

Elemente der Schadenersatz-Verjährung

Vor der Wahl
Gründerwerbsteuer/Bankgeheimnis/IBAN

Energieeffizienz und Energielieferung
Wer trägt die Kosten?

„Alter Fritz“
Invalidität und Berufsunfähigkeit

Verdeckte Gewinnausschüttung
Haftung für die KEST

Stellenbesetzungsgesetz
Subventionierte Vereine

Elektronische Werbung
Marketing und Datenschutz

Die Reform der GesbR (Teil II)

Der zweite Teil des Beitrags⁴⁶⁾ über die am 1. 1. 2015 in Kraft getretene Reform der GesbR⁴⁷⁾ stellt die Gesellschafternachfolge, Umwandlung, Auflösung und Liquidation der GesbR nach der Reform dar. Hierbei war der Gesetzgeber besonders gefordert, schwieg doch das alte Recht teils gänzlich zu diesen zentralen Fragen.

JOHANNES REICH-ROHRWIG / ARNO ZIMMERMANN

E. Gesellschafternachfolge

1. Innenverhältnis: Aufnahme von Gesellschaftern, Gesellschafterwechsel, Übertragung des Gesellschaftsanteils

Nach alter Rechtslage stellten die Aufnahme von Gesellschaftern und die Übertragung des Gesellschaftsanteils (oder von Teilen des Gesellschaftsanteils) eines Gesellschafters – also die Übertragung der „Mitgliedschaft“ – eine Änderung des Gesellschaftsvertrags dar, die schon nach allgemeinen Grundsätzen der Zustimmung aller GesbR-Gesellschafter bedurfte. § 1186 2. Halbsatz aF ordnete explizit an, dass „kein Mitglied befugt (ist), jemanden in die Gesellschaft aufzunehmen“. Selbstverständlich konnte aber der Gesellschaftsvertrag die Mitgliedschaft von vornherein übertragbar ausgestalten oder die Zulässigkeit der Übertragung von einem Gesellschafter-(Mehrheits)Beschluss abhängig machen.⁴⁸⁾ Der Gesellschaftsvertrag konnte auch die Übertragung des Gesellschaftsanteils an bestimmte Personen, wie zB an Kinder, Ehegatten, Descendenten des Firmengründers oder an Mitgesellschafter, generell zulassen. Dabei war die Frage, ob im Einzelfall die solcherart vorgenommene Anteilsübertragung zulässig ist, der Auslegung des Gesellschaftsvertrags zugänglich.⁴⁹⁾

An dieser Rechtslage hat sich durch die Novelle nichts geändert, auch wenn der einzige gesetzliche Hinweis in § 1186 aF, wonach kein Mitglied befugt ist, jemanden in die Gesellschaft aufzunehmen, im novellierten Gesetzestext nunmehr fehlt. Denn die Mitgliedschaft stellt ein besonderes Vertrauensverhältnis dar und verpflichtet regelmäßig auch zur persönlichen Mitarbeit, sodass weiterhin – ganz im Gegensatz zu Kapitalgesellschaften – davon auszugehen ist, dass die in der Übertragung des Gesellschaftsanteils gelegene Änderung des Gesellschaftsvertrags nach den dafür geltenden Regeln vorzunehmen ist, sofern im Gesellschaftsvertrag keine Vorauszustimmung geregelt oder ein anderer Zustimmungsmodus (etwa Gesellschafter-Mehrheitsbeschluss; die Zustimmung eines „Familienrats“ oder „Beirats“) vorgesehen ist. Selbstverständlich können die übrigen Gesellschafter zur Aufnahme oder Übertragung von Gesellschaftsanteilen ihre Zustimmung auch ad-hoc erklären.⁵⁰⁾

Von der Zulässigkeit der Aufnahme neuer Gesellschafter⁵¹⁾ im Innenverhältnis sind die Wirkungen der Aufnahme neuer Gesellschafter und die Übertragung der Mitgliedschaft im Außenverhältnis – also im Verhältnis gegenüber Vertragspartnern und Gläu-

bigern der GesbR, also gegenüber Dritten – zu unterscheiden. Darauf wird im Folgenden eingegangen.

2. Im Außenverhältnis: Partielle Gesamtrechtsnachfolge

Der Aus- und Eintritt von Gesellschaftern bzw der Wechsel von Gesellschaftern (Sammelbegriff: „Gesellschafternachfolge“) im Außenverhältnis war bisher gesetzlich nur rudimentär geregelt. Eine klarere Regelung war ein Hauptanliegen der Reform.

Mangels Rechtspersönlichkeit der GesbR musste bislang die Übertragung der gesellschaftsbezogenen Rechte und Pflichten – einschließlich der Miteigentumsanteile am Gesellschaftsvermögen – mittels Einzelrechtsnachfolge vollzogen werden.⁵²⁾ Die §§ 1201 ff nF bringen eine wesentliche Vereinfachung⁵³⁾ nur in Bezug auf den *Eintritt* eines Gesellschafters in die Vertragsverhältnisse der GesbR.

Hingegen verursachte das Ausscheiden von Gesellschaftern in Bezug auf deren Ausscheiden aus Vertragsverhältnissen, bei denen sie Mit-Vertragspartner oder Mitschuldner waren, praktische Schwierigkeiten: Denn dafür wäre die Zustimmung jedes Vertragspartners zum (partiellen) Vertragspartnerwechsel notwendig. Meist ist die Zustimmung des Dritten in der Praxis nicht eingeholt worden und da-

Univ.-Prof. Dr. Johannes Reich-Rohrwig ist RA und Partner, Arno Zimmermann, LL. M., ist RAA bei CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte in Wien.

46) Teil I abgedruckt in *ecolex* 2015, 296.

47) GesbR-Reformgesetz, BGBl I 2014/83. Paragrafenhinweise beziehen sich, soweit nicht anders angegeben, auf das ABGB nF.

48) *Jabornegg/Resch/Slezak* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1186 Rz 3; *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 2/34; *Grillberger* in *Rummel*, ABGB³ § 1186 Rz 3; OGH JBl 1930, 150; SZ 20/96; SZ 24/87; 1 Ob 535/76 ÖBl 1977, 14 = NZ 1978, 126; *ecolex* 1990, 484.

49) Vgl OGH 1 Ob 573/93 HS XXIV/4 [zu OHG]; 2 Ob 281/05 w GesRZ 2006, 309.

50) *Jabornegg/Resch/Slezak* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1186 Rz 3 unter Hinweis auf OGH 6 Ob 718/89 *ecolex* 1990, 484; 7 Ob 130/10h RdW 2011/630 = VersE 2355.

51) Die bei einer GesbR als Mitunternehmensform im steuerlichen Sinn über eine als zweckmäßig Weisung bei Einhaltung von Art IV UmgrStG erfolgen sollte.

52) *Krejci*, GesBR-Reform: Zum ministeriellen Diskussionsentwurf – Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GES 2012, 4 (19); *U. Torggler*, Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GES 2012, 32 (37). Zum Begriff der Einzelrechtsnachfolge s ausführlich *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 1/249 ff.

