkt auf „körperschaftlich organisierte“ GesbR *Ostheim*, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht [1967] 172 ff.; für unternehmenstragende GesbR *Thiery*, Die GesbR als Unternehmer [1989] 149 ff), hat sich in Österreich nicht durchgesetzt.

In Deutschland geht der BGH von der Rechtsfähigkeit der GesbR aus (BGHZ 107, 268; NJW 2000, 291 [292]; vgl. auch *Ulmer* in MünchK BGB<sup>5</sup> § 705 Rz 9). Für Österreich empfiehlt es sich nicht, diesem Beispiel zu folgen (vgl. *Maaf/Siems*, Die Rechtsfähigkeit der GesbR in Deutschland – Ein Vorbild für Österreich? wbl 2002, 149 f.). Die eingetragenen Personengesellschaften (OG und KG) stehen in Österreich für jeden erlaubten Zweck zur Verfügung und eröffnen damit einen (in Deutschland nicht möglichen) einfachen Weg, einer Personengesellschaft Rechtspersönlichkeit durch Eintragung im Firmenbuch zu verleihen. Wenn aber eine Gesellschaft nicht im Firmenbuch eingetragen ist, fehlen ihr die Publizität und Transparenz, die der Rechts- und Geschäftsverkehr bei rechtsfähigen Gebilden benötigt (vgl. z.B. zum deutschen Recht *Häublein*, Die rechtsfähige GesbR – gelungene Rechtsfortbildung oder Alptraum für den Rechtsverkehr? – eine kritische Analyse des § 899a BGB und Überlegungen zur

Registerpublizität der GesbR, FS Roth [2011] 57 ff.; *Beuthien*, Was hat die „rechtsfähige Personengesellschaft“ Neues gebracht? Zur Entzauberung der Gruppenlehre, NZG 2011, 481 ff.).

Der österreichische Gesetzgeber hat sich sowohl im VerG 2002 als auch im UGB zum Vorteil des Rechts- und Geschäftsverkehrs für das Normativsystem entschieden, das nur in ein öffentlich zugängliches Register eingetragenen Gebilden Rechtspersönlichkeit zubilligt. Deshalb ordnet Abs. 2 ausdrücklich an, dass der GesbR als solcher keine Rechtsfähigkeit zukommt. Es erscheint auch unnötig, GesbR eine Eintragung im Firmenbuch zur Erlangung der Rechtsfähigkeit zu erlauben. Die bestehende Möglichkeit, eine OG oder KG gründen zu können, ist dem nämlich völlig gleichwertig.

Eine Verpflichtung zur Umwandlung einer GesbR in eine OG/KG besteht nach § 8 Abs 3 UGB. Auch hier erlangt die Gesellschaft die Rechtsfähigkeit erst mit der konstitutiven Eintragung in das Firmenbuch als OG oder KG. Die Umwandlung wird durch die Novelle erleichtert, weil zum einen das Innenrecht der GesbR weitgehend an das der OG angeglichen wird (2. Abschnitt) und zum anderen der Rechtsübergang durch die Anordnung einer Gesamtrechtsnachfolge (mit Ausnahme bürgerlicher Rechte) vereinfacht wird (5. Abschnitt).

Zu Abs. 3:

Abs. 3 stellt in Ergänzung des Abs. 1 klar, dass die GesbR für jeden Zweck gebildet werden kann, sofern er erlaubt ist. Damit wird der bisherigen Diskussion darüber, ob eine „Erwerbsgesellschaft“ auch anderen als bloß Erwerbszwecken dienen kann, ein Ende bereitet (dagegen *Wahle* in Klang<sup>2</sup> V 505; *G. Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>3</sup> 42; *Grillberger* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1175 Rz 17; *Jabornegg/Resch* in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 1175 Rz 12; wohl auch *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>3</sup> 52; dafür SZ 24/87; *Gschnitzer*, Schuldrecht BT<sup>2</sup> 299; *Straube*, Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft als Rechtsform zwischenbetrieblicher Kooperation [1977] 43 ff., 89 f., 83; *Thiery*, Zum Anwendungsbereich der EEG, FS Kastner [1992] 431, 442). Fortan soll kein Zweifel daran bestehen, dass die GesbR sowohl erwerbswirtschaftlichen als auch ideellen Zwecken dienen kann; sie kann unternehmerischen Tätigkeiten (gewerblichen wie freiberuflichen) gewidmet sein; sie kann mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, verbunden sein oder auch nicht; sie kann sich auf bloße Verwaltung gemeinsamen Vermögens beschränken, ebenso aber soziale, religiöse, karitative, mildtätige, wissenschaftliche oder sonstige ideelle Ziele verfolgen. Ihr Anwendungsfeld ist daher ebenso weit wie das der offenen Gesellschaft.

Ein Gesellschaftsvertrag, der auf einen verbotenen Zweck abzielt, ist unwirksam. Sofern ein Gesellschaftsvertrag zwar ausdrücklich einem erlaubten Zweck gewidmet ist, in Wahrheit aber hauptsächlich einer unerlaubten Tätigkeit dient, ist er trotzdem unwirksam, weil nur eine unbeachtliche *falsa demonstratio* vorliegt. Verfolgt eine Gesellschaft hingegen hauptsächlich einen erlaubten Zweck und geht sie einer erlaubten Tätigkeit nach, sind jedoch einzelne Geschäfte (z.B. wegen Betruges oder Bestechung) unerlaubt, so sind lediglich diese Geschäfte, nicht aber der Gesellschaftsvertrag als solcher unwirksam.

Zu Abs. 4:

Die Bestimmungen über das 27. Hauptstück haben subsidiäre Geltung auch für andere Gesellschaften und können deshalb auch als allgemeiner Teil des Gesellschaftsrechts verstanden werden. Die dies anordnende, bisher in § 1216 ABGB enthaltene Regelung soll an den Beginn des die GesbR betreffenden Hauptstücks verschoben und zeitgemäßer formuliert werden. Außerdem scheint eine inhaltliche Konkretisierung der Bestimmung angebracht: Auf andere Arten von Gesellschaften sind die für die GesbR aufgestellten Vorschriften nur dann anzuwenden, wenn dies nach den für die jeweilige Gesellschaftsform geltenden Grundsätzen angemessen ist.

#### **Zu § 1176:**

Die GesbR ist aufgrund des Umstandes, dass ihr jede Rechtsfähigkeit fehlt, insofern stets eine „Innengesellschaft“, als die Gesellschaftsbeziehungen nur die Gesellschafter untereinander betreffen; nach außen tritt nicht die Gesellschaft als solche auf, sondern die Gesellschafter. Dennoch kommt es laufend vor, dass die Gesellschafter auch nach außen hin (wenn auch *ad personam*, so doch) gemeinschaftlich unter Hinweis auf ihre GesbR im Rechts- und Geschäftsverkehr in Erscheinung treten. Auch dann schließt mangels Rechtspersönlichkeit nicht die GesbR „als solche“, sondern es schließen alle Gesellschafter in solidarischer Verbundenheit Rechtsgeschäfte mit Dritten ab. Nur in diesem Sinn kann davon gesprochen werden, dass die GesbR auch „Außengesellschaft“ sein kann. In diesen Fällen sind einige Ordnungsfragen zu klären, die jenen der eigentlichen (rechtsfähigen) Außengesellschaften affin sind. Diese Ordnungsfragen betreffen zum einen das äußere Erscheinungsbild des gemeinsamen Auftritts der Gesellschafter als Außen-GesbR (dazu die vorgeschlagenen §§ 1176 f. ABGB), zum anderen die Vertretung aller Gesellschafter (dazu §§ 1197 f. in der Fassung des Entwurfs); die GesbR als solche kann mangels Rechtspersönlichkeit nicht vertreten werden.

Die Bestimmungen des 27. Hauptstücks gelten grundsätzlich gleichermaßen für die Außengesellschaft wie auch für die bloße Innengesellschaft. Lediglich der 3. Abschnitt (Rechtsverhältnisse zu Dritten) ist auf die Außengesellschaft beschränkt. Bei der reinen Innengesellschaft gibt es weder eine gesetzlich vorgesehene Vertretung, noch eine vertragliche Haftung aller Gesellschafter. Für die eingegangene Verbindlichkeit haftet lediglich jener Gesellschafter, der diese – im eigenen Namen – eingegangen ist.

Ob eine GesbR ausschließlich Innengesellschaft oder auch Außengesellschaft ist, hängt vom gemeinsamen Vertragswillen der Gesellschafter ab. Der einzelne Gesellschafter kann eine GesbR gegen den Willen der anderen nicht zur Außengesellschaft machen.

Auch eine als ausschließliche Innengesellschaft gedachte GesbR kann, sofern alle Gesellschafter zustimmen, ausnahmsweise, etwa für ein einzelnes Geschäft, als Außengesellschaft auftreten. Für solche Einzelfälle wird sich die Innen-GesbR wohl keinen eigenen Namen geben, sondern dem Dritten auf andere Weise erkennbar machen, dass alle Gesellschafter gemeinsam „für die Gesellschaft“ auftreten. Umgekehrt ist es auch möglich, dass die Gesellschafter einer Außengesellschaft im Einzelfall vom gemeinsamen Auftreten im Geschäftsverkehr absehen. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn ein Gesellschafter allein im eigenen Namen mit einem Dritten ein Geschäft schließt, dessen Ergebnis aber im Innenverhältnis als gesellschaftsbezogen behandelt wird.

Ob eine GesbR eine reine Innengesellschaft oder eine Außengesellschaft ist, ist sowohl für das Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander, als auch für die Außenbeziehungen zu Dritten von Bedeutung. Im Innenverhältnis geht es darum, ob nach dem Willen der Gesellschafter ein gemeinsamer Auftritt (in gesellschaftlicher Verbundenheit) nach außen hin stattfinden soll. Ist das nicht der Fall, so handelt ein Gesellschafter, der dies trotzdem tut, gesellschaftsvertragswidrig. Im Außenverhältnis stellt sich die Frage, ob ein für alle Gesellschafter in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit (also „für die GesbR“) auftretender Gesellschafter dazu nach den im Innenverhältnis getroffenen Vereinbarungen auch berechtigt ist. Ist dies nämlich nicht der Fall, so haftet – sofern kein Fall einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht vorliegt – nur der handelnde Gesellschafter nach den Regeln der Haftung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht.

§ 1176 trägt diesen Überlegungen folgendermaßen Rechnung: Abs. 1 erster Satz bringt zum Ausdruck, dass für die Abgrenzung zwischen Innen- und Außengesellschaft in erster Linie die Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern maßgeblich ist. Der zweite Satz sieht dabei eine spezielle Regelung für die Interpretation des Gesellschaftsvertrags vor: Wenn die Gesellschaft nach dem übereinstimmenden Willen aller Gesellschafter ein Unternehmen betreiben oder einen Gesellschaftsnamen im Sinn des § 1177 führen soll, so wird der Gesellschaftsvertrag, der zur Frage Innen- oder Außengesellschaft keine eindeutige Regelung trifft, im letzteren Sinn ausgelegt.

Das Betreiben eines Unternehmens und das Führen eines Gesellschaftsnamens sind aber zugleich Umstände, die auch für Dritte ersichtlich sind und in aller Regel auf eine Außengesellschaft hindeuten. Zum Schutz redlicher Geschäftspartner sieht Abs. 2 daher eine Vertrauensschutzregelung vor: Eine GesbR, die ein Unternehmen betreibt oder einen Gesellschaftsnamen führt, nach ihrem Gesellschaftsvertrag aber dennoch bloß eine Innengesellschaft ist, kann das einem Dritten gegenüber – etwa zur Abwendung der Solidarhaftung nach § 1199 – nur dann geltend machen, wenn dieser davon positive Kenntnis hatte oder ihm fahrlässige Unkenntnis vorzuwerfen ist.

#### **Zu § 1177:**

Zu Abs. 1:

Der Gesellschaftsname einer GesbR ist eine Bezeichnung, die die Gesellschafter für ihre Tätigkeit zu einem gemeinsamen Zweck gewählt haben. Die Namensführung ist (im Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander) also nur erlaubt, wenn die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder später aufgrund eines einstimmigen Gesellschafterbeschlusses festgelegt haben, dass die Gesellschaft einen Gesellschaftsnamen haben und wie er lauten soll. Ein solcher Gesellschaftsname löst dann – wie bereits zu § 1176 ausgeführt – einerseits die Vermutung aus, dass sich die Gesellschafter zu einer Außengesellschaft zusammenschließen wollten; andererseits dürfen Dritte, die mit einer GesbR mit eigenem Gesellschaftsnamen zu tun haben, grundsätzlich darauf vertrauen, dass es sich um eine Außengesellschaft handelt.

Der Gesellschaftsname hat auf das Bestehen einer GesbR hinzudeuten. Damit ist nicht gemeint, dass der Gesellschaftsname zwingend einen Rechtsformzusatz zu enthalten hätte, wie dies § 19 UGB für im Firmenbuch eingetragene Unternehmer verlangt, doch muss einem Vertragspartner, dem der Gesellschaftsname genannt wird, hinreichend klar sein, dass er mit einer GesbR kontrahiert. Jedenfalls geeignete Formulierungen wären – abgesehen von „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ bzw. „GesbR“ – etwa „Arbeitsgemeinschaft“ oder „Konsortium“.

