

# Personengesellschaften im Rechtsvergleich

Fleischer

2021

ISBN 978-3-406-76118-8

C.H.BECK

bzw. die rechtsfähige Gesellschaft (OG, KG) zu verlangen.<sup>251</sup> Dieses Klagebefugnis des Gesellschafters ist gemäß § 1188 Abs. 2 ABGB unabdingbar. Sie ist nicht an die Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung gekoppelt.<sup>252</sup> Nach hM trägt der Kläger aber auch das Prozess- und Kostenrisiko.<sup>253</sup>

Ob die *actio pro socio* nur zulässig ist, wenn die geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter untätig bleiben, ist zumindest für die rechtsfähigen Personengesellschaften umstritten.<sup>254</sup> Für die GesBR spricht der Wortlaut des § 1188 ABGB<sup>255</sup> gegen eine bloß subsidiäre Gesellschafterklage, was mit jener Rechtsprechung übereinstimmt, nach welcher die Frage nach der Subsidiarität im Rahmen der GesBR unproblematisch sei. Da der belangte Gesellschafter – mangels Rechtspersönlichkeit der GesBR – sowohl auf Kläger- als auch auf Beklagenseite auftreten müsse, liege die Notwendigkeit der *actio pro socio* auf der Hand.<sup>256</sup> *Heinz Krejci*, der die GesBR-Reform als Mitglied der zuständigen ministeriellen Arbeitsgruppe und des Redaktionskomitees mitgestaltet hat,<sup>257</sup> wies darauf hin, dass es sich um eine „spezifisch auf die GesBR zugeschnittene“ Regelung handle.<sup>258</sup> § 1188 ABGB dürfte sohin noch keine Antwort auf die **Subsidiaritätsfrage** im Recht der rechtsfähigen, eingetragenen Personengesellschaften (OG und KG) geben.<sup>259</sup> Immerhin kann die Norm als Teil des allgemeinen Gesellschaftsrechts und iVm § 1175 Abs. 4 ABGB auch dort als dogmatischer Ansatzpunkt für die Gesellschafterklage dienen.<sup>260</sup>

## 9. Gewinn- und Verlustbeteiligung

§ 1195 ABGB ist mit „Gewinn und Verlust“ überschrieben und korrespondiert, abgesehen von rechtsformspezifischen Abweichungen, in weiten Teilen mit den entsprechenden Regelungen des UGB.<sup>261</sup> Nach § 1195 Abs. 1 ABGB ist am Ende eines jeden Geschäftsjahres eine **Jahresabrechnung** aufzustellen. § 120 UGB gebietet am Schluss jedes Geschäftsjahres die Ermittlung von Gewinn oder Verlust auf Basis des **Jahresabschlusses** oder einer **sonstigen Abrechnung** – je nach Bestehen einer Rechnungslegungspflicht nach § 189 UGB. Im Anschluss daran werden die Anteile der Gesellschafter berechnet.

# BOEKSTUPEL DIE FACHBUCHHANDLUNG

<sup>251</sup> Statt vieler *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer GesR Rn. 2/520.

<sup>252</sup> OGH 8 Ob 557/77, SZ 51/16; 6 Ob 58/00y, ÖJZ 2000/180; aus der Lit. s. nur *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth* GesR Rn. 337.

<sup>253</sup> *U. Törggler/H. Törggler* in Straube, 3. Aufl. 2003, HGB § 109 Rn. 17; *Krejci* in *Krejci Reform-Kommentar UGB* § 108 Rn. 34; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth* GesR Rn. 338; für einen Aufwändersatzanspruch aber *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer GesR Rn. 2/521.

<sup>254</sup> Für eine solche Subsidiarität etwa *P. Oberhammer*, Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozess, 1998, 366 (374); *Krejci* in *Krejci Reform-Kommentar UGB* § 108 Rn. 34; *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer GesR Rn. 2/523; von einem falschen Gesetzeswortlaut des § 1188 ABGB ausgehend *Schuhmacher* in *Fleischer/Kals/Vogt*, Enforcement im Gesellschaft- und Kapitalmarktrecht 2015, 2015 (234f.); dagegen zB *Enzinger*, Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften, 1995, 123; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth* GesR Rn. 337; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann UGB* § 108 Rn. 12; *Thiery* in *Zib/Dellinger UGB* § 108 Rn. 43; differenzierend *U. Törggler/H. Törggler* in Straube, 3. Aufl. 2003, HGB § 109 Rn. 16.

<sup>255</sup> Anders noch 34/ME 25. GP 3.