53) Vgl *Krejci*, GES 2012, 4 (19); *Rauter*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach der Reform (Teil II), JAP 2014/2015/16, 168 (169).

her unterblieben, mit der Folge der fortdauernden Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters und dem Nicht-Eintritt des neuen Gesellschafters in das Vertragsverhältnis, sofern nicht irgendwann eine konkludente Zustimmung zum Ausscheiden und zum Eintritt in das Vertragsverhältnis anzunehmen war. Wie allerdings zu zeigen sein wird, hat sich an diesen praktischen Schwierigkeiten beim Ausscheiden von Gesellschaftern nicht viel geändert: Denn für ein vollständiges Ausscheiden aus den Vertragsverhältnissen ist auch nach der Reform weiterhin eine Verständigung der Vertragspartner und Gläubiger mit dem Hinweis auf ihr Widerspruchsrecht notwendig; wird dies unterlassen, kommt es grds nicht zum Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters aus dem Vertragsverhältnis.

Die Neuregelung erweist sich für das *Ausscheiden* des GesbR-Gesellschafters aus gesellschaftsbezogenen Vertragsverhältnissen sogar als Danaergeschenk, weil insofern weiterhin eine Verständigung sämtlicher Vertragspartner (Gläubiger) der GesbR erfolgen muss und Letztere ein Widerspruchsrecht haben. Außerdem gilt für ausscheidende Gesellschafter eine gesetzliche Nachfolgehafung. Im Einzelnen ist zu sagen:

Im Falle des Austritts (Ausscheidens) eines Gesellschafters gehen die gesellschaftsbezogenen Mit-Rechtsverhältnisse⁵⁴⁾ auf die verbleibenden bzw – im Falle des gleichzeitigen Eintritts oder Gesellschafterwechsels – auf den eintretenden Gesellschafter mit Wirksamwerden des Grundgeschäfts über, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht (§ 1201 Abs 1). Es kommt daher zu einer Rechtsnachfolge *uno actu*, sobald der Ein- und/oder Austritt der jeweiligen Gesellschafter vollzogen ist. Einzelne Übertragungsakte (Verfügungsgeschäfte) sind daher grds nicht mehr notwendig. Die einzige, aber bedeutende Ausnahme hiervon sind bücherliche Rechte, die weiterhin nur einzeln mittels Intabulation übertragen werden können.

In Summe bringt diese partielle Gesamtrechtsnachfolge eine erfreuliche Klarstellung und Vereinfachung für den Geschäftsverkehr, wobei die Rsp⁵⁵⁾ schon bisher eine Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge beim Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters aus einer Zweipersonen-GesbR annahm⁵⁶⁾ (nunmehr ausdrücklich § 1215 nF).

3. Haftung neu eintretender Gesellschafter

Wie erwähnt, gehen die zum Zeitpunkt des Eintritts eines Gesellschafters oder Gesellschafterwechsels durch Rechtsgeschäft unter Lebenden begründeten gesellschaftsbezogenen, nicht höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse anteilig auf den eintretenden Gesellschafter über (§ 1201 Abs 1 Satz 1 nF). Nach der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung des § 1202 nF haftet der eintretende Gesellschafter nur insofern für *vor* seinem Eintritt begründete gesellschaftsbezogene Verbindlichkeiten, als er jenen gesellschaftsbezogenen Rechtsverhältnissen beiträgt, auf denen die Verbindlichkeiten beruhen. Tritt ein neuer Gesellschafter hingegen ein, ohne den bisherigen gesellschaftsbezogenen Rechtsverhältnissen beizutreten, haftet er für diesbe-

zügliche Altverbindlichkeiten *nicht*. Dies folgt aus dem Umstand, dass er bei der Entstehung des Rechtsverhältnisses der GesbR nicht angehört hatte; der bloße Beitritt zum Verband hat keine haftungsbegründete Wirkung für Altverbindlichkeiten.⁵⁷⁾

Für die Vertragspraxis folgt daraus, dass man in einer Beitrittserklärung bzw in einem „Zusammenschlussvertrag“ iSd Art IV UmgrStG Formulierungen, wonach der eintretende Gesellschafter der Gesellschaft „mit allen Rechten und Pflichten“ beiträgt, nach Möglichkeit vermeiden oder um den Zusatz ergänzen sollte, dass er „nur den in der Zusammenschlussbilanz enthaltenen und offengelegten Verbindlichkeiten und Verträgen, nicht aber unbekanntem Verbindlichkeiten oder Verträgen beiträgt“.

4. Haftung des ausscheidenden Gesellschafters/Widerspruchsrecht der Gläubiger und Vertragspartner

Die Frage, ob der aus der GesbR ausgeschiedene Gesellschafter auch aus den Vertragsverhältnissen mit den Gläubigern ausscheidet oder Mit-Vertragspartner bleibt und den Gläubigern gegenüber daraus weiterhin haftet – also das Außenverhältnis – ist in §§ 1201 und 1202 nF geregelt. Die Regelung ist sprachlich wenig gelungen, weshalb wir uns hier um Klarstellung bemühen (ohne alle Einzelheiten darlegen zu können):

Vorauszuschicken ist, dass das Gesetz zwischen dem „Ausscheiden aus dem Vertragsverhältnis“ mit einem Dritten und der „Entlassung des Ausscheidenden aus der Haftung“ für die Erfüllung von Vertragspflichten (Verbindlichkeiten), die noch während seiner Gesellschaftszugehörigkeit aufgelaufen sind, unterscheidet.

Es ist daher durchaus denkbar, dass ein Gläubiger/Vertragspartner, der nach ordnungsgemäßer Verständigung keinen Widerspruch gegen das Ausscheiden des ausscheidenden Gesellschafters aus dem Vertragsverhältnis erklärt, dennoch weiterhin dessen Haftung für im Rahmen seiner Gesellschaftszugehörigkeit entstandene Verbindlichkeiten in Anspruch nehmen kann.

Oder mit anderen Worten: Wenn der ausscheidende Gesellschafter sichergehen will, dass er für Verbindlichkeiten und Verpflichtungen aus einem Vertragsverhältnis, das während seiner aufrechten Mitgliedschaft zur GesbR begründet wurde, vom Vertragspartner/Gläubiger nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, muss er nicht nur die Zustimmung des Gläubigers⁵⁸⁾ zu seinem Ausscheiden

54) ZB Mit-Vertragsverhältnisse, wie zB Mit-Mietverhältnisse, Mit-Arbeitsverhältnisse, Mit-Versicherungsverträge usw; s dazu etwa Würth in *Rummel*, ABGB³ § 1090 Rz 20; *Gamerith/Wendehorst* in *Rummel*, ABGB⁴ § 891 Rz 3, 9 sowie § 892 Rz 2ff; 7 Ob 130/10h RdW 2011/630 = VersE 2355.