Der Gesellschaftsname ist schon deshalb keine Firma, weil er – wie die GesbR überhaupt – nicht im Firmenbuch eingetragen ist. Gleichwohl kann dem Gesellschaftsnamen namensrechtlicher Schutz zukommen (vgl. § 43). Das Namensrecht kann mangels Rechtsfähigkeit allerdings keines der GesbR als solcher sein; es steht vielmehr den Gesellschaftern gesamthändisch zu. Außerdem ist ein Gesellschaftsname nur dann geschützt, wenn er die gesetzlichen Voraussetzungen des § 1177 Abs. 1 erfüllt: Er muss zur Kennzeichnung der Gesellschaft geeignet sein, Unterscheidungskraft besitzen und darf über die Verhältnisse der Gesellschaft nicht in die Irre führen.

Zu Abs. 2:

Der Gesellschaftsname muss keineswegs die Namen der (im Sinn von aller) Gesellschafter enthalten; es kann auch ein reiner Sach- oder Fantasienamen verwendet werden. Insofern stellt sich die Frage, wie Geschäftspartner die Namen der Gesellschafter erfahren können, mit denen die Verträge abgeschlossen werden. Auch ein Vertrag „für den, den es angeht“, erfordert, sobald es um die Durchsetzung von Ansprüchen geht, Klarheit darüber, wer nun tatsächlich der Vertragspartner ist. Abs. 2 dient daher der Klarstellung, dass ein im Rechtsverkehr für die Gesellschaft auftretender Gesellschafter auf Verlangen jedenfalls die Identität (Name und Anschrift) aller Gesellschafter offenlegen muss. Das Verlangen kann jeder stellen, der ein rechtliches Interesse an der Kenntnis der Identität und Anschrift der Gesellschafter hat. Das trifft jedenfalls auf Gläubiger, Vertragspartner und auf Personen zu, die in einem vorvertraglichen Verhältnis zu den Gesellschaftern stehen.

#### **Zu § 1178:**

In der Regel widmen die Gesellschafter der gemeinsamen Gesellschaftstätigkeit nicht nur im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht ihre Kenntnisse, ihr Können und ihre Arbeitskraft, sondern im Rahmen ihrer Einlagenleistung auch Vermögen. § 1178 Abs. 1 beschreibt, was alles zum Gesellschaftsvermögen gehören kann, nicht aber muss. Zum Gesellschaftsvermögen zählen nicht nur all jene Sachen, die im Miteigentum der Gesellschafter stehen, sondern auch sonstige gesellschaftsbezogene Sachen- und Schuldrechte, Vertragspositionen und Verbindlichkeiten sowie Immaterialgüterrechte.

Dem Gesellschaftsvermögen gewidmete Sachen müssen nicht notwendigerweise ins Miteigentum der Gesellschafter übertragen werden (§ 1180 Abs. 1); sie können vom Eigentümer auch nur zu Zwecken der Gesellschaftstätigkeit zum Gebrauch zur Verfügung gestellt werden (quoad usum) oder im Eigentum des Gesellschafters bleiben, gesellschaftsintern jedoch so behandelt werden, als stünden sie im gesellschaftsbezogenen Miteigentum (quoad sortem) (§ 1180 Abs. 2).

Da die Gesellschaft selbst nicht rechtsfähig ist, wird das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern rechtlich zugeordnet. Es ist vom sonstigen, nicht dem Gesellschaftszweck gewidmeten Vermögen der einzelnen Gesellschafter zu unterscheiden (Abs. 2). Abs. 2 Satz 1 entspricht inhaltlich dem bisherigen § 1182 Satz 2. Abs. 2 Satz 2 übernimmt die Formulierung des § 124 Abs. 2 UGB.

#### **Zu § 1179:**

§ 1179 Abs. 1 entspricht inhaltlich dem bisherigen § 1181. Aus dieser Bestimmung folgt, dass niemand ohne Zustimmung aller Gesellschafter etwas in das Gesellschaftsvermögen einbringen kann. Die nunmehrige Formulierung, wonach die Einbringung von Vermögen „der jeweils allgemein erforderlichen Übergabe oder Verfügung“ bedarf, nimmt darauf Bedacht, dass in das Gesellschaftsvermögen nicht nur Eigentumsrechte durch Bildung von Miteigentum zu ideellen Anteilen eingebracht werden, sondern ebenso auch andere Sachenrechte, schuldrechtliche Forderungen, Verbindlichkeiten und Vertragspositionen. Forderungen werden durch Zession, Verbindlichkeiten durch Schuldübernahmen, Vertragspositionen durch Vertragsübernahmen vorgenommen.

Mit der Bestimmung des § 1179 Abs. 2 wurde der Inhalt des früheren § 1177 in zeitgemäßerer Sprache übernommen. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung dürfte zwar äußerst klein sein, der Entfall soll aber nicht zu gegenteiligen Schlüssen betreffend die darin enthaltenen Auslegungsregeln führen.

#### **Zu § 1180:**

Da die GesbR nicht rechtsfähig ist (§ 1175 Abs. 2), kann das Gesellschaftsvermögen niemand anderem als den Gesellschaftern selbst zugeordnet sein. Auch hier ist zwischen Sachenrechten und schuldrechtlichen Positionen zu unterscheiden. Entweder bringen die Gesellschafter selbst eigenes Vermögen in die Gesellschaft ein oder aber die Gesellschafter erwerben gemeinsam von Dritten Werte, die in das Gesellschaftsvermögen übernommen werden.

Der Gesetzgeber hat zu entscheiden, in welcher Intensität das Gesellschaftsvermögen gegenüber individuellen Dispositionen des einzelnen Gesellschafters sowie gegen Eingriffe Dritter geschützt sein soll.

Auch wenn die GesbR keine Rechtspersönlichkeit hat, besteht schon deshalb, weil der Gesellschaftszweck bestmöglich verfolgt werden soll, ein Bedürfnis, das Gesellschaftsvermögen als Einheit zu erfassen, die vor Verfügungen einzelner Gesellschafter, denen die übrigen Gesellschafter die Zustimmung versagen, geschützt ist.

Daher hält Abs. 1 fest, dass unkörperliche Sachen, insbesondere schuldrechtliche Forderungen, den Gesellschaftern zur gesamten Hand zugeordnet sind. Die Gesellschafter können über diese Forderungen nur gemeinsam verfügen (wobei es natürlich möglich ist, dass ein Gesellschafter alle Gesellschafter vertritt). Ein Gesellschafter kann also nicht etwa allein seinen „Anteil“ an der Forderung verkaufen. Dies entspricht herrschender Lehre und Rechtsprechung zum geltenden Recht, die sich damit vom Wortlaut des geltenden § 1203 Satz 2 ABGB entfernt haben (vgl. z.B. *Wittmann-Tiwald* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1203 Rz 3ff m.w.N.). Der Entwurf nimmt jedoch davon Abstand, diese Gesamthandbindung auch auf die dem Gesellschaftsvermögen gewidmeten körperlichen Sachen zu erstrecken. Das – manchen Rechtsordnungen bekannte – Gesamthand Eigentum unterscheidet sich vom Miteigentum zu ideellen Anteilen dadurch, dass es entweder von vornherein keine Anteile der Gesamthand Eigentümer am Gesamthand Eigentum kennt (Gesamthand Eigentum im engeren Sinn, vgl. *Meissel*, Miteigentum und ABGB-Gesellschaft, GedS Hofmeister [1996] 419 [422]; *Buchner*, Zur rechtlichen Struktur der Personengesellschaften, AcP 169, 483 [490]; *Told*, Grundfragen der GesbR [2011] 77 ff.) oder aber der einzelne Miteigentümer über seine Anteile nur mit Zustimmung auch aller anderen Gesellschafter verfügen kann (Gesamthand Eigentum im weiteren Sinn, vgl. *Told*, a.a.O. 92 ff. m.w.N.). Dem ABGB ist das Gesamthand Eigentum allerdings in beiden Formen fremd. Es steht nach wie vor auf dem Boden des romanistischen Miteigentums zu ideellen Anteilen und hat sich damit grundsätzlich für die Freiheit des einzelnen Miteigentümers entschieden, sachenrechtlich allein über seinen Miteigentumsanteil verfügen zu können, auch wenn er es schuldrechtlich nicht darf.

Im Rahmen der Vorbereitung des Entwurfs wurde zur Diskussion gestellt, für die GesbR das Gesamthand Eigentum im ABGB einzuführen (dazu zuletzt *Krejci*, Miteigentum und Vermögensordnung der GesbR de lege ferenda, in FS 200 Jahre ABGB [2011] 1151 ff.). Dies würde jedoch mangels gehöriger Publizität zu erheblichen Rechtsunsicherheiten im Geschäftsverkehr führen und es ergäben sich Schwierigkeiten beim Wechsel vom ideellen Miteigentum zum Gesamthand Eigentum und umgekehrt. Der Entwurf hält daher am ideellen Miteigentum an körperlichen Sachen fest.

Der erste Halbsatz stellt klar, dass die Gesamthandbindung abbedungen werden kann; dies ist allerdings nur möglich, wenn Schuldner dadurch nicht belastet werden.

Freilich ist die Übertragung in das Miteigentum aller Gesellschafter nicht die einzige Möglichkeit, eine Sache dem Gesellschaftszweck zu widmen. Abs. 2 stellt klar, dass neben der von Abs. 1 erfassten Einbringung einer Sache „ad dominium“ auch die Einbringung „ad usum“ oder „ad sortem“ möglich ist. Welche Form der Einbringung vorliegt, besagt der Gesellschaftsvertrag oder kann in der Folge durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss festgelegt werden.

## **Zum 2. Abschnitt (Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander)**

Das ABGB verstand die GesbR ursprünglich lediglich als eine vertragliche Modifizierung der *communio incidens*. Die Grundkonzeption war die einer Anteilsgemeinschaft. Die OHG beruhte hingegen auf dem Gesamthandkonzept. Eine Harmonisierung des GesbR-Rechts mit dem vormaligen, aus dem deutschen Recht stammenden OHG-Recht des HGB a.F. ist bisher auf gesetzlicher Ebene nicht erfolgt; die beiden Regelwerke standen einander im Wesentlichen fremd gegenüber. Das war in mancher Hinsicht sachlich nicht gerechtfertigt und bereitete überdies Schwierigkeiten bei der Anpassung des Gesellschaftsvertrags in Fällen des Wechsels von der einen in die andere Gesellschaftsform.

Im Lauf der Zeit bewirkten Lehre und Rechtsprechung insbesondere durch die Ausweitung der Solidarhaftung der Gesellschafter der GesbR und die Annahme, dass gesellschaftsbezogene Forderungen Gesamthandforderungen seien, eine gewisse Annäherung der GesbR an die OHG. Die Reform greift diese Entwicklung auf und führt sie weiter. Insbesondere für den Bereich des Innenrechts ist eine weitgehende Harmonisierung des neuen GesbR-Rechts mit dem OG-Recht des UGB sinnvoll, auch wenn dies zu einer stärkeren Unterscheidung des GesbR-Rechts vom Recht der schlichten Miteigentumsgemeinschaft führt. Für die hier zu berücksichtigenden Interessen ist nämlich wesentlich, dass bei der GesbR wie bei der OG eine vertragliche Bindung zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks besteht, was bei der schlichten Miteigentumsgemeinschaft nicht der Fall ist. Demgegenüber ist der wesentlichste Unterschied zwischen der GesbR und der OG, nämlich die fehlende Rechtspersönlichkeit der GesbR, für die Interessenlage im Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander weniger bedeutsam.

Der 2. Abschnitt findet daher in weiten Teilen sein Vorbild in den §§ 108 bis 122 UGB; umgekehrt werden zur Wahrung des Gleichklangs einige verbesserte Formulierungen auch in das OG-Recht

übernommen. Wo die fehlende Rechtspersönlichkeit der GesbR Unterschiede zum Recht der OG verlangt, werden auch abweichende Formulierungen verwendet.

**Zu § 1181:**

§ 1181 ist § 108 UGB nachgebildet. Er stellt klar, dass die Regeln des 2. Abschnitts dispositiv sind, soweit ihnen nicht ausdrücklich zwingender Charakter zuerkannt wird (z.B. § 1184 Abs. 1: Verbot einer vertraglichen Nachschusspflicht ohne Angabe eines bestimmbaren Betrags; § 1184 Abs. 2: Verbot des Vorausverzichts auf das Austrittsrecht; § 1193 Abs. 2: Verbot des Verzichts auf die Kündigung der Geschäftsführung durch den geschäftsführenden Gesellschafter aus wichtigem Grund; § 1194 Abs. 2: Unabdingbarkeit von Kontrollrechten).