<sup>256</sup> OGH 6 Ob 58/00y, ÖJZ 2000/180, der die allgemeine Frage nach der Subsidiarität letztlich offen lässt; in Bezug auf die GesBR zust. 6 Ob 61/16p, GES 2016, 221; *Artmann* in *Klang ABGB* § 1188 Rn. 9 mwN; *Rauter* in *Rummel/Lukas*, 1.6.2019, rdb.at, ABGB § 1188 Rn. 19: primärer Rechtsbehelf.

<sup>257</sup> Vgl. *S. Bydlinki* GES 2016, 49.

<sup>258</sup> *Krejci* GES 2012, 4 (17).

<sup>259</sup> *Fleischer/Heinrich/Pendl* NZG 2016, 1003. Anderes annehmend aber wohl *K. Schmidt* GES 2012, 22 (30), der sich deshalb kritisch zur Regelung äußerte.

<sup>260</sup> ErlRV 270 BlgNR 25. GP 14: „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.“

<sup>261</sup> ErlRV 270 BlgNR 25. GP 15f.

- 78 Mangels abweichender Vereinbarung ist für die **Gewinnverteilung** das Verhältnis der Kapitalanteile maßgeblich,<sup>262</sup> sofern alle Gesellschafter im gleichen Ausmaß zur Mitwirkung verpflichtet sind. Ist dies nicht der Fall, muss das Ausmaß der Mitwirkungspflicht angemessen berücksichtigt werden (§ 1195 Abs. 3 ABGB bzw. § 121 Abs. 2 UGB).<sup>263</sup> Gibt es einen **reinen Arbeitsgesellschafter** (ohne Kapitalanteil, → Rn. 64), gebührt ihm vorweg ein „den Umständen nach angemessener Betrag des Jahresgewinns“ (so § 1195 Abs. 4 ABGB bzw. § 121 Abs. 3 UGB), der die Vergütung für seine Beitragsleistung bildet. Was „angemessen“ ist, hängt dem Gesetzgeber zufolge von der Wichtigkeit des Geschäfts, der aufgewendeten Mühe und dem der Gesellschaft verschafften Nutzen ab.<sup>264</sup> Zudem ist der Nutzen seiner Arbeitsleistung mit dem Nutzen der Beiträge der anderen Gesellschafter in ein angemessenes Verhältnis zu setzen.<sup>265</sup> Ein ergebnisunabhängiges Entgelt für geleistete Dienste ist gesetzlich zwar nicht vorgesehen, kann jedoch, wie § 1195 Abs. 5 ABGB und § 121 Abs. 4 UGB ausdrücklich bestimmen, gesondert vereinbart werden.<sup>266</sup>
- 79 In der **KG** trägt zudem § 167 UGB den **unterschiedlichen Haftungsrisiken** von Komplementären und Kommanditisten Rechnung, verweist im Übrigen jedoch auf § 121 UGB. Die Gewinnverteilung erfolgt hiernach in einem **dreistufigen Verfahren**: Zunächst ist den Komplementären ein angemessener Betrag des Jahresgewinns als Haftungsprämie zuzuweisen;<sup>267</sup> sodann erhalten Arbeitsgesellschafter einen angemessenen Betrag des Gewinns und schließlich erfolgt die Verteilung des restlichen Gewinnes entsprechend der Kapitalanteile der Gesellschafter.<sup>268</sup> In Hinblick auf das schwer greifbare Angemessenheitskriterium wird dazu geraten, anstelle des dispositiven § 167 UGB eine klare gesellschaftsvertragliche Regelung zu vereinbaren.<sup>269</sup>
- 80 Auch für die **Verlustverteilung** gilt mangels abweichender Regelung, dass die Kapitalanteile der Gesellschafter den Ausschlag geben. Sind die Gesellschafter nicht im gleichen Ausmaß zur Mitwirkung verpflichtet, hat dies nach dem Wortlaut des § 1195 Abs. 3 ABGB bzw. § 121 Abs. 2 UGB keine Auswirkungen auf die Zuweisung des Verlustes.<sup>270</sup> Gesellschaftern ohne Kapitalanteil (insbesondere reinen Arbeitsgesellschaftern) wird hiernach kein Verlustanteil zugewiesen;<sup>271</sup> sie gehen lediglich leer aus.<sup>272</sup>
- 81 **Gewinnausschüttungen** und **Entnahmen** erfolgen für alle unbeschränkt haftenden Gesellschafter nach § 122 UGB, dem § 1196 ABGB nachgebildet ist. Im Grundsatz gewährt das Gesetz jedem Gesellschafter einen Anspruch auf Auszahlung des ihm zugewiesenen Gewinnanteils.<sup>273</sup> UGB und ABGB sehen jedoch drei **Leistungsverweigerungsrechte**<sup>274</sup> vor, welche Ausdruck der Interessenwahrungspflicht (→ Rn. 69) der Ge-