55) RIS-Justiz RS0022178; krit *Reich-Rohrwig*, Entscheidungsanmerkung zu OGH 5 Ob 560/90, *ecolex* 1990, 482.

56) *Schauer*, Strukturmerkmale des Diskussionsentwurfes zur GesBR und Reflexionen über die Kritik, *GES* 2012, 51 (56).

57) So ausdrücklich *ErläutRV* zu § 1202.

58) Bzw das Unterbleiben des Widerspruchs des ordnungsgemäß verständigten Gläubigers.

aus dem Vertragsverhältnis, sondern auch zu seiner Haftungsentlassung einholen.

Diese Zustimmung kann auch konkludent erteilt werden.⁵⁹⁾

Im Einzelnen ist zu sagen:

a) Unterbleiben des Widerspruchs

Widerspricht der Dritte (Vertragspartner, Gläubiger) der Übernahme des Vertragsverhältnisses (genauer: „Mit-Vertragsverhältnisses“) des ausscheidenden Gesellschafters durch die verbleibenden und/oder neu eintretenden Gesellschafter *nicht*, so haftet der ausscheidende Gesellschafter für gesellschaftsbezogene Verbindlichkeiten, die gegenüber dem Dritten vor seinem Ausscheiden begründet wurden, auch dann weiter, wenn er aus dem Rechtsverhältnis ausgeschieden ist.

Soweit der Dritte einer Entlassung des Ausscheidenden aus der Haftung nicht zustimmt, begrenzt das Gesetz (§ 1202 Abs 2 nF) die Nachhaftung des Ausscheidenden für die Verbindlichkeiten der GesbR insoweit, als sie vor Ablauf von fünf Jahren nach seinem Ausscheiden fällig werden.⁶⁰⁾

b) Widerspruch des Vertragspartners (Gläubigers) gegen Gesellschafternachfolge

Widerspricht hingegen der Dritte (Vertragspartner, Gläubiger) der Übernahme seines (Mit-)Vertragsverhältnisses binnen dreier Monate nach Verständigung vom Ausscheiden des Gesellschafters – wobei der Dritte in der Verständigung auf das Widerspruchsrecht hinzuweisen ist –, so besteht im Fall eines wirksamen Widerspruchs das Vertragsverhältnis (genauer: „Mit-Vertragsverhältnis“)⁶¹⁾ auch noch mit dem ausgeschiedenen Gesellschafter fort (§ 1201 Abs 3 Satz 3 nF). Die Erläuterung zur Novelle begründet dies mit der Privatautonomie und dass nach allgemeinen Grundsätzen eine Vertragsübernahme der Zustimmung der im Vertrag verbleibenden Partei(en) – also der „Restpartei“ – bedarf.

Insofern hat der Gläubiger eine starke Rechtsposition, weil er es durch seinen Widerspruch in der Hand hat, das Rechtsverhältnis zum aus der GesbR ausgeschiedenen Gesellschafter – und somit dessen Haftung für die Erfüllung des Rechtsverhältnisses – aufrecht zu erhalten. Der ausscheidende Gesellschafter müsste daher bestrebt sein, in seiner Ausscheidensvereinbarung – oder im Gesellschaftsvertrag – zu vereinbaren, dass die übrigen Gesellschafter derartige Vertragsverhältnisse nun aufkündigen müssen, wenn der Dritte (Vertragspartner, Gläubiger) die Zustimmung zum Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters aus dem Vertragsverhältnis verweigert. Der Nachteil einer derartigen Regelung im Gesellschaftsvertrag liegt allerdings auf der Hand: Denn auf diese Weise könnten die Gesellschafter uU gezwungen sein, „lebensnotwendige“ oder vorteilhafte Verträge aufzukündigen, nur um eine Enthftung des ausscheidenden Gesellschafters zu ermöglichen.

Eine in der Praxis fallweise nicht bedachte Konsequenz dessen, dass der aus der GesbR zwar ausgeschiedene, infolge Widerspruchs des Dritten jedoch im Vertragsverhältnis verbleibende Gesellschafter

den Vertragsverhältnissen der GesbR nach wie vor angehört, ist ferner, dass eine Kündigung des fortbestehenden Vertragsverhältnisses der GesbR auch vom ausgeschiedenen Gesellschafter oder in dessen Namen⁶²⁾ erklärt werden muss, weil er ja nach wie vor Vertragspartner ist;⁶³⁾ andernfalls wäre die Kündigung unwirksam.⁶⁴⁾

c) Vertragliche Sonderregelungen

Anderes würde nur gelten, wenn die Vertragsteile – also die GesbR-Gesellschafter und der Dritte – schon in ihrem Vertrag – ähnlich wie bei einem aus dem Mietrecht bekannten vertraglichen „Weitergaberecht“⁶⁵⁾ – für den Fall des Gesellschafterwechsels (Ausscheiden, Eintritt aus bzw in die GesbR) das Ausscheiden der betreffenden Gesellschafter aus bzw deren Eintritt in das Vertragsverhältnis vorsehen.

Dies bejaht die Rsp etwa, „wenn gegenüber dem Vertragspartner [in casu: Vermieter] die Gesellschaft (GesbR) als von den wechselnden Gesellschaftern bestandunabhängige Einheit, etwa unter einer besonderen Geschäftsbezeichnung, aufgetreten ist. Dann ist davon auszugehen, dass die jeweiligen Gesellschafter als Vertragspartner des Dritten [in casu: des Vermieters] eintreten“.⁶⁶⁾

F. Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter

1. Auseinandersetzungsguthaben bzw Verlustdeckung

Die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter (§ 1203) entspricht weitestgehend § 137 UGB. Der ausscheidende Gesellschafter hat daher (wie schon bisher)⁶⁷⁾ einen Anspruch auf Auszahlung eines Auseinandersetzungsguthabens in Höhe des anteiligen Verkehrswerts⁶⁸⁾ der GesbR bzw er muss einen etwaigen Fehlbetrag abdecken.

Der Gesetzestext spricht von der Abwicklung der Geschäfte unter Beteiligung an schwebenden Ge-

59) Vgl zur konkludenten Zustimmung OGH 4 Ob 519/83 RdW 1985, 308; 1 Ob 528/85 RdW 1985, 309; GesRZ 1987, 98; 9 ObA 190/87 und 9 ObA 183/87 GesRZ 1988, 108 f; 9 ObA 7/89 GesRZ 1989, 159; SZ 58/87; ZAS 1988/1; *Schauer*, RdW 1985, 302 ff.

60) Ansprüche daraus verjähren innerhalb der für die jeweilige Verbindlichkeit geltenden Verjährungsfrist, längstens jedoch innerhalb von drei Jahren: § 1202 Abs 2 Satz 3 nF.

61) Dass die Gesellschafter einer GesbR Zurechnungsobjekte gegenüber Vertragspartnern der GesbR (OGH RIS-Justiz RS0022132 [T 2]; RS0022490) und bei einem Mietverhältnis Mitmieter sind, spricht etwa OGH 6 Ob 117/13 v aus; zum Versicherungsvertragsverhältnis mit einer GesbR OGH 7 Ob 130/10h RdW 2011/630 = VersE 2355.