Dies rechtfertigt aber nicht den Umkehrschluss, dass die Bestimmungen der übrigen Abschnitte zwingend wären. Deren zwingender Charakter muss sich vielmehr entweder aus dem Gesetzestext (§ 1205 Abs. 5: Zwingendstellung der Abs. 1 bis 4; § 1209 Abs. 2: Nichtigkeit der Beschränkung des ordentlichen Kündigungsrechts; § 1210 Abs. 3: Nichtigkeit der Beschränkung des außerordentlichen Kündigungsrechts) oder aus dem jeweiligen Normzweck ergeben.

Wengleich im Gesetzestext nur der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich erwähnt wird, kann kein Zweifel daran bestehen, dass auch spätere Beschlüsse, die mit Zustimmung aller Gesellschafter gefasst wurden, dem dispositiven Recht vorgehen. Der Grund dafür liegt darin, dass einstimmige Beschlüsse rechtlich auch als Änderungen des – bei der GesbR formfreien – Gesellschaftsvertrags qualifiziert werden können.

**Zu § 1182:**

Zwischen dem Gesellschaftsvermögen und den speziellen, daran bestehenden Rechten des einzelnen Gesellschafters (§ 1180) und dem Gesellschaftsanteil ist zu unterscheiden. Unter dem Gesellschaftsanteil wird die Parteistellung des einzelnen Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag verstanden. Die gesellschaftliche Verbindung legt nahe, dass der einzelne Gesellschafter nicht ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter über seine Parteistellung im Gesellschaftsvertrag verfügen darf. Dies folgt zwar schon aus dem allgemeinen Grundsatz, dass eine Vertragsübernahme nicht gegen den Willen der im Vertrag verbleibenden Partei erfolgen kann, wird aber in § 124 Abs. 1 UGB ausdrücklich festgehalten und soll daher in § 1182 Abs. 1 auch für die GesbR klargestellt werden.

Damit ist freilich nicht entschieden, ob über einzelne Rechte und Ansprüche aus dem Gesellschaftsanteil durch Abtretung verfügt werden kann. Insofern soll es dabei bleiben, dass die isolierte Abtretung von Verwaltungsrechten (z.B. Stimmrechten, Informationsrechten etc.) wegen des Schutzes der Verbandssouveränität nicht möglich ist („Abspaltungsverbot“, vgl. dazu z.B. *Schauer* in Kalls/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/602), während vermögensrechtliche Ansprüche, wie vor allem das Recht auf Gewinnbezug, durchaus einer selbständigen Abtretung zugänglich sind.

§ 1182 Abs. 2 entspricht § 109 Abs. 1 UGB.

Abs. 3 hält fest, dass die Gesellschafter in der Regel neben der Leistung ihrer Einlagen auch persönlich an der Förderung des Gesellschaftszwecks mitzuwirken haben; das heißt sie stellen ihre Kenntnisse und Fähigkeiten sowie ihre Arbeitskraft und Zeit zur Verfügung. Ist gesellschaftsvertraglich nicht anderes bestimmt, ist davon auszugehen, dass alle Gesellschafter in gleichem Ausmaß und Wert mitwirken (so schon § 1185 alte Fassung). Insofern gleicht sich dieser Einsatz im Hinblick auf die Gewinnverteilung aus (so schon § 1193 erster Satz alte Fassung). Sofern dem nicht so ist, wird dies bei der Gewinnverteilung angemessen berücksichtigt (§ 1195 Abs. 2 und 3).

Wer keine Einlage leistet, sondern ausschließlich mitwirkt, mag dies in gleichem Ausmaß wie die anderen Gesellschafter oder darüber hinaus erfolgen, ist Arbeitsgesellschafter. Die gesellschaftliche Mitwirkung durch Leistung von Diensten stellt kein Arbeitsverhältnis dar.

**Zu § 1183:**

§ 1183 entspricht § 111 UGB.

**Zu § 1184:**

§ 1184 formuliert den bisherigen § 1189 neu, um das Regelungsanliegen konkreter zum Ausdruck zu bringen. Grundsätzlich gilt, dass Gesellschafter nicht zu Nachschüssen zur vertraglich zugesagten Einlage verpflichtet sind, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht anderes vorsieht. Die vertragliche Vereinbarung einer Nachschusspflicht ist jedoch unwirksam, wenn sie nicht bestimmbar ist (vgl. etwa *Pletzer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 869 Rz 18). Nur für den Ausnahmefall, dass die Gesellschaft ohne Nachschüsse nicht mehr fortgeführt werden kann, genügt ein Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter zur Festsetzung einer Nachschusspflicht. Überstimmte Gesellschafter, die den Nachschuss überdies nicht leisten, können unter Wahrung ihrer Abfindungsansprüche austreten oder aufgrund einer Klage der

übrigen Gesellschafter vom Gericht ausgeschlossen werden. Die übrigen Gesellschafter werden von einem derartigen Nachschussbeschluss absehen, wenn die Abfindungsansprüche der ausscheidenden Gesellschafter die Fortführung der Gesellschaft erst recht infrage stellen; es wäre denn, die Mehrheit ist bereit, auch die Abfindung im erforderlichen Ausmaß aus eigenem Vermögen zu finanzieren.

§ 109 UGB wird entsprechend ergänzt.

#### **Zu § 1185:**

§ 1185 übernimmt § 110 UGB, passt ihn jedoch dem Umstand an, dass die GesbR nicht rechtsfähig ist. Daher richten sich die Ersatzansprüche des Gesellschafters verhältnismäßig gegen die übrigen Gesellschafter.

Die Bestimmung betrifft konkrete, in Gesellschaftsangelegenheiten aus eigenem Vermögen getätigte Aufwendungen eines Gesellschafters, die er unter Wahrung der von ihm aufzuwendenden Sorgfalt für erforderlich halten durfte und die ihm aus dem Gesellschaftsvermögen, subsidiär von den Gesellschaftern, anteilsgemäß zu ersetzen sind. Gemeint sind hier nicht Nachschüsse (§ 1184), die entweder im Gesellschaftsvertrag als bestimmbarer Betrag festgelegt sind oder auf Gesellschafterbeschluss beruhen. Es handelt sich um Aufwendungen, wie sie auch § 1014 bekannt sind (vgl. *U. Torggler/H. Torggler* in *Straube*<sup>3</sup> I § 110 Rz 1; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/391; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 110 Rz 2).

#### **Zu § 1186:**

Im Sinn des Reformanliegens, im ABGB aus Anlass der Überarbeitung des Rechts der GesbR auch fundamentale Grundsätze des allgemeinen Gesellschaftsrechts festzuschreiben, widmet sich § 1186 den Verpflichtungen zur Mitwirkung und Interessenwahrung sowie zur Gleichbehandlung der Gesellschafter.

Abs. 1 gibt einen allgemein anerkannten Grundsatz gesellschaftsrechtlicher Pflichten wieder. Die Pflichten zur Mitwirkung und Interessenwahrung sind wesentliche Elemente der gesellschaftlichen Treuepflicht. Der Sammelbegriff „Treuepflicht“ vereint allerdings so Vielfältiges in sich, dass davon Abstand genommen wurde, diesen Ausdruck im Gesetzestext zu verwenden (vgl. dazu insbesondere *Jabornegg*, Die Treuepflicht im Gesellschaftsrecht als verfehltes Denkmuster, FS Krejci Bd I [2001] 667 ff). Der Entwurf hebt daher in Abs. 1 nur die Mitwirkungs- und Interessenwahrungspflichten hervor. § 1187 befasst sich mit dem Verbot bestimmter Konkurrenzaktivitäten, das gleichfalls eine Ausformung der gesellschaftlichen Treuepflicht ist.

Wer sich entschließt, einer Gesellschaft als Gesellschafter anzugehören oder beizutreten, ist nicht nur zur sorgfältigen Mitwirkung berechtigt, sondern – entsprechend der Tätigkeit der Gesellschaft und den konkreten Umständen – auch dazu verpflichtet. Der Gesellschaftsvertrag kann ihn von dieser Pflicht nur insoweit entheben, als es nicht dem Wesen der Gesellschaft widerspricht. Aufgabenteilung bringt Differenzierungen mit sich. Die Gesellschafter haben den Gesellschaftszweck unter Rücksichtnahme auf die Möglichkeiten des einzelnen Gesellschafters („nach Kräften“) im Rahmen und auf Grundlage des Gesellschaftsvertrags zu fördern; darüber hinaus bleibt jeder Gesellschafter frei, seine eigenen Interessen zu verfolgen (*Hämmerle/Wünsch* II<sup>4</sup> 155; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 198; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/229 ff). Es muss der Rechtsanwendung überlassen bleiben, im konkreten Fall die erforderliche Interessenabwägung zu treffen.

Abs. 2 betrifft die Gleichbehandlung der Gesellschafter. Diese Pflicht ist bisher lediglich im Aktienrecht ausdrücklich geregelt (§ 47a AktG). Gleichwohl gilt sie nach ganz herrschender Meinung auch im Recht der Personengesellschaften (OGH 5 Ob 764/78 SZ 52/158 = NZ 1980, 147; *F. Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, GA 1. ÖJT 1961, 20 ff, 56 ff.; *Hämmerle/Wünsch* II<sup>4</sup> 25 f, 156 ff.; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> 17 f.; *U. Torggler/H. Torggler* in *Straube* HGB<sup>3</sup> § 109 Rz 10; *Krejci* in *Krejci*, Reformkommentar UGB § 108 Rz 22 ff.; *derselbe*, Gesellschaftsrecht I 202 ff.; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/254; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 331).

Der Gleichbehandlungsgrundsatz soll daher als allgemeines Prinzip des Gesellschaftsrechts in § 1186 Abs. 2 positiviert werden. Er schützt vor willkürlicher, sachlich nicht gerechtfertigter Verschiedenbehandlung (OGH 5 Ob 764/78).

Das OG-Recht wird gleichfalls um eine dem § 1186 entsprechende, den § 112 UGB erweiternde Regelung ergänzt.

#### **Zu § 1187:**

Wie nach bisherigem Recht (vgl. § 1186 dritter Halbsatz) sollen den Gesellschaftern einer GesbR grundsätzlich nur „schädliche Nebengeschäfte“ verboten sein. Die weitergehende unternehmensrechtlichen Vorschriften zum Wettbewerbsverbot – konkret die §§ 112 und 113 UGB –

sollen demgegenüber (durch ausdrückliche Anordnung der sinngemäßen Anwendbarkeit dieser Bestimmungen) nur zum Tragen kommen, wenn die GesbR unternehmerisch tätig ist.

Umgekehrt ist es auch möglich, dass bei einer nicht unternehmenstragenden OG oder KG das Wettbewerbsverbot des § 112 UGB mangels eines „Geschäftszweigs der Gesellschaft“ nicht greift. Für die betreffende eingetragene Personengesellschaft gilt dann allerdings – wie sich aus § 1175 Abs. 4 ergibt – das GesbR-rechtliche Verbot schädlicher Nebengeschäfte.

#### **Zu § 1188:**

Das im Personengesellschaftsrecht anerkannte Rechtsinstitut der *actio pro socio* (OGH 1 Ob 279/60; 6 Ob 45/72; 8 Ob 557/77; 1 Ob 749/78 und viele andere; vgl. auch *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> 67, 84; *Hämmerle/Wünsch*, II<sup>4</sup> 130 f, 157 f, 166, 192; *U. Torggler/H. Torggler*, in Straube<sup>3</sup> § 109 Rz 15; *Koppensteiner* in Straube<sup>3</sup> § 124 Rz 26; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 249; *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/50, 2/55; *Jabornegg/Artmann* in Jabornegg/Artmann, UGB<sup>2</sup> § 108 Rz 11; grundlegend *Hadding*, *Actio pro socio* [1966]) soll in § 1188 ausdrücklich kodifiziert werden. Inwieweit es auf andere Gesellschaftsformen ausstrahlt, hängt von der jeweiligen Organisationsform ab. Jedenfalls beachtlich ist die *actio pro socio* im Bereich des Rechts der eingetragenen Personengesellschaften. Die Bestimmung kann zugleich als Grundlage für eine weitere Institutionenbildung durch Rechtsprechung und Lehre dienen.

Durch die Festschreibung, dass Leistung an alle Gesellschafter gemeinsam verlangt werden kann, soll auch klargestellt werden, dass einer solchen Klagsführung bei der GesbR kein prozessrechtliches Hindernis entgegensteht (vgl. die Bedenken von *Harrer*, *Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens* [2010], 96 ff).

#### **Zu § 1189:**

Abs. 1, 2 und 4 entsprechen § 114 Abs. 1, 2 und 4 UGB.

Abs. 3 erster Satz nimmt nunmehr ausdrücklich auf den für geschäftsführende Gesellschafter relevanten Sorgfaltsmaßstab Bezug, der sich nach Art und Umfang der Gesellschaft richten soll. Damit wird eine Objektivierung der Sorgfaltspflicht erreicht, die dennoch eine Berücksichtigung der konkreten Umstände in der jeweiligen Gesellschaft ermöglicht: So werden an die Gesellschafter einer Innen-GesbR mit einem ideellen Zweck (z.B. Organisation einer privaten Veranstaltung) in der Regel geringere Sorgfaltsanforderungen zu stellen sein als an die – häufig hauptberuflich tätigen – Geschäftsführer einer GesbR, die ein Unternehmen betreibt.