<sup>262</sup> Diese Grundregel kann rücksichtlich einer gemeinrechtlichen Terminologie als Verteilung nach „geometrischen“ Quoten bezeichnet werden – s. *Pendl/Heinrich* JBl 2019, 288. Zur buchhalterischen Darstellung s. *Appl* in *Bergmann/Ratka PersGesR–HdB* Rn. 3/144.

<sup>263</sup> Mit guten Gründen kritisch *Harrer/Pira* GES 2012, 43 (47f.).

<sup>264</sup> Vgl. ErlRV 1058 BlgNR 22. GP 39; ausführlicher zB *H. Torggler* in *Straube UGB § 121* Rn. 6f. mwN.

<sup>265</sup> *Pendl/Heinrich* JBl 2019, 284 (297) mit Hinweis auf arithmetische Kopfquoten als Hilfestellung für die Bestimmung im Einzelfall. S. ferner *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer GesR* Rn. 2/547; *H. Torggler* in *Straube UGB § 121* Rn. 7.

<sup>266</sup> Näher dazu *Pendl/Heinrich* JBl 2019, 284 (298f.); *Rauter* in *Rummel/Lukas*, 1.6.2019, rdb.at, ABGB § 1195 Rn. 41; jeweils mwN.

<sup>267</sup> Ausführlich dazu *Kraus* in *Torggler UGB § 167* Rn. 6ff.

<sup>268</sup> *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer GesR* Rn. 2/939ff.

<sup>269</sup> So etwa *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer GesR* Rn. 2/946.

<sup>270</sup> Dazu auch *Harrer/Pira* GES 2012, 43 (47).

<sup>271</sup> *Baumüller/Grbenic* in *Zib/Dellinger UGB § 121* Rn. 30, UGB § 167 Rn. 35; *Artmann/Rüffler* GesR Rn. 158.

<sup>272</sup> Offen ist, ob sich dies im Falle des Verlusts des gesamten Stammkapitals ändert; siehe dazu die Erwägungen bei *Pendl/Heinrich* JBl 2019, 284 (298).

<sup>273</sup> *Kraus* in *Torggler UGB § 122* Rn. 3.

<sup>274</sup> Dazu näher *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer GesR* Rn. 2/552ff.

sellschafter sind:<sup>275</sup> Der Anspruch kann nicht geltend gemacht werden, soweit (1) die Gesellschafter dies beschließen, (2) die Auszahlung – objektiv *ex ante* betrachtet<sup>276</sup> – zum offenkundigen Schaden der Gesellschaft ausfiele oder (3) der Gesellschafter vereinbarungswidrig seine Einlage nicht geleistet hat. Sowohl im Rahmen des ersten als auch des zweiten Verweigerungsgrundes ist der Gleichbehandlungsgrundsatz (→ Rn. 71 f.) zu beachten.<sup>277</sup> Zudem bedarf der Gesellschafterbeschluss über das Ausschüttungsverbot wohl einer sachlichen Rechtfertigung<sup>278</sup> und muss grundsätzlich einstimmig, jedenfalls aber unter Einbeziehung der betroffenen Gesellschafter gefasst werden.<sup>279</sup>

Weitere Restriktionen bestehen für **Kommanditisten**. § 168 Abs. 1 UGB ordnet einerseits dann eine **Ausschüttungssperre** an, wenn der Kommanditist seine bedungene **Einlage nicht geleistet** hat. Nach hM besteht damit eine über § 122 Abs. 1 S. 2 Fall 3 UGB hinausgehende Ausschüttungssperre, die selbst dann gilt, wenn die Pflichteinlage vertragskonform mangels Fälligkeit noch nicht geleistet wurde. Dies gilt aber wohl nur dann, wenn Verluste aus den Vorjahren bestehen.<sup>280</sup> Zum anderen kann die Gewinnauszahlung nicht verlangt werden, wenn bereits erbrachte Einlageleistungen durch zugewiesene Verluste oder Gewinnentnahmen unter den auf die Pflichteinlage geleisteten Betrag **gemindert wurden**.<sup>281</sup> Nach § 168 Abs. 2 UGB ist der Kommanditist jedoch nicht verpflichtet, rechtmäßig bezogene Gewinne wegen späterer Verluste zurückzuzahlen.<sup>282</sup>