62) Aufgrund entsprechender Vollmacht.

63) Siehe FN 61.

64) OGH MietSlg 47.088; 50.167; 51.284; 52.429; SZ 51/149; *Würthl/Zingler/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht I² § 14 MRG Rz 8.

65) *Würthl/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht²² § 12 MRG Rz 3 f; OGH MietSlg 49.092; 51.139; 52.154; 54.145.

66) OGH 6 Ob 117/13 v ecolx 2014/60, 157, unter Verweis auf *Ch. Nowotny*, GesRZ 1986, 20.

67) OGH 7 Ob 523/81 SZ 54/84.

68) ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 20.

schäften. Die gegenteilige Auffassung, dass auf den Verkehrswert des Unternehmens der GesbR abzustellen ist (so aber die Erläuterung), wirft in der Praxis allerdings große Probleme und Fragen auf:

Kündigt etwa in einer aus zwei Rechtsanwälten/Steuerberatern gebildeten Freiberufler-GesbR einer das Gesellschaftsverhältnis auf und führt sodann jeder der Gesellschafter seinen Teilbetrieb mit seinem Klientenstock fort, so müsste jener Partner, der in seinem Teilbetrieb (mit seinen Klienten) den größeren Gewinn erzielt und somit den wertvolleren Teilbetrieb übernimmt, dem anderen Gesellschafter (der aus welchen Gründen immer – zB Faulheit, Untüchtigkeit, fehlende soziale Kompetenz) weniger Umsatz und Gewinn erwirtschaftet und dessen Teilbetrieb weniger Wert besitzt, eine Ausgleichszahlung für den Wertunterschied der beiden Teilbetriebe leisten. Das ist die Differenz der unterschiedlichen Erträge für alle Zukunft – also etwa für die restlichen 20 oder 25 Jahre der Berufsausübung, oder sogar berechnet nach ewiger Rente.⁶⁹⁾ So könnte die Abfindung ein Mehrfaches, eventuell sogar das Zehnfache⁷⁰⁾ oder Fünzfache⁷¹⁾ der Ertragsdifferenz beider Teilbetriebe ausmachen! Der untüchtige, faule, erfolglose Partner würde mit einer solchen Abfindung „das Geschäft seines Lebens machen“. Dass Derartiges von den Parteien einer Kooperation oder Freiberuflergesellschaft in der Regel nicht gewollt ist, liegt auf der Hand!

Noch schlimmer wäre es, wenn der ausscheidende Gesellschafter der Berechnung der Abfindung den vollen Unternehmenswert zugrundelegen will, diesen aber alsbald durch konkurrenzierende Tätigkeit an sich zieht.⁷²⁾

Sinnhafte Vertragsregelungen sind daher unbedingt zu empfehlen!

2. Befreiung von den Gesellschaftsverbindlichkeiten

In Entsprechung von § 137 UGB hat der ausscheidende Gesellschafter auch Anspruch gegenüber den Mitgesellschaftern, von den Gesellschaftsverbindlichkeiten befreit zu werden, für die er haftet. Diese Regelung kann die verbleibenden Gesellschafter erheblich belasten, sind diese doch gehalten, entweder die Gesellschaftsverbindlichkeiten zu tilgen oder dem ausscheidenden Gesellschafter Sicherheit zu leisten.⁷³⁾ Die Verpflichtung, Sicherheit zu leisten, wird vor allem bei Unternehmen, die (viele) Langzeitdauerschuldverhältnisse – wie etwa zahlreiche Miet-, Dienst- oder Lizenzverträge – besitzen, als große Last empfunden und in der Vertragspraxis meist zugunsten einer bloßen Schad- und Klaglosungsverpflichtung (Freistellungsverpflichtung) abbedungen.⁷⁴⁾ Umgekehrt bedeutet die fortlaufende Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters auch eine erhebliche Einschränkung seiner wirtschaftlichen „Bewegungsfreiheit“, weil er und seine Gläubiger – wenn er etwa einen Bankkredit aufnehmen will – stets mit seiner Haftungsanspruchnahme rechnen müssen.

Denkbar wäre eine vertragliche Regelung, die die verbleibenden Gesellschafter verpflichtet, zur teilwei-

sen Sicherstellung des Ausgeschiedenen eine Bankbürgschaft von begrenzter Höhe beizubringen.

3. Auseinandersetzung im Konkurs eines Gesellschafters

Eine Fülle von Problemen ergab sich nach bisheriger Rechtslage im Konkurs eines GesbR-Gesellschafters, wie nicht zuletzt der *Alpine*-Konkurs und deren unzählige Beteiligungen in Bau-Arbeitsgemeinschaften zeigte.⁷⁵⁾ Der in Folge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen regelmäßig aus der Gesellschaft ausscheidende Gesellschafter⁷⁶⁾ hat Anspruch auf Auszahlung seines Auseinandersetzungsguthabens; diesem steht der Anspruch der übrigen Gesellschafter auf Verschaffung seiner Miteigentumsanteile am Gesellschaftsvermögen gegenüber.⁷⁷⁾ Nahm man an, dass mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters all seine Miteigentumsanteile im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übrigen Gesellschafter übergehen (§ 142 UGB per analogiam),⁷⁸⁾ waren die verbleibenden Gesellschafter dinglich abgesichert und konnten im Insolvenzverfahren etwaige Aussonderungsansprüche durchsetzen. Nach anderer Ansicht waren die verbleibenden Gesellschafter auf die Anmeldung ihrer Verschaffungsansprüche im Insolvenzverfahren des ausgeschiedenen Gesellschafters als Insolvenzforderung angewiesen und würden nur quotenmäßig befriedigt, mussten ihrerseits aber das volle Auseinandersetzungsguthaben an die Insolvenzmasse leisten.

Die mit der GesbR-Novelle eingeführte partielle Gesamtrechtsnachfolge bei Ausscheiden eines Gesellschafters – wobei die Eröffnung eines Konkursverfahrens und die Abänderung der Bezeichnung Sanie-

69) So geschehen in einem den Autoren bekannten Schiedsverfahren!

70) Unter der Annahme eines Kapitalisierungszinsfußes von 10% pa.

71) Unter der Annahme eines Kapitalisierungszinsfußes von 6,66% pa.

72) Vgl. OGH 3 Ob 541/87 GesRZ 1988, 107: Ein Konkurrenzverbot des Verkäufers zählt beim Verkauf des Unternehmens so sehr zum typischen Vertragsinhalt, dass selbst beim Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung der Verkäufer dem Käufer ermöglichen muss, das Unternehmen mit der bisherigen Kundschaft fortzuführen (SZ 15/155) und somit eine Konkurrenzfähigkeit zu unterlassen hat (JBl 1968, 477; vgl. auch SZ 36/58, sowie *Bydlinski* in *Klang* IV/2² 323; ähnlich *Aicher* in *Rummel*, ABGB § 1061 Rz 30). Allerdings ist die zulässige Dauer des Konkurrenzverbots nach neuer Rsp (OGH 8 Ob 141/08 f. *ecolex* 2009/225) idR auf zwei Jahre beschränkt, sodass dies bei der Bewertung massiven Niederschlag finden muss.