Der zweite Satz des Abs. 3 erlegt den geschäftsführenden Gesellschaftern die Pflicht zur Führung der notwendigen Aufzeichnungen über das Gesellschaftsvermögen auf; insbesondere sind die Einnahmen und Ausgaben zu erfassen. Wenn dies nach Art und Umfang der Gesellschaft erforderlich ist, muss auch ein darüber hinausgehendes Rechnungswesen eingerichtet werden.

#### **Zu § 1190:**

§ 1190 entspricht § 115 UGB. Der bisherige § 1185 sah Gesamtgeschäftsführung vor. Diese Regelung ist unpraktisch für eine Organisation, die nicht nur hin und wieder Entscheidungen zu treffen hat, sondern laufend Geschäfte tätigt – und das ist der Regelfall bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts. Daher soll das Geschäftsführungsmodell der OG übernommen werden: Maßnahmen im Rahmen der gewöhnlichen Geschäftsführung soll im Zweifel jeder Gesellschafter alleine treffen können, doch soll als Widerlager dieser Befugnis jedem anderen geschäftsführungsbefugten Gesellschafter ein Widerspruchsrecht zukommen. Wird ein Widerspruch erhoben, so muss die Geschäftsführungsmaßnahme, sofern sie erst geplant ist, unterbleiben oder, wenn sie bereits gesetzt wurde, rückgängig gemacht werden. Dies ist im Bereich rein faktischer Maßnahmen im Allgemeinen möglich; sofern die Geschäftsführungsmaßnahme jedoch im Abschluss eines Rechtsgeschäftes mit einem Dritten besteht, der geschäftsführende Gesellschafter somit im eigenen Namen sowie als Vertreter aller übrigen Gesellschafter agiert, erfordert es die Zustimmung des Dritten.

Außergewöhnliche Geschäfte bedürfen von vornherein der Zustimmung aller Gesellschafter (§ 1191 Abs. 2); die Bestellung eines unbeschränkt Bevollmächtigten (§ 1008 ABGB) erfordert die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter (§ 1191 Abs. 3).

#### **Zu § 1191:**

§ 1191 entspricht mit geringfügigen Modifikationen § 116 UGB. Anstelle des Hinweises auf den „Betrieb des Unternehmens“ (§ 116 Abs. 1 UGB) tritt der „gewöhnliche Geschäftsbetrieb“. Der Hinweis auf den „Betrieb des Unternehmens“ ist schon in § 116 Abs. 1 UGB angesichts des Umstandes zu eng, dass auch eine OG nicht auf einen solchen Betrieb beschränkt ist (vgl. § 105 UGB). Deshalb wird insofern auch § 116 UGB angepasst.

Klargestellt wird in Abs. 2, dass für außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen ein einstimmiger Beschluss aller Gesellschafter erforderlich ist.

Anstelle eines nur für im Firmenbuch eingetragene Rechtsträger möglichen Prokuristen regelt Abs. 3 die Bestellung eines unumschränkt Bevollmächtigten im Sinn des § 1008 ABGB.

#### **Zu § 1192:**

§ 1192 orientiert sich an § 119 UGB.

Abs. 1 entspricht § 119 Abs. 1 UGB.

Abs. 2 enthält Modifizierungen, die auch im UGB vorgenommen werden. Der Hinweis auf die „abgegebenen“ Stimmen stellt klar, dass Stimmenthaltungen nicht als Gegenstimmen, sondern überhaupt nicht mitgezählt werden. Ohne Einfluss sind Stimmenthaltungen dennoch nicht. Denn sie verschieben die Stimmgewichte der abstimmenden Gesellschafter. Hat die GesbR z.B. drei Gesellschafter, die jeder zu einem Drittel beteiligt sind, und stimmt einer nicht mit, so kommt jedem der beiden mitstimmenden Gesellschafter ein Stimmgewicht von 50% zu, obwohl er sonst nur das Stimmgewicht von einem Drittel hätte.

Arbeitsgesellschafter sind ebenfalls stimmberechtigt. Kommt ihnen aufgrund des Gesellschaftsvertrags ein Kapitalanteil zu (vgl. § 1182 Abs. 3), bleibt es beim Stimmgewicht nach Kapitalanteilen; hat der Arbeitsgesellschafter keinen derartigen Kapitalanteil zuerkannt bekommen, stimmen alle Gesellschafter nach Köpfen ab. Dies bedeutet allerdings, dass Gesellschafter mit überproportionalen Anteilen in ihrem Stimmgewicht geschwächt werden. Verfügt z.B. einer von drei Gesellschaftern über einen Kapitalanteil von 60%, der zweite Gesellschafter über die restlichen 40% und ist der dritte Gesellschafter ein Arbeitsgesellschafter ohne Kapitalanteil, dann hat – sofern im Gesellschaftsvertrag keine andere Stimmgewichtung vereinbart wurde – jeder Gesellschafter die gleiche Stimme. Der Gesellschafter, der ansonsten allein über die Stimmenmehrheit verfügen würde, bleibt somit wegen des Arbeitsgesellschafter in der Minderheit. Gründer werden sich daher sorgfältig überlegen, wie sie den Arbeitsgesellschafter behandeln. Den Arbeitsgesellschafter überhaupt von den Gesellschafterbeschlüssen auszuschließen, würde ihm ein wesentliches Element der Gesellschafterstellung nehmen.

#### **Zu § 1193:**

§ 1193 hat § 117 UGB zum Vorbild. Um klarzustellen, dass die Entziehung im streitigen Verfahren durchzusetzen ist (vgl. z.B. *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann UGB*<sup>2</sup>, § 117 Rz 23), wird anstelle des insofern irreführenden Ausdrucks „Antrag“ der Begriff „Klage“ verwendet.

#### **Zu § 1194:**

§ 1194 orientiert sich im Wesentlichen an § 118 UGB.

Abs. 1 Satz 1 statuiert eine Pflicht für die geschäftsführenden Gesellschafter, anderen Gesellschaftern auf Verlangen Auskünfte zu erteilen und Rechenschaft abzulegen. Satz 2 übernimmt den Regelungsinhalt des § 118 Abs. 1 UGB, wobei die konkrete Formulierung („Aufzeichnungen“ statt „Bücher und Schriften“, „Abrechnung“ statt „Jahresabschluss“) dem Umstand Rechnung trägt, dass eine GesbR in aller Regel nicht rechnungslegungspflichtig im Sinn der § 189 ff. UGB sein wird. Falls eine solche Rechnungslegung ausnahmsweise erfolgt, hat sie die hier angesprochene Funktion.

Abs. 2 knüpft an § 118 Abs. 2 UGB an, verzichtet jedoch auf die „Annahme unredlicher Geschäftsführung“ als gesetzliche Voraussetzung für die Unabdingbarkeit der Kontrollrechte. Diese Voraussetzung erschwert die Anfechtung von vertraglichen Ausschlüssen von Kontrollrechten auf unvertretbare Weise. Daher ist diese gesetzliche Voraussetzung auch in § 118 Abs. 2 UGB zu streichen (in diesem Sinn *Harrer*, *Die Personengesellschaft*, 125 ff.). Eine Schwelle für die Ausübung der Kontrollrechte bietet lediglich der Rechtsmissbrauch.

#### **Zu § 1195:**

Abs. 1 entspricht – mit geringfügigen Formulierungsanpassungen (vgl. die Erläuterungen zu § 1194) – § 120 UGB über die Ermittlung von Gewinn und Verlust. Wie bei den eingetragenen Personengesellschaften und bei den Kapitalgesellschaften deckt sich das Geschäftsjahr mit dem Kalenderjahr, sofern zwischen den Gesellschaftern kein abweichendes Geschäftsjahr vereinbart wurde.

Abs. 2 knüpft an § 121 Abs. 2 und 3 UGB an, modifiziert diese Bestimmungen aber für Fälle ungleicher Mitwirkung der Gesellschafter an der Förderung des Gesellschaftszwecks. Da diese Modifizierung einen allgemeinen Grundsatz zum Ausdruck bringt, wird auch § 121 UGB entsprechend angepasst.

Der Entwurf geht davon aus, dass die Gesellschafter in der Regel in gleichem Ausmaß mitwirken. Insofern genügt es, die Gewinnzuweisung an den Kapitalanteilen zu orientieren. Wirken die Gesellschafter hingegen in unterschiedlichem Ausmaß mit, erscheint es gerechtfertigt, dies auch bei der

Gewinnzuweisung angemessen zu berücksichtigen. Wer mehr mitarbeitet als die anderen, soll einen entsprechend höheren Anteil am Gewinn erhalten; wer weniger mitarbeitet als die anderen, soll im Vergleich zu ihnen weniger bekommen. Daraus folgt auch, dass im Fall einer Änderung des bisherigen Verhältnisses der Mitwirkung der Gesellschafter die Gewinnzuweisung entsprechend zu ändern ist.

Von jenen Gesellschaftern, die eine Einlage zu leisten haben und überdies an der Förderung des Gesellschaftszwecks mitwirken, sind Arbeitsgesellschafter zu unterscheiden, die zu keiner Einlage verpflichtet sind. Ihnen ist Abs. 4 gewidmet. Er entspricht mit geänderter Formulierung § 121 Abs. 1 UGB und inhaltlich auch den bisher geltenden §§ 1193 und 1197 ABGB. Arbeitsgesellschaftern wird in der Regel kein Kapitalanteil zugewiesen; sie sind und bleiben daher „Arbeitsgesellschafter ohne Kapitalanteil“. Ihr Gewinnanteil kann sich daher nicht (auch) am Verhältnis der Kapitalanteile orientieren. Vielmehr steht solchen Arbeitsgesellschaftern lediglich ein den Umständen nach angemessener Betrag des Jahresgewinns zu. Es ist aber zulässig, einem Arbeitsgesellschafter im Gesellschaftsvertrag auch dann, wenn er keine Einlage zu leisten hat, einen dem Wert seiner eingebrachten Arbeitskraft in etwa entsprechenden Kapitalanteil einzuräumen. Dann orientiert sich sein Gewinnanspruch an diesem (eventuell im Lauf der Zeit ansteigenden) Kapitalanteil und der ursprünglich reine Arbeitsgesellschafter wird damit an der Gesellschaft umfassend beteiligt.

Abs. 5 greift das in der Arbeitsgruppe und im Begutachtungsverfahren vorgebrachte Anliegen auf, dass Gesellschafter, die einen besonderen Arbeitseinsatz leisten und auf Grund dieser eventuell hauptberuflichen Tätigkeit ein entsprechendes Entgelt benötigen, dies auch erhalten können. Ein solcher gewinnunabhängiger Entgeltsanspruch besteht dann zwar nicht *causae societatis*, kann aber etwa als Werklohn oder im Rahmen eines freien Dienstvertrags (bei geschäftsführend tätigen Gesellschaftern) vereinbart werden. Im Sinn dieses Anliegens könnte auch vereinbart werden, dass allfällige Gewinnansprüche, insbesondere solche, die für besonderen Arbeitseinsatz gewährt werden, auf den Entgeltsanspruch anzurechnen sind.

#### **Zu § 1196:**

§ 1196 entspricht § 122 UGB. Da die Gesellschafter persönlich für gesellschaftsbezogene Verbindlichkeiten einzustehen haben, erübrigen sich Regelungen über die Kapitalerhaltung. Daher können Gesellschafter über den Rahmen erzielter Gewinne hinaus Entnahmen tätigen. Dieses Recht steht ihnen aber nur zu, wenn alle Gesellschafter damit einverstanden sind. Da der Anspruch auf Gewinnentnahme nicht unter die Fälle der besonderen dreijährigen Verjährungsfrist des § 1486 ABGB subsumiert werden kann, unterliegen die Ansprüche der allgemeinen Verjährungsfrist von 30 Jahren.

#### **Zum 3. Abschnitt (Rechtsverhältnisse zu Dritten)**

Der dritte Abschnitt ist nur für Außengesellschaften von Bedeutung. Eine reine Innengesellschaft tritt nach außen nicht in Erscheinung und bedarf daher keiner Vertretungsregelungen. Sollten die Gesellschafter einer reinen Innengesellschaft einmal ausnahmsweise einem Dritten gegenüber „als Gesellschaft“ auftreten wollen, so gelten die allgemeinen Grundsätze der Stellvertretung. Die Gesellschafter bestimmen, wer sie alle gemeinsam dem Dritten gegenüber vertreten soll. Eine gesetzliche Zweifelsregel gilt diesbezüglich nicht.

#### **Zu § 1197:**

Abs. 1:

Trotz des engen Wortlauts des geltenden § 1201, der für Vertretungshandlungen das Einverständnis aller Gesellschafter zu verlangen scheint, geht die herrschende Ansicht schon bisher davon aus, dass sich bei der GesbR Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis und Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis grundsätzlich decken (vgl. *Jabornegg/Resch* in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 1201 Rz 2; *Grillberger* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1201 Rz 1; *Riedler* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>3</sup> § 1201 Rz 2). Diese Regel soll in Abs. 1 ausdrücklich festgeschrieben werden. Im Ergebnis bedeutet dies freilich, dass – sofern die Gesellschafter diesbezüglich nichts anderes vereinbart haben – in Hinkunft jeder zur Geschäftsführung berufene Gesellschafter auch (alleine) Vertretungshandlungen setzen kann, da nach dispositivem Recht das Einzelgeschäftsführungsprinzip mit Widerspruchsmöglichkeit gelten wird (vgl. die vorgeschlagenen §§ 1189 und 1190).