Entnahmen, die das in § 122 Abs. 1 UGB festgelegte Ausmaß übersteigen, sind unzulässig, sofern nicht alle Gesellschafter der Entnahme zustimmen (§ 122 Abs. 2 UGB). Ob die Mittel zur Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderlich sind, ist dabei unerheblich.<sup>283</sup>

Von den gesetzlichen Vorgaben abweichende **gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen** über die Entnahme von Gesellschaftsvermögen sind zulässig und unterliegen nur geringen Restriktionen.<sup>284</sup> Gläubigerschutzerwägungen stehen auf Grund der persönlichen Haftung der Gesellschafter auch weitreichenden Entnahmeregelungen nicht entgegen.<sup>285</sup> In Einzelfällen kann jedoch die Treuepflicht die Ausübung eines vertraglich festgelegten Entnahmerechts verbieten.<sup>286</sup>

## 10. Beteiligung am Liquidationserlös

Im Rahmen der Liquidation partizipieren die Gesellschafter am noch vorhandenen Kapital. Die § 1216e ABGB und § 155 UGB weisen ihnen einen Anspruch auf **vorläufige Verteilung** des entbehrlichen Geldes sowie im Rahmen der **Schlussverteilung** auf das verbleibende und in Geld umgesetzte Gesellschaftsvermögen zu. Die Verteilung erfolgt nach dem Verhältnis der Kapitalbeteiligungen unter Berücksichtigung allfälliger Guthaben

<sup>275</sup> *Krejci* in *Krejci Reform-Kommentar UGB* § 122 Rn. 11. Ferner sollen die unter (1) und (3) angeführten Gründe Ausdruck eines – wenngleich geringfügigen – Gläubigerschutzgedankens sein. Vgl. *Krejci aaO* Rn. 2.

<sup>276</sup> Vgl. dazu *Artmann* in *Jabornegg/Artmann UGB* § 122 Rn. 16.

<sup>277</sup> *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer GesR* Rn. 2/553f.; *Artmann* in *Jabornegg/Artmann UGB* § 122 Rn. 17f.

<sup>278</sup> *Krejci* in *Krejci Reform-Kommentar UGB* § 122 Rn. 19; *Artmann* in *Jabornegg/Artmann UGB* § 122 Rn. 18; aA *H. Torggler* in *Straube UGB* § 122 Rn. 13.

<sup>279</sup> *Grbenic/Baumüller* in *Zib/Dellinger UGB* § 122 Rn. 43.

<sup>280</sup> *H. Torggler* in *Straube UGB* § 168 Rn. 8; *Artmann* in *Jabornegg/Artmann UGB* § 168 Rn. 8; *Kraus* in *Torggler UGB* § 168 Rn. 4; abweichend *Baumüller/Grbenic* in *Zib/Dellinger UGB* § 168 Rn. 13ff.; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer GesR* Rn. 2/950.

<sup>281</sup> Näher dazu *Kraus* in *Torggler UGB* § 168 Rn. 6ff.; *Artmann/Rüffler GesR* Rn. 451.

<sup>282</sup> *Baumüller/Grbenic* in *Zib/Dellinger UGB* § 168 Rn. 25ff., die Kommanditisten auch bei gutgläubigem Empfang unzulässiger Gewinnauszahlungen schützen wollen.

<sup>283</sup> *Artmann* in *Jabornegg/Artmann UGB* § 122 Rn. 23.

<sup>284</sup> *H. Torggler* in *Straube UGB* § 122 Rn. 17; *Artmann* in *Jabornegg/Artmann UGB* § 122 Rn. 26.

<sup>285</sup> Vgl. OGH 1 Ob 589/79, SZ 52/104; einschränkend *Krejci* in *Krejci Reform-Kommentar UGB* § 122 Rn. 23.

<sup>286</sup> OGH 1 Ob 589/79, SZ 52/104; *Kraus* in *Torggler UGB* § 122 Rn. 12.

und Verbindlichkeiten.<sup>287</sup> Der schlussendlich ermittelte Wert bildet den sog. **Liquidationsanteil**.<sup>288</sup>

- 86 Reicht das Gesellschaftsvermögen nicht zur Deckung der Guthaben einzelner Gesellschafter aus, sind die übrigen verpflichtet, nach dem Verhältnis ihrer Verbindlichkeiten für diesen Betrag aufzukommen (§ 155 Abs. 4 UGB). Dieser **Saldausgleich** hat nicht über die Liquidatoren, sondern unter den Gesellschaftern zu erfolgen.<sup>289</sup> Kommanditisten trifft, soweit sie ihre Einlage geleistet haben, keine weitere Zahlungspflicht (§ 169 UGB).