73) Zu § 137 Abs 3 UGB vgl. *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, UGB I⁴ §§ 137, 138 Rz 32.

74) *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, UGB I⁴ §§ 137, 138 Rz 33 mwN.

75) *Rüffler*, *Alpine*-Konkurs und GesbR-Reform, GES 2014, 153.

76) *Rüffler/Told*, Zur Aufrechnung bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus mehreren Arbeitsgemeinschaften infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens über sein Vermögen, GES 2014, 323.

77) Die bisherige Rsp vermeinte, uE zu Unrecht, die Aufrechenbarkeit von Schulden des ausscheidenden Gesellschafters gegenüber der GesbR mit seinem Abfindungsanspruch; ggt die Rsp OGH wbl 1987, 65 = RdW 1987, 82 und die Vorjudikatur; zu Recht krit. *König*, E-Anm wbl 1987, 52f; *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, UGB I/1⁴ §§ 137, 138 Rz 8.

78) So zur alten Rechtslage *Rüffler/Told*, Zu den Rechtsfolgen des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer GesbR de lege lata und nach dem Ministerialentwurf zu GesbR-Reform, in FS J. Reich-Rohrwig (2014) 140 (148).

rungsverfahren in „Konkursverfahren“⁷⁹⁾ nunmehr ex lege einen Auflösungsgrund für die Gesellschaft bilden (§ 1208 Z 3 nF) – scheint hier Klarheit zu schaffen. Mit Ausnahme von bürgerlichen Rechten, die nicht von der Gesamtrechtsnachfolge erfasst sind, dürften die übrigen Gesellschafter jedenfalls im Konkurs eines ausgeschiedenen Gesellschafters hinsichtlich seiner Miteigentumsanteile am Gesellschaftsvermögen abgesichert sein. Warum dies nicht auch für bürgerliche Rechte gelten soll, ist indes wertungsmäßig nicht leicht einzusehen. Ausweislich der RV⁸⁰⁾ sollen die bürgerlichen Rechte in erster Linie von der Gesamtrechtsnachfolge ausgenommen sein, um Publizitätsdefiziten vorbeugen. Mithin kann dem Gesetzgeber also nicht unterstellt werden, dass er bei dieser Regelung die Gläubiger des ausscheidenden Gesellschafters bedachte und diese bevorzugen wollte. Dies wäre allerdings das Ergebnis, wenn man den verbleibenden Gesellschaftern hinsichtlich der Miteigentumsanteile an verbücherten Rechten nur eine Insolvenzforderung zugestehen würde. Insofern wird der überschießende Gesetzeswortlaut wohl teleologisch zu reduzieren sein, um die sachlich nicht begründbare Differenzierung zu beseitigen.⁸¹⁾

G. Tod des Gesellschafters; Fortsetzung der Gesellschaft mit Erben

Nach alter Rechtslage bewirkte der Tod eines Gesellschafters grds dessen Ausscheiden aus der GesbR, weil die Gesellschaftstellung grds unvererblich war (§ 1206 aF); die Erben des durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters waren abzufinden.^{82), 83)} Die GesbR wurde von den *übrigen* Gesellschaftern fortgesetzt (ihr Fortsetzungswille wurde vermutet: § 1207 Satz 2 aF). Der Gesellschaftsvertrag konnte eine andere Regelung enthalten, ebenso wie die übrigen Gesellschafter einer Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses mit den Erben auch ad hoc zustimmen konnten.⁸⁴⁾ Bei einer GesbR unter „Handelsleuten“ hatte der Tod eines Gesellschafters die Auflösung der GesbR nicht zur Folge (§ 1207 Satz 3 aF).

Nach neuer Rechtslage bewirkt der Tod eines Gesellschafters grds – wie bisher für die aus zwei Personen bestehenden GesbR – die Auflösung der GesbR, sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes festgesetzt ist (§ 1208 Z 5 nF). Das gilt jetzt auch für „Handelsleute“. Allerdings haben nach neuer Rechtslage die übrigen (überlebenden) Gesellschafter das Wahlrecht, statt der Auflösung der GesbR ad-hoc einen Fortsetzungsbeschluss zu fassen und auf diese Weise das Gesellschaftsvermögen zu übernehmen. In diesem Fall scheidet der verstorbene Gesellschafter aus der GesbR aus (§ 1214 Abs 1 nF), die Verlassenschaft ist abzufinden (§ 1215 Abs 2 nF) und die übrigen Gesellschafter setzen die GesbR fort.

Der Gesellschaftsvertrag kann für den Fall des Todes eines Gesellschafters auch andere Regelungen treffen: So kann der Gesellschaftsvertrag von vornherein die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben vorsehen. Diesfalls besteht die GesbR nach dem Tod dieses Gesellschafters mit seiner Verlassenschaft und nach deren Einantwortung mit den Erben fort.

Jeder Erbe kann sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, dass ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten in einer neu zu gründenden Kommanditgesellschaft (§ 1206 nF) eingeräumt und der auf ihn fallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird. Nehmen die übrigen Gesellschafter einen dahingehenden Antrag des Erben nicht an, so ist dieser befugt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zu erklären. Diese vorangeführten Rechte können von den Erben nur innerhalb einer Frist von drei Monaten nach der Einantwortung der Verlassenschaft geltend gemacht werden. Ist ein Erbe geschäftsunfähig und ist für ihn kein gesetzlicher Vertreter bestellt, so läuft diese Frist erst ab der Bestellung eines solchen oder ab dem Eintritt der Geschäftsfähigkeit des Erben.⁸⁵⁾

Neu ist das Wahlrecht der Erben, weil sie nunmehr ihren Verbleib in der Gesellschaft von der Einräumung einer Stellung als Kommanditist in einer neu zu gründenden Kommanditgesellschaft abhängig machen können. Nehmen die übrigen Gesellschafter einen dahingehenden Antrag an, ist die GesbR gem § 1206 in eine KG umzuwandeln. Lehnen die übrigen Gesellschafter einen solchen Antrag ab, kann der Erbe seinen sofortigen Austritt aus der Gesellschaft erklären, muss es aber nicht.

In der Vertragspraxis wird man für unterschiedliche Konstellationen unterschiedliche Regelungen treffen: In der Freiberufler-Gesellschaft wird im Falle des Todes eines Partners meist das Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters vorgesehen werden, sofern nicht die Witwe des Verstorbenen noch – soweit berufsrechtlich zulässig – mit einem dann geänderten Gewinnanteil oder fixen Vorweg-(Pensions)-Bezug (ohne Verlustbeteiligung) in der Gesellschaft verbleibt. In der kapitalistisch organisierten GesbR, in der es auf die Mittätigkeit des Gesellschaftes nicht (so sehr) ankommt, wird die Fortsetzung mit den Erben regelmäßig vereinbart. Zu denken ist etwa an land- und forstwirtschaftliche Gutsbetriebe, die ohnedies von einem Betriebsleiter oder Verwalter geführt werden.