Erfolgt ein solcher Widerspruch erst nach Vornahme einer Vertretungshandlung, stellt sich die Frage, ob das Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Vertretung hat. Dies ist zu verneinen: Nach dem Wortlaut des § 1190 Abs. 1 zweiter Halbsatz hat eine Maßnahme, gegen die Widerspruch erhoben wurde, „zu unterbleiben“. Zwar ist im OG/KG-Recht auch die Möglichkeit eines nachträglichen Widerspruchs anerkannt, doch hängen dessen Wirkungen davon ab, ob und inwieweit die entsprechende Handlung – unter Beachtung erworbener Rechtspositionen Dritter – noch rückgängig gemacht werden kann (vgl.

*Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 115 Rz 12). Die rückwirkende Beseitigung einer zunächst wirksamen Vertretungshandlung durch nachträglichen Widerspruch kommt daher auch bei der GesbR nicht in Betracht. (Bei der OG/KG kann dieses Problem wegen der inhaltlich unbeschränkbaren Vertretungsbefugnis nach § 126 UGB von vornherein nicht entstehen.)

Im Ergebnis gelten für die Vertretungsbefugnis bei der nicht unternehmenstragenden GesbR somit die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze. Ein über die dort normierten generellen Regelungen zugunsten gutgläubiger Dritter (z.B. Anscheinsvollmacht) hinausgehender Vertrauensschutz ist hier also nicht vorgesehen.

Abs. 2:

Im geschäftlichen Verkehr zwischen Unternehmern besteht freilich Bedarf nach einer weitergehenden Regelung zum Schutz redlicher Dritter, die auf das Vorliegen eines bestimmten Vollmachtsumfangs vertrauen können sollen. Abs. 2 übernimmt daher weitgehend den Regelungsinhalt des geltenden § 178 UGB, wobei die Vorschrift grundsätzlich weiterhin auf unternehmerisch tätige Gesellschaften beschränkt bleibt. Allerdings war es bisher stets erforderlich, dass die Gesellschaft „im Geschäftsverkehr unter einem eigenen Namen“ auftrat. Das Führen eines Gesellschaftsnamens ist nach dem vorgeschlagenen § 1176 Abs. 2 jedoch nur eine Form, wie eine GesbR als Außengesellschaft auftreten kann. In Hinkunft soll daher auch ein anderweitiges „Handeln im Namen der (Außen-)Gesellschaft“ ausreichen.

Eine Ausweitung der Regelung scheint überdies in Bezug auf solche GesbR angebracht, die zwar – z.B. weil sie nicht „auf Dauer angelegt“ sind (vgl. § 1 Abs. 2 UGB) wie etwa Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft – selbst nicht als Unternehmer zu qualifizieren sind, sich aber aus Unternehmern zusammensetzen und unternehmerische Ziele verfolgen.

Da Abs. 2 auch und gerade dann zur Anwendung kommt, wenn der Gesellschaftsvertrag eine andere Vertretungsregelung vorsieht, handelt es sich – wie zumeist bei Regelungen zum Verkehrsschutz – um eine zwingende Vorschrift.

Abs. 3 und 4:

Während Abs. 3 die passive Vertretung entsprechend § 125 Abs. 2 letzter Satz UGB regelt, legt Abs. 4 fest, dass der in Abs. 1 festgelegte Umfang der Vertretungsmacht und die Vertrauensschutzregel des Abs. 2 lediglich für die Vertretung durch die Gesellschafter gelten. Bezüglich anderer Personen, die die Gesellschafter vertreten sollen, gelten die §§ 1002 ff. Der Vertrauensschutz Dritter wird in diesem Bereich, soweit nicht § 54 UGB zur Anwendung kommt, lediglich durch die Anscheinsvollmacht verwirklicht.

#### **Zu § 1198:**

§ 1198 orientiert sich an § 127 UGB. Um klarzustellen, dass es sich um ein Streitiges Verfahren handelt, wird der Begriff „Antrag“ auch in § 127 UGB durch „Klage“ ersetzt.

#### **Zu § 1199:**

Der bisherige § 1203 ging vom Prinzip der Anteilhaftung aus; solidarische Haftung wurde nur bei den Geschäften der „Handelsleute“ vermutet und ergab sich zwangsläufig bei Pflichten zu unteilbaren Leistungen bzw. bei „einheitlichen Verträgen“, auch wenn die Leistung an sich teilbar ist (OGH 4 Ob 513/89 GesRZ 1989, 229 = RdW 1989, 223; 6 Ob 537/95; 9 Ob 192/01b; kritisch *Jabornegg/Resch* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> § 1203 Rz 6). Da ein gesellschaftsbezogener Vertrag, den alle Gesellschafter gleichsam „als GesbR“ abschließen, auch alle Gesellschafter auf einheitliche Weise zu Vertragspartnern des Dritten macht, trifft auch alle Gesellschafter gemeinsam die Pflicht, den Vertrag zu erfüllen. Dies führt im Ergebnis dazu, dass ein gesellschaftsbezogener Vertrag grundsätzlich die solidarische Haftung aller Gesellschafter auslöst. Zu einer Anteilhaftung kommt es nur dann, wenn dies in einem gesellschaftsbezogenen Vertrag mit einem Dritten ausdrücklich vereinbart wird. Die Regel ist daher schon nach bisherigem Recht – entgegen dem Wortlaut des § 1203 – die Solidarhaftung der Gesellschafter. Auch bei deliktischer Haftung der Gesellschafter wird solidarische Haftung angenommen (OGH 8 Ob 138/81 JBl 1982, 656; 2 Ob 2398/96b SZ 70/138; *Wittmann-Tiwald* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 1203 Rz 16; de lege lata teilweise anderer Ansicht *Apathy* in FS Krejci I [2001] 427, 439 f; *Riedler* in *KBB*<sup>3</sup> § 1203 Rz 5). Die Gesellschafter haften deliktisch nicht nur für ihre Besorgungshelfen (§ 1315), sondern auch für deliktisches Verhalten ihrer Repräsentanten (Machthaber), die für die Gemeinschaft der GesbR-Gesellschafter handeln (OGH 2 Ob 2398/96 b SZ 70/138; 3 Ob 123/99 f JBl 2000, 169; *Welser*, GesRZ 1979, 15 [16]; *Jabornegg/Resch* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> § 1203 Rz 7; *Wittmann-Tiwald* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 1203 Rz 16).

Abs. 1 kodifiziert also, was die Rechtsprechung schon bisher vertritt.

Abs. 2 knüpft an den bisherigen § 1203 erster Satz an. Diese Regelung betrifft nicht nur einen Sonderfall der Außen-GesbR, sondern auch den typischen Fall der Innengesellschaft. Wer, obwohl Gesellschafter einer GesbR, nach außen hin im eigenen Namen auftritt, wird aus dem geschlossenen Geschäft dementsprechend allein berechtigt und verpflichtet; dies auch dann, wenn er auf Rechnung der Gesellschaft handelt. Die diesbezüglichen Rechtsbeziehungen beschränken sich auf das Innenverhältnis der Gesellschafter.

#### **Zu § 1200:**

§ 1200 entspricht im Wesentlichen § 129 UGB; dies mit der wegen der fehlenden Rechtspersönlichkeit der GesbR erforderlichen Modifikation, dass an Stelle der Gesellschaft die Gesellschafter gemeinsam treten.

Da § 129 Abs. 3 UGB derzeit missverständlich ist (vgl. *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann UGB<sup>2</sup>* § 129 Rz 16 mit weiteren Nachweisen), wird stattdessen eine geänderte Formulierung des Abs. 2 vorgeschlagen. Orientiert man sich am Normzweck, muss dem Gesellschafter immer dann das Leistungsverweigerungsrecht zustehen, wenn und solange die Gesellschaft aufrechnen könnte, und zwar auch dann, wenn der Gläubiger der Gesellschaftergemeinschaft keine Aufrechnungsbefugnis hätte (*Kastner/Doralt/Nowotny*, *Gesellschaftsrecht<sup>5</sup>* 114; *Koppensteiner/Auer* in *Straube<sup>4</sup>* § 129 Rz 9; *Roth/Fitz*, *Unternehmensrecht<sup>2</sup>* Rz 290; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *Gesellschaftsrecht Rz 2/544*; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M.Roth*, *Gesellschaftsrecht Rz 738*; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann UGB<sup>2</sup>* § 129 Rz 17 mit weiteren Nachweisen zur einschlägigen dt Literatur). Ist hingegen nur der Gläubiger, nicht aber die Gesellschaftergemeinschaft aufrechnungsberechtigt, hat der Gesellschafter kein Leistungsverweigerungsrecht (vgl. *BGH VIII ZR 119/63*; *Kastner/Doralt/Nowotny*, *Gesellschaftsrecht<sup>5</sup>* 114; *Koppensteiner/Auer* in *Straube<sup>4</sup>* § 129 Rz 9; *Dullinger* in *Rummel*, *ABGB<sup>3</sup>* § 1441 Rz 14; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann UGB<sup>2</sup>* § 129 Rz 17). Die nunmehrige Formulierung des Abs. 2 stellt klar, dass das die Leistungsverweigerung rechtfertigende Aufrechnungsrecht den Gesellschaftern, nicht aber (auch oder nur) dem Gläubiger zustehen muss.

#### **Zum 4. Abschnitt (Gesellschafternachfolge)**

Scheidet ein Gesellschafter aus und soll ein anderer seinen Gesellschaftsanteil übernehmen, so stellen sich nicht nur Fragen der den Gesellschaftsanteil betreffenden Vertragsübernahme. Da die GesbR nicht selbst Träger der gesellschaftsbezogenen Rechte und Pflichten ist, sondern die Gesellschafter gemeinsam Träger dieser Rechte und Pflichten sind, ist auch das rechtliche Schicksal all jener gesellschaftsbezogenen Rechte und Pflichten zu klären, die dem ausscheidenden Gesellschafter insbesondere gegenüber Dritten zukommen. Ferner sind das Schicksal der Miteigentumsanteile des Gesellschafter sowie seine Teilhabe an den gesellschaftsbezogenen Gesamthandforderungen und an den gesellschaftsbezogenen Solidarverbindlichkeiten zu klären. Ähnliche Fragen stellen sich, wenn zusätzlich ein neuer Gesellschafter in die GesbR aufgenommen werden soll. All diese Fragen wurden bisher im 27. Hauptstück entweder überhaupt nicht oder nur bruchstückhaft behandelt.

#### **Zu § 1201:**

Unter dem Ausdruck „Gesellschafternachfolge“ fasst § 1201 im Hinblick auf die Sukzessionsfrage folgende Fälle zusammen: Den Eintritt eines neuen Gesellschafter, das Ausscheiden eines Gesellschafter sowie den Gesellschafterwechsel, bei dem das Ausscheiden des einen und der Eintritt eines neuen Gesellschafter durch die Übertragung des Gesellschaftsanteils des Ausscheidenden auf den neu Eintretenden verbunden werden.

Regelungsanliegen der Abs. 1 und 2 sind die Verfügungsgeschäfte. Grundlage dieser Verfügungen ist das nicht näher geregelte Verpflichtungsgeschäft. Der Eintritt eines neuen Gesellschafter setzt ebenso wie sein Ausscheiden eine Änderung des Gesellschaftsvertrags voraus. Beim Gesellschafterwechsel wird der Gesellschaftsvertrag zwar nicht inhaltlich verändert; zur Anteilsübertragung ist aber die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich (§ 1182 Abs. 1 Satz 2).

Diese Vertragsänderung führt zu Konsequenzen in den sonstigen Rechtsbeziehungen einerseits zwischen den Gesellschaftern und andererseits zu Dritten. Der bisherige Gesellschafter hat Miteigentumsanteile und ist an allen gesellschaftsbezogenen schuldrechtlichen Positionen (er ist Gesamthandgläubiger, Solidarschuldner, gemeinsamer Vertragspartner Dritter) beteiligt. Scheidet der Gesellschafter aus, sind alle diese Rechtspositionen entweder auf die übrigen Gesellschafter aufzuteilen oder einem Nachfolger zu übertragen. § 1201 zielt darauf ab, diese Verfügungen soweit zu vereinfachen, wie dies unter Berücksichtigung der Erfordernisse des Schutzes berechtigter Interessen Dritter möglich ist. Zunächst liegt zwar der Gedanke nahe, alle Vorgänge der Einfachheit halber rechtlich in einem einzigen Verfügungsakt zu bündeln und diesen sogleich mit dem wirksamen Abschluss des Grundgeschäftes zu

verbinden. Doch würde dies Dritten Probleme bereiten, indem ihnen – der Vertragsfreiheit widersprechend – neue Vertragspartner aufgezwungen würden. Ferner entstünden bei bücherlichen Rechten Publizitätsprobleme, wenn der Eintragungsgrundsatz durchbrochen würde.