## 11. Informations- und Kontrollrechte

- 87 § 1194 ABGB und § 118 UGB gewähren **unbeschränkt haftenden Gesellschaftern** umfassende Einsichtsrechte in die Bücher und Schriften der Gesellschaft und somit Kontrollrechte hinsichtlich sämtlicher<sup>290</sup> Angelegenheiten der Gesellschaft. Außerdem ist ein geschäftsführender Gesellschafter gemäß § 1194 Abs. 1 ABGB dazu verpflichtet, jedem anderen Gesellschafter die erforderlichen Nachrichten zu geben sowie auf Verlangen Auskunft zu erteilen und Rechenschaft abzulegen. Nach § 114 Abs. 3 UGB besteht diese Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft, dh gegenüber OG bzw. KG.<sup>291</sup>
- 88 Die genannten Berechtigungen stehen unabhängig von einer allfälligen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis oder sonstigen Voraussetzungen zu.<sup>292</sup> Ferner ist jede vertragliche **Beschränkung** der Informations- und Kontrollrechte **unwirksam** (§ 1194 Abs. 2 ABGB, § 118 Abs. 2 UGB).<sup>293</sup> Für die Rechtsausübung gilt jedoch insoweit eine Schranke, als sie nach Treu und Glauben erfolgen muss,<sup>294</sup> womit rechtsmissbräuchliches, insbesondere schikanöses Verhalten unzulässig ist.<sup>295</sup>
- 89 Die Informations- und Kontrollrechte des **Kommanditisten** gehen weniger weit.<sup>296</sup> Sein **ordentliches** Kontrollrecht umfasst lediglich die Mitteilung des Jahresabschlusses bzw. einer sonstigen Abrechnung. Zur Prüfung ihrer Richtigkeit darf er nur in zeitlicher Nähe zum Erhalt in die Bücher und Schriften und nur soweit erforderlich Einsicht nehmen.<sup>297</sup> Liegen wichtige Gründe vor, berechtigt ihn sein **außerordentliches Kontrollrecht** dazu, bei Gericht einen Antrag auf Mitteilung der Bilanz oder sonstiger Aufklärungen sowie Vorlage der Bücher und Schriften zu stellen.<sup>298</sup> Darüber hinaus gesteht die hL dem Kommanditisten immer dann ein Auskunftsrecht zu, wenn es zur Ausübung seiner Gesellschafterrechte erforderlich ist.<sup>299</sup> Von den gesetzlichen Vorgaben abweichende Vereinbarungen sind grundsätzlich möglich. Nicht zulässig sind aber bspw. die Abbedingung

<sup>287</sup> Bei fixen Kapitalkonten ist daher eine Summe aus diesen und dem variablen Privatkonto, auf dem Gewinne, Verluste und Entnahmen verbucht werden, zu bilden. Bestehen ausnahmsweise variable Kapitalkonten, ist eine Zusammenrechnung nicht erforderlich. *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann* UGB § 155 Rn. 8.

<sup>288</sup> *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann* UGB § 155 Rn. 8.

<sup>289</sup> Dazu etwa *U. Torggler* in *Straube* UGB § 155 Rn. 21, 30 ff.

<sup>290</sup> Vgl. dazu OGH 6 Ob 4/77, SZ 50/90; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann* UGB § 118 Rn. 9.

<sup>291</sup> *Schopper/Walch* in *Zib/Dellinger* UGB § 114 Rn. 164; *Kraus* in *Torggler* UGB § 114 Rn. 12: „kollektives Informationsrecht“. Demgegenüber enthält § 1194 Abs. 1 S. 1 ABGB ein Individualrecht; s. nur *Fleischer/Heinrich/Pendl* NZG 2016, 1001 (1009); ferner *Artmann/Haglmüller* in *Klang* ABGB § 1194 Rn. 5 ff.

<sup>292</sup> OGH 1 Ob 730/52, SZ 25/237; 6 Ob 7/79, SZ 52/72; *Kraus* in *Torggler* UGB § 118 Rn. 2.

<sup>293</sup> Dazu, dass wohl auch § 114 Abs. 3 UGB als zwingend einzustufen ist *Schopper/Walch* in *Zib/Dellinger*, § 114 Rn. 166 mwN.