IS der vom Gesetzgeber angeordneten Privatautonomie (§ 1181 nF) kann der Gesellschaftsvertrag einer GesbR auch die für eingetragene Personengesellschaften zulässigen verschiedenen Formen der Erbennachfolge, wie „Fortsetzungsklausel“, „Nachfolgeklausel“, „qualifizierte Nachfolgeklausel“ und „Eintrittsklausel“,⁸⁶⁾ und die zwingende Umwandlung der Gesellschaft in eine Kommanditgesellschaft vorsehen.

79) Das Sanierungsverfahren führt hingegen nicht zur Auflösung der GesbR.

80) ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 19.

81) Anders *Rüffler/Told* in FS J. Reich-Rohrwig (2014) 140 (157).

82) OGH SZ 25/256.

83) Die Zwei-Personen-GesbR hingegen wurde durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst (§ 1207 Satz 1 aF).

84) OGH SZ 25/256.

85) § 1205 Abs 1 bis 3 nF; s ferner § 1205 Abs 4 und 5 nF.

86) *Schauer* in *Kals/Nowotny/Schauer*, Österr Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/617 ff.

H. Umwandlung einer GesbR in eine OG oder KG

1. Umwandlung in OG/KG

Bisher war die Umwandlung einer GesbR in eine OG oder KG gesetzlich unregelt. Spätestens seit der UGB-Reform lag der Schluss nahe, dass eine identitätswahrende Umwandlung einer nicht rechtsfähigen GesbR in eine rechtsfähige eingetragene Personengesellschaft ausgeschlossen ist.⁸⁷⁾ Die GesbR-Reform eröffnet deshalb die Möglichkeit, dass die GesbR-Gesellschafter einstimmig die Gründung einer OG oder KG unter Einbringung des Gesellschaftsvermögens der GesbR beschließen (§§ 1206 f). Mit Eintragung der Personengesellschaft gehen auch alle Rechte und Pflichten auf die neu errichtete OG oder KG über, wobei Gläubigern diesbezüglich – anders als beim Gesellschafterwechsel – kein Widerspruchsrecht zukommt. Insofern geht der Anwendungsbereich des § 1206 über eine bloße Einbringung des Gesellschaftsvermögens hinaus.

Wohl wird dies auch das Recht des Vermieters zur Mietzinsanhebung gem § 12 a MRG nicht auslösen, sofern mit der Umwandlung nicht zugleich ein „Machtwechsel“ verbunden ist.

Bücherliche Rechte sind wiederum gesondert zu übertragen.

Der Umwandlungsbeschluss hat ein von den geschäftsführenden Gesellschaftern erstelltes Vermögensverzeichnis zu enthalten; alle hierin nicht angeführten Vermögensgegenstände verbleiben bei den Gesellschaftern (§ 1206 Abs 3 Satz 2 nF). Diese Regelung birgt enorme Gefahren in sich, weil der übliche Verweis auf eine „Umwandlungsbilanz“ als unzureichend beurteilt werden könnte.

Zum Schutz Dritter haften die Gesellschafter der neu errichteten Personengesellschaft – dh insb etwaige Kommanditisten – für die bis zur Umwandlung begründeten Verbindlichkeiten weiterhin unbeschränkt und solidarisch. Zudem kann ein Dritter, solange er nicht von der Umwandlung verständigt wurde, schuldbefreiend seine Leistung so erbringen, als würde die GesbR noch bestehen (§ 1207).

Zu beachten ist, dass die Umwandlung der GesbR in eine OG/KG steuerlich nicht begünstigt ist, sodass etwaiges Liegenschaftsvermögen, das auf die OG/KG übertragen wird, der Grunderwerbsteuer unterliegt und zusätzlich Grundbuchseintragungsbüher anfällt. Wenn man die Umwandlung mit einem Zusammenschluss iSd Art IV UmgrStG verbindet, lässt sich allerdings idR die Steuerneutralität sicherstellen und die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer reduzieren.

Denkbar ist auch, dass die bisherigen GesbR-Gesellschafter das Liegenschaftsvermögen im Miteigentum behalten und dieses der OG/KG bloß als Nutzungseinlagen zur Verfügung stellen oder das Liegenschaftsvermögen fortan an die eingetragene Personengesellschaft vermieten. Dass dies eine Verkomplizierung der Rechtsverhältnisse mit sich bringt – neben dem Gesellschaftsverhältnis der OG/KG besteht dann auch die Miteigentumsgemeinschaft, die unterschiedliche rechtliche Schicksale haben können –, liegt auf der Hand.

2. Umwandlung von OG/KG

Eine erleichterte Umwandlung einer eingetragenen Personengesellschaft in eine GesbR wollte der Gesetzgeber hingegen ausdrücklich nicht eröffnen und spricht damit OG und KG aufgrund ihrer höheren Publizität und Rechtssicherheit den Vorzug aus.⁸⁸⁾

I. Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters – „Anwachsung“ des Gesellschaftsvermögens

Für das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters aus der GesbR ordnet jetzt der Gesetzgeber gleichfalls den Übergang des Gesellschaftsvermögens im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter an, wobei hierdurch die Gesellschaft ohne Liquidation erlischt (§ 1215 nF, vgl § 142 UGB); bücherliche Rechte sind von der Gesamtrechtsnachfolge wiederum ausgenommen. Somit besteht neben der Möglichkeit der Umwandlung einer GesbR auch die Möglichkeit, mittels dieser – eng an § 142 UGB angelehnten – „Anwachsung“⁸⁹⁾ das Gesellschaftsvermögen auf einen anderen Rechtsträger zu übertragen.⁹⁰⁾ Dies ermöglicht nunmehr auch Verschmelzungen von Personengesellschaften einschließlich der GesbR untereinander oder mit Kapitalgesellschaften.

Ein Widerspruchsrecht von Gläubigern ist hier nicht vorgesehen; für die bis zur Mitteilung des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters begründeten Schulden der GesbR und für solche, bei denen der Gläubiger vorgeleistet hat,⁹¹⁾ wird dieser jedoch nach allgemeinen Grundsätzen weiterhaften. Inwieweit ein Vertragspartner wegen Wegfalls des bonitätsstarken, ausgeschiedenen Mit-Vertragspartners eine ao Vertragsauflösung aussprechen, (nur) die Unsicherheitseinrede (§ 1052 ABGB) geltend machen oder Sicherstellung verlangen kann, ist unregelt. UE wird § 226 AktG (Anspruch des Gläubigers auf Sicherstellung nur bei konkreter Gefährdung) als nahe-legendste Regelung analog heranzuziehen sein.