So wird in § 1201 Abs. 1 zunächst festgehalten, dass bei Eintritt, Ausscheiden oder Wechsel eines Gesellschafters die gesellschaftsbezogenen Rechtsverhältnisse auf den eintretenden oder auf die verbleibenden Gesellschafter übergehen. Dies bedeutet, dass der Miteigentumsanteil am Gesellschaftsvermögen und die schuldrechtlichen Beziehungen mit Wirksamwerden des Grundgeschäftes auf den bzw. die Nachfolger übergehen. Eigene Verfügungsgeschäfte sind – mit der in Abs. 2 zweiter Satz enthaltenen Ausnahme von bücherlichen Rechten – nicht mehr erforderlich.

§ 1201 Abs. 1 ist dispositiv; die Gesellschafter können also anderes vereinbaren. Solange dies allerdings Dritten gegenüber nicht klargestellt ist, dürfen diese darauf vertrauen, dass die gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen eintreten.

Ein außerbüchlicher Liegenschaftserwerb oder außerbüchliche Übertragungen dinglicher Rechte an Liegenschaften werden jedoch nicht zugelassen. Daher mag zwar der Mitbesitz der Nachfolger an Liegenschaften durch bloße Übergabe begründet werden, die Übertragung des Miteigentums selbst soll aber weiterhin erst durch Intabulation eintreten. So wird vermieden, dass außerbüchliche Rechte entstehen, die für Dritte in aller Regel nicht erkennbar sind.

Abs. 3 und 4 regeln das Schicksal von Rechtsverhältnissen mit Dritten. Sofern kein Fall der Gesamtrechtsnachfolge vorliegt, erfordern Vertragsübernahmen zu ihrer Wirksamkeit in der Regel die Zustimmung der im Vertrag verbleibenden Partei(en) (vgl. *Pieper*, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt [1963]; *Gschnitzer*, Zur Vertragsübernahme besonders beim Kreditverhältnis, FS Wilburg [1965] 99; *Krejci*, Betriebsübergang und Arbeitsvertrag. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Vertragsübernahme [1972] 172 ff.). Bei einer vollständigen Gesamtrechtsnachfolge fällt das bisherige Zurechnungssubjekt durch Tod oder (bei juristischen Personen) durch Untergang fort. Das ist in den Sachverhalten des § 1201 ebenso wie in Fällen des Unternehmens- oder Betriebsübergangs unter Lebenden nicht der Fall. Die Rechtsordnung steht also nicht vor der unüberbrückbaren Alternative, das Schuldverhältnis entweder untergehen zu lassen oder auf den Rechtsnachfolger zu übertragen. Besteht aber wie hier das bisherige Zurechnungssubjekt fort, kann dem Dritten im Hinblick auf seine Abschlussfreiheit nicht einfach eine Veränderung in der Person seiner Vertragspartner aufgezwungen werden. Dennoch besteht aus Gründen der Praktikabilität ein Bedürfnis danach, eine Übertragung der Rechtsverhältnisse auf die neuen oder verbleibenden Gesellschafter zu erleichtern. Damit sind die wechselseitigen Interessen der Beteiligten ähnlich gelagert wie im Fall der Unternehmensübertragung nach § 38 UGB.

Dementsprechend sind die Abs. 3 und 4 auch eng an das Konzept und die Diktion des § 38 UGB angelehnt: Das Ausscheiden aus und der Beitritt zu Rechtsverhältnissen mit einem Dritten sind diesem gegenüber nur wirksam, wenn er von der Gesellschafternachfolge verständigt wurde und nicht binnen dreier Monate widerspricht; in der Verständigung ist auf das Widerspruchsrecht hinzuweisen. Solange die Verständigung nicht erfolgt ist oder die Frist für den Widerspruch noch offen ist, kann der Dritte Erklärungen und Erfüllungshandlungen wie bisher oder auch so vornehmen, als ob die Gesellschafternachfolge ihm gegenüber bereits wirksam geworden wäre.

#### **Zu § 1202:**

Tritt ein neuer Gesellschafter ein, ohne den bisherigen gesellschaftsbezogenen Rechtsverhältnissen beizutreten, soll er für diesbezügliche Altverbindlichkeiten auch nicht haften. Dies folgt aus dem Umstand, dass er bei der Entstehung des Rechtsverhältnisses der Gesellschaft nicht angehört hat; der bloße Beitritt zum Verband hat keine haftungsbegründende Wirkung für Altverbindlichkeiten. Scheidet ein Gesellschafter hingegen aus, so soll er für Altverbindlichkeiten auch dann weiterhaften, wenn er aus gesellschaftsbezogenen Rechtsverhältnissen ausscheidet. Auch dies ergibt sich – umgekehrt – aus dem Umstand, dass er der Gesellschaft bei der Entstehung des Rechtsverhältnisses angehört hat und durch das bloße Ausscheiden nicht von seiner daraus sich ergebenden Haftung befreit wird. Die Bestimmung ist dispositiv; die Forthaftung kann also mit Zustimmung des Dritten vertraglich ausgeschlossen werden.

Diese Regelung entspricht damit dem allgemeinen Grundsatz, dass privative Schuldübernahmen nicht ohne Zustimmung des Gläubigers vorgenommen werden können (§ 1405). Dem Gläubiger soll kein neuer Schuldner aufgezwungen werden, der möglicherweise eine geringere Bonität als der bisherige aufweist. Im Einverständnis des Dritten mit einer Vertragsübernahme durch den neuen Gesellschafter steckt nicht notwendig auch die Zustimmung zur Enthaftung für Verbindlichkeiten, die vor dem Zeitpunkt der Vertragsübernahme begründet wurden. Soll der neue Gesellschafter auch aus der Haftung für Altverbindlichkeiten befreit werden, ist also eine weitere Zustimmung des Dritten erforderlich. Eine Vereinbarung der Gesellschafter untereinander, den ausscheidenden von Altverbindlichkeiten zu befreien,

führt nicht zu seiner Enthftung gegenüber den Gläubigern, sondern begründet lediglich einen Freistellungsanspruch gegenüber den anderen Gesellschaftern (§ 1203 Abs. 3).

§ 39 UGB folgend, sieht Abs. 2 zweiter Satz eine Nachhaftungsbeschränkung vor. Dritte sollen nicht zeitlich unbegrenzt einen ausgeschiedenen Gesellschafter aus gesellschaftsbezogenen Altverbindlichkeiten in Anspruch nehmen dürfen.

#### **Zu § 1203:**

§ 1203 hat § 137 UGB zum Vorbild.

Abs. 1 entspricht § 137 Abs. 1 UGB: Hat ein ausscheidender Gesellschafter den übrigen Gesellschaftern zur Besorgung von Gesellschaftsangelegenheiten Gegenstände (Sachen) zur Benutzung überlassen, so sind ihm diese zurückzugeben, sofern nichts anderes vereinbart ist (z.B. aufgrund eines Miet- oder Leasingvertrags). Ein Ersatzanspruch in Fällen zufälligen Untergangs oder zufälliger Beschädigung oder sonstiger Wertminderung steht dem ausscheidenden Gesellschafter nicht zu. Da der Begriff „Gegenstand“ dem österreichischen Sachenrecht fremd ist, wird er durch den Ausdruck „Sache“ ersetzt.

Abs. 2 übernimmt den Inhalt des § 137 Abs. 2 UGB: Dem ausscheidenden Gesellschafter ist der Gegenwert seines Anteils auszuzahlen. Die Bestimmung des Werts erfordert eine Schätzung im Sinn des Abs. 2. Der Wert des Auseinandersetzungsguthabens orientiert sich am aliquoten Gesellschaftswert; betreibt die GesbR ein Unternehmen, so kommt es auf den Unternehmenswert an. Der Gesellschaftswert wird entweder nach jenen Grundsätzen bestimmt, die im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sind, oder die Bewertung erfordert eine sachverständige Schätzung.

Das Ausscheiden eines Gesellschafters führt nicht zur Auflösung der Gesellschaft (§ 1215), doch verändert der Vorgang die bisherigen Beteiligungsverhältnisse.

Scheidet ein Arbeitsgesellschafter aus, so erhält er kein Auseinandersetzungsguthaben; dies auch dann nicht, wenn ihm der Gesellschaftsvertrag einen Kapitalanteil zuerkannt hat, um ihm auf diese Weise ein Stimmgewicht zuzuweisen und eine Abstimmung nach Köpfen zu vermeiden (vgl. *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> § 137 Rz 7).

Die Abs. 3 und 4 entsprechen § 137 Abs. 3 und 4 UGB.

#### **Zu § 1204:**

§ 1204 übernimmt § 138 UGB.

#### **Zu § 1205:**

§ 1205 übernimmt den die Fortsetzung mit Erben regelnden § 139 UGB für die GesbR. Falls ein Erbe nach Abs. 1 zweiter Satz die Einräumung einer Kommanditistenstellung verlangt, muss die bisherige GesbR entweder zu einer KG werden – wofür mit den § 1206 f. auch ein geeignetes Prozedere zur Verfügung steht – oder der Erbe kann aus der Gesellschaft ausscheiden und ist abzufinden (Abs. 2).

### **Zum 5. Abschnitt (Umwandlung)**

Der 5. Abschnitt (§§ 1207 f.) befasst sich mit der Umwandlung einer GesbR in eine OG oder KG und legt für diesen Vorgang bestimmte Vorteile fest. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen auf den umgekehrten Vorgang (Wechsel von einer OG oder KG zu einer GesbR) ist nicht angezeigt, weil vor allem wegen der weitaus besseren Publizität und der damit verbundenen höheren Rechtssicherheit die Rechtsform der OG und KG gegenüber jener der GesbR den Vorzug verdient. Der Gesetzgeber erleichtert daher den Rechtsformwechsel von der GesbR zur OG oder KG, nicht jedoch den umgekehrten Weg.

#### **Zu § 1206:**

Bislang fehlte eine ausdrückliche gesetzliche Regelung darüber, auf welche Art und Weise eine GesbR in eine OG oder KG umgewandelt werden kann. Die Diskussion dieser Problematik wurde früher dadurch erschwert, dass keine hinreichend klaren Vorstellungen über die Rechtsnatur der OHG und der KG herrschten (vgl. dazu etwa *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 276 ff.). Wer annahm, dass weder die GesbR noch die OHG oder KG rechtsfähig wären, konnte unschwer annehmen, dass die Umwandlung einer GesbR in eine OHG oder KG identitätswahrend sei; wer diese Annahme nicht teilte, bewegte sich mit der These von der identitätswahrenden Umwandlung der GesbR und eine OHG der KG auf unsicherem Boden (vgl. *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> 53 f.; *Jabornegg/Resch* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> § 1175 Rz 33; *Grillberger* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1175 Rz 39; zweifelnd *U. Torggler/H. Torggler* in *Straube*<sup>3</sup> § 105 Art / Nr 1 Rz 11; anderer Ansicht *Grünwald*, GesRZ 1993, 132, 225 [231 f.]; *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation [2001] 23 ff.; *Oberhammer*, JBl 1997, 624 [629 ff.]; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/195). In der Folge hat die Handelsrechtsreform die anstehenden Ordnungsfragen zwar nicht ausdrücklich geklärt, immerhin aber klargestellt, dass die OG

bzw. KG rechtsfähig ist (§ 105 zweiter Satz UGB). Ferner steht fest, dass der GesbR die Rechtsfähigkeit fehlt (§ 1175 Abs. 2). Daraus folgt, dass es eine identitätswahrende Umwandlung einer GesbR in eine OG oder KG nicht geben kann (so schon *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer Rz 2/196; vgl. auch *Harrer/Pira*, wbl 2007, 101 [103 f]; *Krejci* in Krejci RK UGB § 105 Rz 27). Denn die Rechtssubjekte, denen das Gesellschaftsvermögen der GesbR zugerechnet wird (die Gesellschafter), sind mit der Rechtsperson der OG oder KG nicht ident. Daher muss es im Falle einer „Umwandlung“ einer GesbR in eine OG oder KG notwendigerweise zu einem Wechsel des Zurechnungssubjektes kommen.

Daraus folgt, dass das Gesellschaftsvermögen von den GesbR-Gesellschaftern auf die OG oder KG übertragen werden muss. Diesbezüglich kommen zwei Übertragungsmodelle in Betracht: Die Einzelrechtsnachfolge und die Gesamtrechtsnachfolge. Ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung fällt es nicht leicht, eine Gesamtrechtsnachfolge anzunehmen; einen Ansatz für diese Ansicht bietet allerdings § 123 Abs. 2 dritter Satz UGB (*Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/196). Auch sonst liegt dieses Übertragungsmodell nahe: Es ist weitaus praktischer als die Einzelrechtsnachfolge. Überdies erübrigt es eine GesbR-Abwicklung, in deren Rahmen die Einzelrechtsnachfolge durchzuführen wäre. Interessen Dritter werden durch § 1207 hinreichend geschützt.