<sup>294</sup> OGH 1 Ob 626/52, SZ 25/218; 6 Ob 4/77, SZ 50/90.

<sup>295</sup> ErlRV 270 BlgNR 25. GP 15; OGH 1 Ob 626/52, SZ 25/218; 1 Ob 730/52, SZ 25/237.

<sup>296</sup> *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann* UGB § 166 Rn. 1f.

<sup>297</sup> Vgl. *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer* GesR Rn. 2/920; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann* UGB § 166 Rn. 18 ff.

<sup>298</sup> *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer* GesR Rn. 2/921; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann* UGB § 166 Rn. 31 ff.

<sup>299</sup> *U. Torggler/H. Torggler* in *Straube*, 3. Aufl. 2003, HGB § 166 Rn. 15; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer* GesR Rn. 2/922; *Kraus* in *Torggler* UGB § 166 Rn. 10.

des Rechts auf Ausföhlung des Jahresabschlusses oder eine Beschränkung des außerordentlichen Kontrollrechts.<sup>300</sup>

## 12. Ersatz für Aufwendungen und Verluste sowie Herausgabepflicht

Für Aufwendungen in Gesellschaftsangelegenheiten, die der Gesellschafter den Umständen nach für erforderlich halten darf, sowie für Verluste, die er im Rahmen der Geschäftsführung erleidet, geböhrt ihm Ersatz (§ 1185 Abs. 1 ABGB, § 110 Abs. 1 UGB). Auch die Bezahlung einer Gesellschaftsschuld löst einen Aufwandersatzanspruch aus.<sup>301</sup> Alles, was der Gesellschafter im Zuge der Geschäftsführung erlangt, hat er gemäß § 1185 Abs. 3 ABGB bzw. § 110 Abs. 4 UGB an die Gesellschaft herauszugeben.

## VIII. Haftungsverfassung

### 1. GesbR

Spiegelbildlich zur mangelnden aktiven Vermögensfähigkeit (→ Rn. 51) sind auch die Verbindlichkeiten der GesbR nicht ihr, sondern ihren Gesellschaftern zuzurechnen. Sie schulden vereinbarte Leistungen;<sup>302</sup> ferner haften sie gegenüber Dritten nach § 1199 ABGB **solidarisch** für gesellschaftsbezogene Verbindlichkeiten.<sup>303</sup> Der Haftungsfonds beschränkt sich dabei nicht auf das Gesellschaftsvermögen; vielmehr haften auch die Gesellschafter **persönlich** und grundsätzlich **unbeschränkt**.<sup>304</sup> Ferner steht dem Gläubiger jeweils ein **unmittelbarer** Anspruch zur Verfügung, wobei er frei wählen kann, ob er **primär** das Gesellschafts- oder das Privatvermögen eines Gesellschafters in Anspruch nehmen möchte.<sup>305</sup> Abweichungen von diesen Grundsätzen können nur im Einvernehmen mit dem Gläubiger vereinbart werden;<sup>306</sup> bloß intern getroffene Absprachen entfalten keine Außenwirkung.<sup>307</sup> (Zur Haftung des Eintretenden sowie zur Nachhaftung des Ausscheidenden → Rn. 105f.)

Gesellschaftsbezogene Verbindlichkeiten können einerseits aus **Rechtsgeschäften**, die im Namen der Gesellschaft eingegangen wurden, andererseits aus **gesetzlichen Schuldverhältnissen**<sup>308</sup> resultieren. Die solidarische Einstandspflicht gilt auch für Schadenersatzpflichten infolge einer Verletzung von Vertragspflichten durch vertretungsbefugte Personen und Erfüllungsgehilfen.<sup>309</sup> Eine Solidarhaftung der GesbR-Gesellschafter für **deliktische Schädigung** setzt indes ein Handeln sämtlicher Gesellschafter<sup>310</sup> oder die Zurechnung des unmittelbaren Schädigers<sup>311</sup> voraus. Letztere erfolgt allerdings nicht nur unter den sehr en-

<sup>300</sup> Baumüller/Grbenic in Zib/Dellinger UGB § 166 Rn. 41 mwN.

<sup>301</sup> Wato in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.02, 1.10.2017, rdb.at, ABGB § 1185 Rn. 4; Eckert in Torggler UGB § 128 Rn. 18.

<sup>302</sup> Hofmann, Gesellschafterhaftung in der GesbR, 2008, 66ff.; Töld, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2011, 146f. mwN.