J. Ordentliches Kündigungsrecht der Gesellschafter

Sofern die GesbR nicht befristet eingegangen wurde, konnte nach alter Rechtslage jeder Gesellschafter das Gesellschaftsverhältnis jederzeit, nur nicht zur Unzeit oder mit Arglist, aufkündigen (§ 1209 aF).⁹²⁾ Dieses ordentliche Kündigungsrecht der Gesellschafter hat die Novelle in zweierlei Hinsicht verändert:

87) So *Dehn in Krejci*, RK UGB § 8 Rz 31 ff; *Harrer/Pira*, Umwandlungsprobleme bei Personengesellschaften, wbl 2007, 101 (102 ff); aA *Jabornegg/Resch/Slezak in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1175 Rz 15 mwN.

88) ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 20.

89) RIS-Justiz RS0039306.

90) Vgl bspw OGH 2 Ob 54/00 f; 5 Ob 179/07 w zur Übertragung aller Anteile an einer Personengesellschaft an eine Kapitalgesellschaft und die daraus resultierende Universalsukzession gem § 142 UGB.

91) Siehe die Nw in FN 59.

92) OGH 1 Ob 629/85; 7 Ob 59/03 g.

Nach neuer Rechtslage können die Gesellschafter ihr ordentliches Kündigungsrecht nur noch unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist zum Ende des Kalenderjahrs bzw zum Ende eines abweichend vereinbarten Geschäftsjahres⁹³⁾ ausüben. Die Gesellschafter können von dieser Gesetzesregelung vertraglich abweichen, sofern die Kündigungsmöglichkeit des Einzelnen hierdurch nicht unangemessen erschwert wird. Gerade wenn es in der GesbR um die persönliche Zusammenarbeit (Kooperation) der Gesellschafter geht, wäre hier eine abweichende Regelung erwägenswert.

Nach hA⁹⁴⁾ zu den eingetragenen Personengesellschaften schließt dieser einschränkende Gesetzeswortlaut aber nicht aus, dass die Gesellschafter – ggf auch konkludent⁹⁵⁾ – die Gesellschaft auf lange Dauer befristet vereinbaren;⁹⁶⁾ dann ist während dieser Zeitdauer nur die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund durch Auflösungsklage (§ 1210 nF) möglich.

Die Neuregelung des Kündigungsrechts bringt zugleich einen Paradigmenwechsel mit sich: Nach alter Rechtslage führte die Kündigung der GesbR zu deren Auflösung und zur Teilung des gesellschaftlichen Vermögens nach den Regeln der Miteigentums-gemeinschaft, also Realteilung oder Zivilteilung. Bei land- und forstwirtschaftlichen Gütern, Gartenbau-betrieben und anderen GesbR, in denen das Realvermögen eine Rolle spielte, konnten daher alle Gesellschafter durch Kündigung der GesbR in der Regel die Herausgabe (Realteilung) des auf sie entfallenden Teiles in Natura erwirken.

Die neue Rechtslage – die allerdings dispositiv ist – entzieht ihnen dieses Recht:

Denn wenngleich auch nach neuer Rechtslage die Kündigung eines Gesellschafters grundsätzlich die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat,⁹⁷⁾ können die übrigen Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen,⁹⁸⁾ sodass es der kündigende Gesellschafter nicht in der Hand hat, die Herausgabe des auf ihn entfallenden Teils des Realvermögens in natura zu erreichen. Dies kommt überraschend:

Man denke an land- und forstwirtschaftliche Güter, bei denen nach alter Rechtslage⁹⁹⁾ die Aufkündigung der GesbR die Teilung des gesellschaftlichen Vermögens nach den Regeln über die Miteigentums-gemeinschaft zur Folge hatte (§ 1215 aF). Die Abschichtung in Geld ist dem uE nicht gleichwertig; Man denke nur an die großen Schwankungsbreiten von Sachverständigengutachten,¹⁰⁰⁾ ganz abgesehen davon, dass SV-Gutachten zur Heranziehung von Mittelwerten neigen, während der ausscheidende Gesellschafter nach Realteilung auch den am Markt erzielbaren Höchstwert lukrieren könnte.

Die neue Abfindungsregel setzt den Kündigenden auch dem Insolvenzrisiko der übrigen Gesellschafter aus, da er als Abschichtungsberechtigter nur eine Geldforderung besitzt. Wahrscheinlich wird man ihm allerdings bei Übertragung seiner bürgerlichen Rechte die Einrede der Zug-um-Zug-Abwicklung gem § 1052 ABGB gewähren müssen, was allerdings die übrigen Gesellschafter ggf daran hindert, sich die notwendige Liquidität zur Aufbringung des

Abschichtungsbetrags rechtzeitig zu verschaffen – also ein *circulus viciosus*.

Der nach neuer Rechtslage mögliche Fortsetzungsbeschluss wird von den übrigen Gesellschaftern allein (ohne den Kündigenden) gefasst; er bedarf nach allgemeinen Grundsätzen der Einstimmigkeit (§ 1192 Abs 1 nF), sofern der Gesellschaftsvertrag nicht einen Mehrheitsbeschluss vorsieht.

K. Kündigungsrecht aus wichtigem Grund/Ausschluss von Gesellschaftern

Ein unabdingbares, außerordentliches Kündigungsrecht kommt den Gesellschaftern – wie bisher¹⁰¹⁾ – bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, insb einer wesentlichen Pflichtverletzung eines Mitgesellschafters zu (§ 1209 nF; vgl § 132 UGB). Wie auch die ordentliche Kündigung bewirkt die Kündigung der Gesellschaft aus wichtigem Grund durch einen Gesellschafter grundsätzlich deren Auflösung. Die übrigen Gesellschafter, bei denen kein wichtiger Grund eingetreten ist, können wie auch bei der ordentlichen Kündigung die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen (§ 1214 nF). Wird ein Gesellschafter aus wichtigem Grund von den übrigen Gesellschaftern ausgeschlossen, bedarf es keines Fortsetzungsbeschlusses (§ 1213 nF).

Die wesentlichste Änderung beim Kündigungsrecht bzw Ausschlussrecht aus wichtigem Grund liegt in der prozessualen Durchsetzung: Während bisher für den Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund und für die ao Kündigung die bloße Erklärung durch die anderen Gesellschafter genügte,¹⁰²⁾ erfordert dies jetzt eine Rechtsgestaltungsklage.¹⁰³⁾ Diese zwingend notwendige Prozessführung mutet, insb bei kleinen und nicht unternehmerisch tätigen Gesellschaften, als hypertroph an. Mittels Vertragsgestaltung¹⁰⁴⁾ kann man hier entweder die alte Rechtslage, dh bloßer Gesellschafterbeschluss über den Ausschluss oder ao Kündigung, wiederherstellen oder sonstige Erleichterungen vorsehen.