Der 5. Abschnitt beendet daher die bisherige Rechtsunsicherheit und stellt klar, dass das Gesellschaftsvermögen der GesbR mit der Eintragung der Nachfolge-OG oder -KG im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf diese übergeht (§ 1206 Abs. 1). Diese Gesamtrechtsnachfolge ist zum einen nur eine partielle, weil die Gesellschafter als bisherige Zurechnungssubjekte des Gesellschaftsvermögens nicht sterben oder untergehen, sondern weiterbestehen. Es geht daher nicht ihr gesamtes Vermögen auf die OG oder KG über, sondern – nach Maßgabe des Abs. 3 – nur das Gesellschaftsvermögen im Sinn des § 1178 Abs. 1. Zum zweiten wird die Gesamtrechtsnachfolge durch den dritten Satz des § 1206 Abs. 1 eingeschränkt: Sie erfasst nicht die zum Gesellschaftsvermögen der GesbR gehörenden „bücherlichen Rechte“. Diese sind vielmehr nach den dafür geltenden Vorschriften zu übertragen. Das bedeutet, dass die Übertragung des Eigentums der Eintragung im Grundbuch bedarf. Dies ist im Hinblick auf die Bedeutung des Schutzes des Vertrauens Dritter auf den Grundbuchstand erforderlich.

In diesem Rahmen bewirkt die Umwandlung einer GesbR in eine OG oder KG eine gesetzlich angeordnete Gesamtrechtsnachfolge, sodass eine Mietzinsanhebung nach § 12a MRG aus diesem Grund nicht in Betracht kommt (vgl. MietSlg. 49.469; 50.295).

Die Umwandlung einer GesbR in eine OG oder KG erfordert nach Abs. 2 einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss, der auch festlegt, ob die GesbR zu einer OG oder einer KG werden soll. Ist die Umwandlung in eine KG beabsichtigt, hat der Gesellschafterbeschluss auch die erforderlichen Änderungen des bisherigen Gesellschaftsvertrags festzulegen; also insbesondere zu bestimmen, welche Gesellschafter fortan Komplementäre und welche Kommanditisten sein sollen.

Um klarzustellen, was alles zum Gesellschaftsvermögen der künftigen OG oder KG gehört, verlangt Abs. 3 die Aufstellung eines Vermögensverzeichnisses: Was darin nicht enthalten ist, wird von der Gesamtrechtsnachfolge nicht erfasst, sondern verbleibt den vormaligen GesbR-Gesellschaftern im bisherigen Verhältnis. Auf diese Weise wird der Umstand berücksichtigt, dass die Umwandlung einer GesbR in eine OG oder KG auch zum Anlass genommen werden kann, Änderungen im bisherigen Gesellschaftsvermögen vorzunehmen.

#### **Zu § 1207:**

Zu Abs. 1:

Dritte dürfen durch die Umwandlung nicht benachteiligt werden. Eine derartige Benachteiligung kommt insofern nicht in Betracht, als die bisherigen GesbR-Gesellschafter auch als OG-Gesellschafter bzw. Komplementäre einer KG weiterhin persönlich, solidarisch, unmittelbar, primär, unbeschränkt und unbeschränkbar für die Gesellschaftsverbindlichkeiten (einschließlich der Altverbindlichkeiten der GesbR) Dritten gegenüber haften. Bezüglich jener GesbR-Gesellschafter, die fortan Kommanditisten sind, könnte dem Dritten jedoch eine Benachteiligung drohen. Abs. 1 stellt daher klar, dass die GesbR-Gesellschafter auch nach erfolgter Umwandlung für die vorher begründeten Verbindlichkeiten weiterhin als GesbR-Gesellschafter haften – so als bestünde die GesbR noch fort.

Zu Abs. 2:

Da aus dem Firmenbuch nicht hervorgeht, dass die Eintragung einer OG oder KG auf der Umwandlung einer GesbR beruht und es auch möglich ist, dass GesbR-Gesellschafter zusätzlich zur GesbR eine OG oder KG mit denselben Gesellschaftern gründen, besteht ein Publizitätsdefizit. Abs. 2 stellt daher sicher, dass Dritten aus der fehlenden Kenntnis von der Umwandlung kein Nachteil entsteht: Wer nicht verständigt wurde und auch sonst nicht von der Umwandlung erfahren hat, kann Erklärungen gegenüber

den vormaligen GesbR-Gesellschaftern rechtswirksam abgeben und ihnen Leistungen erbringen, so als ob die GesbR noch fortbestünde.

### **Zum 6. Abschnitt (Auflösung)**

Der 6. Abschnitt behandelt die Fälle der Auflösung der GesbR. § 1208 zählt die Fälle der Auflösung auf, die weiteren Bestimmungen sind einigen davon im Einzelnen gewidmet. § 1213 regelt die Möglichkeit, die Gesellschaft durch Beschluss fortzusetzen. § 1215 ist dem Übergang des Gesellschaftsvermögens auf den letzten Gesellschafter gewidmet. § 1216 schreibt vor, dass die Auflösung einer Außengesellschaft bekanntzumachen ist.

#### **Zu § 1208:**

§ 1208 übernimmt § 131 UGB mit der Maßgabe, dass der Auflösungsgrund der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft oder durch die rechtskräftige Nichteröffnung oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens entfällt, weil die GesbR mangels Rechtspersönlichkeit nicht als solche insolvent werden kann.

Eine GesbR kann vorweg auf eine bestimmte Zeit gegründet werden (Z 1); dann ist sie mit Ablauf der vereinbarten Frist eo ipso aufgelöst. Es steht den Gesellschaftern frei, die Frist rechtzeitig im Einvernehmen aller zu verlängern oder die Befristung einvernehmlich aufzuheben und damit den Gesellschaftsvertrag auf unbestimmte Zeit zu verlängern. Auch vor Fristablauf kann aus wichtigem Grund auf Auflösung geklagt werden (§ 1210). Hingegen ist eine GesbR auf bestimmte Zeit nicht mithilfe ordentlicher Kündigung (§ 1209) auflösbar; sehr wohl aber ist es einem Privatgläubiger eines Gesellschafters möglich, eine befristete GesbR zu kündigen (§ 1212). Eine auf Lebenszeit eines Gesellschafters gegründete Gesellschaft gilt nicht als befristet, sondern als auf unbestimmte Zeit geschlossen (§ 1211). Die Erfüllung des Gesellschaftszwecks soll dagegen keinen Auflösungsgrund darstellen, da die Zweckerfüllung wohl oft nicht mit der nötigen Sicherheit festgestellt werden könnte. Diesbezüglich ist den Gesellschaftern zumutbar, sich im Wege eines Gesellschafterbeschlusses darüber Klarheit zu verschaffen, ob der Gesellschaftszweck erfüllt ist oder nicht.

Jede GesbR kann jederzeit durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafter aufgelöst werden (Z 2).

Die Auflösung der GesbR nach Z 3 tritt automatisch ein, wenn rechtskräftig über das Vermögen eines Gesellschafters das Konkursverfahren eröffnet wird oder die Nichteröffnung oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens gerichtlich festgestellt wird.

Mehreren Anregungen im Begutachtungsverfahren folgend, sollen in der Z 3, die der Z 3 des § 131 UGB nachgebildet ist, Änderungen durch das IRÄG 2010 nachvollzogen werden. Wegen des nun einheitlichen Insolvenzverfahrens wird als Auflösungsgrund auch jener Fall vorgesehen, bei dem zwar zunächst ein Insolvenzverfahren mit der Bezeichnung „Sanierungsverfahren“ eröffnet worden ist, das dann aber als Konkursverfahren weitergeführt wird. Wie für den Fall der Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens soll auch für die Eröffnung des Konkursverfahrens auf die Rechtskraft abgestellt werden. Nicht berücksichtigt wird in Z 3 der Fall, dass es nach der rechtskräftigen Eröffnung des Konkursverfahrens zu einem Sanierungsverfahren kommt, da es schwierig ist, den richtigen Zeitpunkt dafür festzusetzen und jedenfalls ein langer Schwebezustand entstehen würde. Die Gesellschafter können ohnehin auch in dieser Situation einen Fortsetzungsbeschluss fassen. § 131 Z 3 UGB soll denselben Wortlaut erhalten (Artikel II).

Eine auf unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft kann durch Kündigung eines einzelnen Gesellschafters aufgelöst werden (Z 4). Die Auflösung tritt mit Wirksamkeit des Beschlusses oder der Kündigungserklärung ein.

Wird die GesbR durch Gerichtsbeschluss aufgelöst (Z 4), so tritt die Auflösung mit Rechtskraft des Gerichtsbeschlusses ein.

Der Tod eines Gesellschafters löst die Gesellschaft nur dann auf, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht (Z 5).

In allen Auflösungsfällen kann die Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen werden. Kommt es zum Ausscheiden eines Gesellschafters, kann der Fortsetzungsbeschluss von den übrigen Gesellschaftern gefasst werden (§ 1214).

#### **Zu § 1209:**

§ 1209 übernimmt § 132 UGB.

**Zu § 1210:**

§ 1210 übernimmt § 133 UGB. Statt des Ausdruckes „Antrag“ verwendet § 1210 den Ausdruck „Klage“, um klarzustellen, dass es sich um ein Streitiges Zivilverfahren handelt (vgl. *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann UGB<sup>2</sup> §133 Rz 32*). Dies wird entsprechend auch im UGB korrigiert.

In Fällen von Kindesmisshandlung oder häuslicher Gewalt wird bei einer GesbR zwischen Lebensgefährten davon auszugehen sein, dass das Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern so schwer erschüttert ist, dass eine Fortsetzung der Gesellschaft nicht zumutbar ist und daher ein wichtiger Grund für eine Auflösung der Gesellschaft vorliegt.

**Zu § 1211:**

§ 1211 übernimmt § 134 UGB, ersetzt jedoch die in § 134 UGB enthaltenen Verweisungen durch die dem 27. Hauptstück entsprechenden.

**Zu § 1212:**

§ 1212 übernimmt § 135 UGB, ersetzt jedoch den Ausdruck „Schuldtitel“ in § 135 UGB durch den heute gebräuchlichen Ausdruck „Exekutionstitel“. Weiters wird eine geringfügige grammatikalische Anpassung vorgenommen.

Die Änderung wird auch in § 135 UGB übernommen.

**Zu § 1213:**

§ 1213 entspricht inhaltlich § 140 UGB.

**Zu § 1214:**

§ 1214 übernimmt § 141 UGB bei entsprechender Anpassung der Verweise und stellt im letzten Satz des Abs. 1 ausdrücklich klar, dass in den im zweiten Satz genannten Fällen der Gesellschafter, in dessen Person der Auflösungs- oder Kündigungsgrund liegt, infolge des Fortsetzungsbeschlusses ausscheidet. § 141 UGB wird entsprechend angepasst.

**Zu § 1215:**

§ 1215 übernimmt § 142 UGB, hält jedoch trotz Universalsukzession – wie § 1201 Abs. 2 und § 1206 Abs. 1 – am Grundsatz fest, dass verbücherte Rechte nach den dafür geltenden Vorschriften zu übertragen sind.

**Zu § 1216:**

Angesichts der unzulänglichen Publizität der GesbR wird vorgeschrieben, dass die Auflösung einer Außengesellschaft den Vertragspartnern, Gläubigern und Schuldnerinnen soweit möglich mitzuteilen sowie auf verkehrübliche Weise bekannt zu geben ist.

**Zum 7. Abschnitt (Liquidation)**

Der 7. Abschnitt orientiert sich im Wesentlichen an den §§ 145 bis 158 UGB, übernimmt aber nicht alle diese Bestimmungen und passt die übernommenen den Erfordernissen der GesbR an.

**Zu § 1216a:**

Rechtsfähige Personengesellschaften bestehen nach ihrer Auflösung bis zur Beendigung der Liquidation fort. Entsprechendes soll auch für die GesbR gelten. Da die GesbR nicht rechtsfähig ist (§ 1175 Abs. 2), bezieht sich der Fortbestand der GesbR auf den Gesellschaftsvertrag. Das gilt auch für die gesellschaftsbezogenen Rechtsverhältnisse zu Dritten.

Abs. 2 übernimmt § 145 Abs. 2 UGB.

**Zu § 1216b:**

Abs. 1 erster Satz orientiert sich an § 146 Abs. 1 UGB. Abs. 1 zweiter Satz übernimmt den Regelungsinhalt des § 146 Abs. 3 UGB, Abs. 2 den des § 146 Abs. 2 UGB und Abs. 3 jenen des § 147 UGB. Die sachliche Zuständigkeit der Bezirksgerichte für die Bestellung bzw. Abberufung von Liquidatoren ergibt sich dabei aus § 104a JN, weil es sich um eine im Verfahren außer Streitsachen zu erledigende Angelegenheit handelt.

Abs. 4 ersetzt die mangelnde Firmenbuchpublizität durch eine Bekanntgabepflicht, die der des § 1216 entspricht.

**Zu § 1216ca:**

Abs. 1 entspricht § 149 Abs. 1 erster Satz UGB.