<sup>303</sup> Ausführlich zum vor dem GesbR-RG bestehenden Streit Töld, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2011, 148ff.

<sup>304</sup> Eine Ausnahme besteht hinsichtlich der Vor-KG, bei der ein Kommanditist gemäß § 176 UGB für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten nur bis zur Höhe seiner Haftsumme haftet.

<sup>305</sup> Vgl. etwa Jabornegg/Resch/Slezak in Schwimann/Kodek, 4. Aufl. 2014, ABGB § 1203 Rn. 4a.

<sup>306</sup> Zur Wirkung eines Vergleichs mit nur einem Gesamtschuldner P. Bydliński/Pendl JBl 2013, 545.

<sup>307</sup> Statt aller Wato in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.02, 1.10.2017, rdb.at, ABGB § 1199 Rn. 4.

<sup>308</sup> Vgl. OGH 2 Ob 608/92, RdW 1993, 364.

<sup>309</sup> OGH 8 Ob 512/86, ZVR 1987/6; 6 Ob 183/13z, GES 2014, 116; Welsler GesRZ 1978, 141 (144); Grillberger in Rummel AGBG §§ 1202, 1203 Rn. 5 mwN.

<sup>310</sup> Solidarhaftung besteht entweder, wenn alle eine *conditio sine qua non* für denselben Schaden gesetzt haben, oder aber nach den §§ 1301f. ABGB. Dazu Kerner in Koziol/Bydliński/Bollenberger ABGB § 1301 Rn. 1ff., § 1302 Rn. 1ff.

<sup>311</sup> Auch dieser haftet solidarisch mit. *Apathy* FS Krejci, Bd. I, 2001, 427 (439).

gen Voraussetzungen der Haftung für Besorgungshelfen.<sup>312</sup> Zurückgehend auf *Rudolf Wölser*<sup>313</sup> und die darauf aufbauende Leitentscheidung des OGH, welche die Einstandspflicht einer Jagdgesellschaft für den Jagdleiter zum Gegenstand hatte,<sup>314</sup> rechnet die hM der GesbR auch das Verhalten ihrer „**Repräsentanten**“ zu.<sup>315</sup> Dazu zählen sowohl die Gesellschafter als auch alle sonstigen Personen, die in verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion für die GesbR tätig werden.<sup>316</sup>

- 93 Wird ein Gesellschafter wegen einer gesellschaftsbezogenen Verbindlichkeit in Anspruch genommen, kann er alle **Einreden** erheben, die ihm selbst im Verhältnis zum Gläubiger zukommen.<sup>317</sup> Ferner verfügt er über alle Einwendungen der GesbR, die von den Gesellschaftern gemeinsam erhoben werden können (§ 1200 Abs. 1 ABGB). Ist die Verbindlichkeit mit einem Gestaltungsrecht aufheb- oder abänderbar bzw. durch Aufrechnung tilgbar, kann der in Anspruch Genommene dieses Rechts zwar nicht allein ausüben; es besteht aber ein **Leistungsverweigerungsrecht**.<sup>318</sup>
- 94 Begleitet ein Gesellschafter Gesellschaftsschulden aus seinem Privatvermögen, kommt ihm ein **Regressanspruch** zu.<sup>319</sup> Dieser richtet sich primär auf das Gesellschaftsvermögen. Auf dieses kann selbst dann zugegriffen werden, wenn der Gesellschafter nicht über seine eigene Innenquote hinaus geleistet hat.<sup>320</sup> Nur wenn es nicht zur Befriedigung ausreicht, kann gegen die übrigen Gesellschafter vorgegangen werden;<sup>321</sup> jedoch jeweils nur im Ausmaß der internen Haftungsquoten.<sup>322</sup> Sie richten sich nach dem Verlustschlüssel (→ Rn. 80), gegebenenfalls nach einer besonderen Vereinbarung.<sup>323</sup> Die eigene Quote wird dem Erfüllenden auf diesem Weg nicht ersetzt.<sup>324</sup> Überdies kann von den einzelnen Gesellschaftern jeweils nur ihre interne Quote verlangt werden.<sup>325</sup>

## 2. OG

- 95 Die OG ist im Unterschied zur GesbR **selbst** taugliches **Zurechnungssubjekt** für Gesellschaftsverbindlichkeiten; auch ihre Repräsentanten werden im Rahmen der deliktischen Haftung ihr selbst zugerechnet.<sup>326</sup> Sie schuldet Erfüllung und haftet mit ihrem Gesellschaftsvermögen. Da für Personengesellschaften, deren Referenzmodell die OG darstellt,

<sup>312</sup> Danach haftet der Geschäftsherr lediglich für Gehilfen, die entweder habituell untüchtig sind oder deren Gefährlichkeit er kennt. Näher dazu *Kamer* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger ABGB § 1315 Rn. 1 ff.