93) Wie bei den eingetragenen Personengesellschaften und bei den Kapitalgesellschaften soll sich das Geschäftsjahr mit dem Kalenderjahr decken, sofern zwischen den Gesellschaftern kein abweichendes Geschäftsjahr vereinbart wurde, ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 15.

94) *Jabornegg/Armann*, UGB² § 132 Rz 10 und 34; *Koppensteiner/Auer in Straube*, UGB I/1⁴ § 132 Rz 5; BGH II ZR 205/52.

95) Vgl OGH SZ 58/171; SZ 2003/45.

96) ZB wegen langfristiger Investitionen, die gemeinsam getätigt werden und deren Risiko sich daher kein Gesellschafter vorzeitig entziehen können soll.

97) § 1208 nF.

98) § 1214 nF.

99) Vgl *Rüffler/Told* in FS J. Reich-Rohrwig (2014) 140 (153).

100) Vgl OGH 17. 12. 2007, 2 Ob 236/07f: 30%ige Schwankungsbreite bei Schiedsgutachten über angemessenen Mietzins.

101) *Jabornegg/Resch/Slezak in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1210 Rz 1 ff.

102) OGH 5 Ob 264/67.

103) §§ 1210 und 1213 nF nach dem Vorbild von §§ 133 und 140 UGB.

104) Vgl OGH 2 Ob 284/05 m zur Dispositivität von § 140 UGB.

L. Liquidation der Gesellschaft

Nach Auflösung der Gesellschaft, die durch Gesellschafterbeschluss, Zeitablauf, Kündigung bzw gerichtliche Entscheidung, Tod eines Gesellschafters, Eröffnung des Konkursverfahrens über sein Vermögen durch rechtskräftige Nichteröffnung oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens eintreten kann, tritt die GesbR in die bislang gesetzlich unregelte Liquidationsphase (§§ 1216 a–e). Diese ist gleichfalls weitgehend dem OG-Recht nachgebildet (§§ 145 ff UGB).

Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag eine andere Form der Auseinandersetzung vereinbaren, zB Realteilung; so etwa, dass jeder Gesellschafter einer Freiberufler-GesbR den von ihm geleiteten Teilbetrieb oder Klientenstock übernimmt; s Art V UmgrStG – Realteilung.

Ist keine andere Form der Liquidation vereinbart, müssen die Gesellschafter als Liquidatoren die laufenden Geschäfte beenden, den Gesellschaftern ihre zur Nutzung eingebrachten Gegenstände zurückgeben, die Forderungen der Gesellschaft einziehen und die verbleibenden Verbindlichkeiten befriedigen. Details sind gesetzlich unregelt: UE ist ein Unternehmen bestmöglich als Ganzes zu verwerten, wenn dies einen höheren Erlös als bei Zerschlagung verspricht. Allerdings ist kein (mittätiger) Gesellschafter verpflichtet, im Interesse der Maximierung des Liquidationserlöses ein Wettbewerbsverbot gegenüber dem Erwerber des Unternehmens einzugehen oder für diesen, zeitlich befristet, weiter tätig zu sein, um das Unternehmen bestmöglich überzuleiten. Das verbleibende Gesellschaftsvermögen ist anschließend nach Maßgabe der Beteiligungsverhältnisse an die Gesellschafter zu verteilen. Ob hierbei in erster Linie an eine Verwertung des Gesellschaftsvermögens als Ganzes oder an eine Verteilung in natura gedacht ist, lässt das Gesetz offen.¹⁰⁵⁾ Vertragliche Regelungen sind empfehlenswert.

M. Übergangsbestimmungen für Altgesellschaften – Opt-out

Die GesbR-Reform trat mit 1. 1. 2015 in Kraft und erstreckt sich auf Sachverhalte, die sich ab diesem Zeitpunkt verwirklicht haben.

Für vor diesem Zeitpunkt begründete GesbR gelten einzelne Vorschriften, insb die Vorschriften über die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander und die neuen Kündigungs- und Auflösungsbestimmungen, erst ab dem 1. 7. 2016. Dies zudem nur dann, wenn keiner der Gesellschafter einer „Alt-GesbR“ gegenüber den anderen Gesellschaftern bis zu diesem Zeitpunkt (30. 6. 2016) erklärt hat, das zuvor geltende Recht beibehalten zu wollen (sog *Opt-out*). Ab 1. 1. 2022 gelten sämtliche Vorschriften der GesbR-Reform – unbeschadet des Vorrangs gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen (§ 1181) – auch für jene GesbR, die zuvor genanntes *Opt-out* erklärt haben.

N. Fazit

Unzweifelhaft war eine grundlegende Reform der GesbR-Rechts zweckmäßig und hätte programmatisch sinnvoll bereits die grundlegende Handelsrechtsreform 2005 ergänzen können. Dementsprechend sieht die „neue“ GesbR der OG über weite Strecken zum Verwechseln ähnlich, wobei ein Gleichklang der beiden Gesellschaftsformen dem Rechtsanwender durchaus gelegen kommen kann. Die Vorschriften über die Gesellschafternachfolge betrachten wir allerdings nicht als nur vorteilhaft für die Praxis. Die Regelung zur Umwandlung der GesbR in OG und KG sind zu begrüßen. In einigen Punkten aber scheint der Gesetzgeber mit der umfassenden Übernahme des unternehmerischen OG-Rechts über das Ziel hinausgeschossen zu sein und läuft Gefahr, jene GesbR, die fernab der Marktwirtschaft oder in Kleinststrukturen tätig sind, zu überfordern.

105) U. Torggler, GES 2012, 32 (40).

SCHLUSSTRICH

- Die GesbR-Reform bringt wesentliche Erleichterungen beim Ein- und Austritt bzw Wechsel von Gesellschaftern in Form einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge, die allerdings bürgerliche Rechte ausnimmt.
- Dritten kommt bei der Gesellschafternachfolge ein Widerspruchsrecht in enger Anlehnung an § 38 UGB zu.
- Zum Ausschluss von Gesellschaftern aus wichtigem Grund ist nunmehr zwingend die Klagsführung vorgesehen.
- Die Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf einen anderen Rechtsträger ist wesentlich erleichtert und kann mittels Umwandlung der GesbR in eine OG oder KG erfolgen oder durch eine § 142 UGB nachempfundene Anwartschaft.
- Die Reform macht allerdings vieles komplizierter: Sie setzt hohe Anforderungen an die kautelarjuristische Absicherung der Gesellschafter bei der Vertragsgestaltung und erfüllt daher für die überwiegend kleinbetrieblich strukturierten GesbR und für jene, die überhaupt nur ideelle Zwecke zum Gegenstand haben, die vom Gesetzgeber zu erwartende Anforderung, für die Mehrzahl der praktischen Fälle eine adäquate Regelung bereitzustellen, uE nur unzureichend. Ganz zu schweigen von jenen Fällen, in denen sich juristisch nicht vorgebildete Menschen plötzlich und unversehens in einer GesbR wiederfinden, ohne je an einen (schriftlichen) Gesellschaftsvertrag gedacht zu haben.