Abs. 2 übernimmt inhaltlich § 149 Abs. 2 UGB.

**Zu § 1216db:**

Die Bestimmung stellt klar, dass die Liquidatoren im Zweifel als Gesamtvertreter der Gesellschafter auftreten; dies im Sinn des § 150 Abs. 1 UGB. Im Übrigen wird § 149 Abs. 1 zweiter Satz UGB inhaltlich übernommen.

**Zu § 1216e:**

§ 1216e übernimmt § 155 UGB.

**Zu Z 3 (§ 1503):**

Die durch das GesbR-RG geänderten Vorschriften des ABGB sollen grundsätzlich mit 1. Jänner 2015 in Kraft treten (Abs. 1). Für bereits bestehende GesbR sieht Abs. 5 Z 2 und 3 für die (größtenteils dispositiven) Bestimmungen betreffend das Innenrecht ein Optionsmodell vor: Sofern keiner der Gesellschafter binnen Jahresfrist nach Inkrafttreten des GesbR-RG die Erklärung abgibt, das zuvor geltende Recht beibehalten zu wollen, ist ab 1. Juli 2016 auch in diesen Gesellschaften insofern die neue Rechtslage maßgeblich. Wird eine solche Erklärung abgegeben, gelten die betreffenden Bestimmungen für diese „Altgesellschaft“ hingegen erst ab dem Jahr 2022. (Soweit freilich der Gesellschaftsvertrag – zulässigerweise – abweichende Regelungen vorsieht, ändert sich für die Gesellschaft auf Dauer nichts.)

### **Zu Art. 2 (UGB)**

Die Neuregelung des 27. Hauptstücks des zweiten Teils des ABGB orientiert sich in weiten Teilen am Recht der OG. Dies führt zur Übernahme zahlreicher Bestimmungen des UGB in das 27. Hauptstück des ABGB. Doch zeigte sich dabei, dass manche Differenzierung, die im Zug der Reformdiskussion vorgenommen wurde, auch für das OG-Recht von Bedeutung ist. Insofern kommt es auch – gleichsam im Weg einer Rückkoppelung – zu einigen, wenn auch geringfügigen, Anpassungen des OG-Rechts an das neue GesbR-Recht. Die näheren Begründungen dazu sind größtenteils bereits in den Erläuterungen zum 27. Hauptstück enthalten, sodass sich die Erläuterungen der Änderungen der betroffenen Bestimmungen des UGB im Wesentlichen darauf beschränken können, auf die übernommenen Regelungen des ABGB zu verweisen.

**Zu Z 1 (§§ 38 Abs. 1 und 39):**

Nach § 25 HGB erfasste die Haftung dessen, der ein kaufmännisches Unternehmen durch Rechtsgeschäft und unter Fortführung der bisherigen Firma erworben hatte, alle „im Geschäftsbetrieb begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers“. Es entwickelte sich ein entsprechendes Verständnis dessen, was eine bereits „begründete“ Verbindlichkeit sei. Im Zug der Handelsrechtsreform wurde in den nunmehrigen §§ 38, 39 UGB sowie in § 160 UGB statt von „begründeten“ von „entstandenen Rechten und Verbindlichkeiten“ gesprochen. Auch wenn die genannten Bestimmungen lediglich einen für besser gehaltenen Ausdruck von Altverbindlichkeiten verwenden, nicht aber deren Abgrenzung ändern wollten, weckte der Wechsel im Terminus Zweifel an der Inhaltskontinuität. Um diese Zweifel zu beseitigen, wird nunmehr der Ausdruck „entstanden“ gegen den früheren Ausdruck „begründet“ ausgetauscht.

**Zu Z 2 (§ 108):**

Die Bestimmung soll wie § 1181 ABGB formuliert werden.

**Zu Z 3 (§ 109):**

§ 109 Abs. 2 wird § 1182 Abs. 3 ABGB angepasst. Die neuen Abs. 3 und 4 entsprechen § 1184 ABGB.

**Zu Z 4 und 5 (§ 112 und 113):**

§ 112 übernimmt die grundsätzliche Regelung des § 1186 ABGB über die Mitwirkung, Interessenwahrung und Gleichbehandlung der Gesellschafter. Zu diesem Zweck wird die Überschrift des § 112 geändert und Abs. 1 entsprechend erweitert. Da das Wettbewerbsverbot ebenso wie die in § 1185 ABGB nunmehr ausdrücklich festgehaltenen Gesellschafterpflichten zum Kreis der Treuepflichten zählt, ist die Aufnahme des § 1186 ABGB in die bisherige Regel des § 112 systematisch gerechtfertigt. Dies macht eine Zitat Anpassung in § 113 Abs. 1 erforderlich.

**Zu Z 6 (§ 116):**

§ 116 wird an § 1191 ABGB angeglichen. Der bisherige Ausdruck „Betrieb des Unternehmens“ wird durch den Ausdruck „Geschäftsbetrieb“ ersetzt, weil die OG nicht nur dem Betrieb von Unternehmen vorbehalten ist (§ 105). Ferner wird verdeutlicht, dass der Beschluss aller Gesellschafter einstimmig erfolgen muss. Würde man sich mit der Formulierung „Beschluss aller Gesellschafter“ begnügen, könnte

dies unter Umständen auch als Mehrheitsbeschluss verstanden werden, an dem alle Gesellschafter teilnehmen.

**Zu Z 7 (§ 117):**

Siehe die Erläuterungen zu § 1193 ABGB.

**Zu Z 8 (§ 118):**

Der bisherige Abs. 2 wird durch die Formulierung des § 1194 Abs. 2 ABGB ersetzt. Daher wird fortan vom Erfordernis eines „Grundes zur Annahme unredlicher Geschäftsführung“ für die Unwirksamkeit eines Ausschlusses oder einer Beschränkung der Kontrollrechte der Gesellschafter abgesehen.

**Zu Z 9 (§ 119):**

§ 119 übernimmt die Formulierung des § 1192 ABGB.

**Zu Z 10 (§ 121):**

§ 121 wird an § 1195 Abs. 2 bis 5 ABGB angepasst.

**Zu Z 11 (§ 127):**

Es wird (wie in § 1198 ABGB) klargestellt, dass zur Entziehung der Vertretungsmacht eine Klage zu erheben ist.

**Zu Z 12 (§ 129):**

Die bisher missverständliche Formulierung des Abs. 3 wird durch Übernahme des § 1200 Abs. 2 letzter Halbsatz ABGB (siehe auch die Erläuterungen zu dieser Bestimmung) in den Abs. 2 verbessert. Der bisherige Abs. 3 wird hingegen gestrichen.

**Zu Z 13 (§ 131):**

Bei der Kündigung einerseits und der gerichtlichen Entscheidung andererseits handelt es sich um alternative Fälle, was in § 131 sonst durchwegs mit dem Wort „oder“ zum Ausdruck gebracht wird (vgl. Z 3 und 5). Daher soll auch Z 6 entsprechend geändert werden; vgl. außerdem die Formulierung des § 1208 Z 4 ABGB. Neu formuliert wird hier auch die Z 3, es wird auf die Erläuterungen zu § 1208 Z 3 ABGB verwiesen.

**Zu Z 14 (§ 133):**

Es wird (wie in § 1210 ABGB) klargestellt, dass eine Klage zu erheben ist.

**Zu Z 15 (§ 135):**

Der aus dem deutschen Recht stammende Ausdruck „Schuldtitle“ wird durch den im österreichischen Recht üblichen Ausdruck „Exekutionstitle“ ersetzt, weiters wird eine geringfügige grammatikalische Anpassung vorgenommen.

**Zu Z 16 (§ 136):**

Diese Bestimmung ist überflüssig und wird daher aufgehoben. Auch der Tod eines Gesellschafters führt zu nichts anderem als zur Auflösung der Gesellschaft. Diese geht durch die Auflösung aber nicht unter, sondern ist, ehe sie endgültig beendet ist, zu liquidieren. Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beenden (§ 149 Abs. 1); also nicht nur solche Geschäfte, bei denen Gefahr im Verzug ist, sondern alle Geschäfte, die noch offen sind.

**Zu Z 17 (§ 140):**

Abs. 1 wird dem § 1213 Abs. 1 ABGB angepasst. Dadurch wird verdeutlicht, dass die Klage auf Auflösung der Gesellschaft aus einem in der Person eines anderen Gesellschafters liegenden wichtigen Grund jedem einzelnen Gesellschafter zusteht, alle übrigen Gesellschafter aber statt der Auflösung der Gesellschaft ihre Fortsetzung unter Ausschluss des betreffenden Gesellschafters einklagen können.

**Zu Z 18 (§ 141):**

§ 141 wird an die neuen Formulierungen des § 1214 ABGB angepasst.

**Zu Z 19 (§ 160):**

Siehe die Erläuterungen zu Z 1 (§§ 38 Abs. 1 und 39 UGB).

**Zu Z 20 (Entfall der Überschrift des Dritten Abschnitts des Zweiten Buchs):**

Bei der „Ergänzende(n) Bestimmung zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ handelte es sich um die besondere Vertretungsregelung für unternehmerisch tätige GesbR, die sich nunmehr in § 1197 Abs. 2

ABGB findet. Die Überschrift hat sich daher nur mehr auf die stille Gesellschaft zu beziehen und ist außerdem hinter den vorgeschlagenen § 178 – einer neuen Regelung im Recht der KG – zu verschieben.

**Zu Z 21 (§ 178):**

Der bisherige § 178 wird durch die neue Vertretungsregelung in § 1197 Abs. 2 ABGB überflüssig. An seiner Stelle kann daher eine neue Regelung treten, die sich dem Ausscheiden des einzigen Komplementärs aus einer KG widmet.

Nach bisher geltendem Recht wäre es bei streng wörtlicher Auslegung des § 142 Abs. 1 in Verbindung mit § 161 Abs. 2 UGB in bestimmten (Ausnahme-)Konstellationen denkbar, dass nach dem Ausscheiden des letzten oder einzigen Komplementärs der verbleibende Kommanditist ohne sein Zutun als Gesamtrechtsnachfolger der KG angesehen würde (vgl. *Krejci*, § 142 Abs. 1 UGB und der letzte Kommanditist, GES 2010, 60). Der neue § 178 soll sicherstellen, dass der Kommanditist davor (vor allem vor der damit verbundenen Haftung) jedenfalls geschützt ist, zugleich aber die – auch nur vorübergehende – Entstehung einer Einpersonen-KG (mit alleiniger Beteiligung eines Kommanditisten) verhindert wird. Es wird klargestellt, dass der Kommanditist nicht gegen seinen Willen zum Universalsukzessor wird und daher fortan für all jene Gesellschaftsverbindlichkeiten einzustehen hat, für die er aufgrund seiner bisherigen Kommanditistenstellung gerade nicht zu haften brauchte. Die nunmehr vorgesehene Rechtsfolge der Auflösung der Gesellschaft passt auch auf jene Fälle, in denen noch mehrere Kommanditisten vorhanden sind, aber der letzte Komplementär wegfällt.

Der Tatbestand ist beschränkt auf jene Fälle, in denen es aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen Regelung zum Ausscheiden des letzten Komplementärs käme. Der Zweck der Regelung liegt im Schutz des Kommanditisten vor Überrumpelung. Deshalb ist die Bestimmung nicht anwendbar, wenn der letzte Kommanditist den Anteil des letzten Komplementärs derivativ, also z.B. durch Anteilskauf erwirbt; dann bleibt es bei § 142. Dasselbe gilt in jenen Fällen, in denen ein Kommanditist den Komplementär ausschließen möchte (§ 140), weil er in diesen Fällen ebenso gut auf Auflösung klagen könnte; ferner, wenn der Kommanditist den Komplementär aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen Hinauskündigungsklausel aus der Gesellschaft drängt; auch in diesen Fällen bleibt es bei § 142. Denn hier entscheidet der Kommanditist selbst darüber, ob er die Universalsukzession auslösen will oder nicht. In solchen Fällen ist er nicht schutzwürdig.

**Zu Z 22 (Überschrift des Dritten Abschnitts des Zweiten Buchs):**

Siehe dazu die Erläuterungen zu Z 20.

**Zu Z 23 (§ 179):**

Die neue Formulierung des § 179 ermöglicht stille Beteiligungen an einer (auch nicht unternehmenstragenden) GesbR und an jedem sonstigen Vermögen. Im Fall der stillen Beteiligung an einer GesbR ist die Einlage durch Übertragung in das ideelle Miteigentum der Gesellschafter zu leisten.

**Zu Z 24 (§ 454):**

Der seit dem KartG 2005 obsoletere Verweis auf § 30a KartG 1988 wird beseitigt, ohne dass damit eine inhaltliche Änderung verbunden wäre.

**Zu Z 25 (§ 906):**

Auch die durch das GesbR-RG geänderten Vorschriften des UGB sollen grundsätzlich mit 1. Jänner 2015 in Kraft treten (Abs. 26). Das bereits in den Erläuterungen zu § 1503 ABGB dargestellte Optionsmodell mit zeitlich gestuftem Inkrafttreten gilt – wie sich aus Abs. 27 ergibt – auch für die OG und die KG.