<sup>313</sup> *Wölser* GesRZ 1979, 15 (16).

<sup>314</sup> OGH 2 Ob 2398/96b, SZ 70/138 = RZ 1998/33.

<sup>315</sup> OGH 3 Ob 123/99 f, JBl 2000, 169 = RdM 2000/13; *Apathy* FS Krejci, Bd. I, 2001, 427 (429 ff.); *Rauter* in Rummel/Lukas, 1.6.2019, rdb.at, ABGB § 1199 Rn. 12; jeweils mwN.

<sup>316</sup> OGH 2 Ob 2398/96b, SZ 70/138 = RZ 1998/33; 9 Ob 9/11 f, JBl 2013, 252 (*Kepplinger*); *Kamer* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger ABGB § 1315 Rn. 7 mwN. Zur Haftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft → Rn. 73 f.

<sup>317</sup> Vgl. *Eckert* in Torggler UGB § 129 Rn. 6.

<sup>318</sup> ErlRV 270 BlgNR 25. GP 18; vgl. dazu ferner *Koppensteiner/Auer* in Straube UGB § 129 Rn. 7 ff.; *Rauter* in Rummel/Lukas, 1.6.2019, rdb.at, ABGB § 1200 Rn. 14 ff.

<sup>319</sup> Zu unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen s. *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR, ABGB § 1203 Rn. 10 mwN.

<sup>320</sup> *Wölser* GesRZ 1979, 15 (20); *Warto* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.02, 1.10.2017, rdb.at, ABGB § 1199 Rn. 10.

<sup>321</sup> *Grillberger* in Rummel ABGB § 1203 Rn. 12; *Riedler* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, 4. Aufl. 2014, ABGB § 1203 Rn. 8.

<sup>322</sup> *Warto* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.02, 1.10.2017, rdb.at, ABGB § 1199 Rn. 10 mwN.

<sup>323</sup> OGH 1 Ob 23/82, SZ 55/117, wo im Anlassfall eine besondere Vereinbarung bestand; *Jabornegg/Resch/Slezak* GesbR ABGB § 1203 Rn. 10; *Artmann* in Klang ABGB § 1199 Rn. 14; *Rauter* in Rummel/Lukas, 1.6.2019, rdb.at, ABGB § 1199 Rn. 28.

<sup>324</sup> Ein Arbeitsgesellschafter ohne Kapitalanteil kann somit im Zweifel vollen Regress nehmen. S. *Reich-Rohruiß/Zimmermann* ecolex 2015, 296 (300); *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer GesR Rn. 2/183.

<sup>325</sup> *Wölser* GesRZ 1979, 15 (20); *Jabornegg/Resch/Slezak* in Schwimann/Kodek, 4. Aufl. 2014, ABGB § 1203 Rn. 10 mwN.

<sup>326</sup> OGH 6 Ob 196/05z, JBl 2006, 463.

keine Kapitalaufbringungs- oder Kapitalerhaltungsvorschriften bestehen, gehört es zu ihren Wesenszügen, dass auch die Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten einstehen müssen. Sie trifft gemäß § 128 UGB eine unbeschränkte, persönliche, unmittelbare und primäre Solidarhaftung.<sup>327</sup> Interne Beschränkungen wirken wiederum nicht für das Außenverhältnis; jedoch kann mit den Gesellschaftsgläubigern eine haftungsmildernde Vereinbarung getroffen werden.<sup>328</sup>

**Gegenstand** der Haftung sind grundsätzlich sämtliche rechtsgeschäftlich oder gesetzlich begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten. Lediglich für Sozialverbindlichkeiten der Gesellschaft hat ausschließlich diese einzustehen.<sup>329</sup> Umstritten ist der **Inhalt** der Haftung: Nach der Erfüllungstheorie, die bei der GesbR angewandt wird,<sup>330</sup> stimmt die Gesellschafterhaftung mit der seitens der Gesellschaft geschuldeten Leistungspflicht überein. Die gegenläufige Haftungstheorie legt den Gesellschaftern lediglich die Pflicht zum Ausgleich des Erfüllungsinteresses in Geld auf. Ein praktischer Unterschied ergibt sich nur dann, wenn keine Geldleistung geschuldet ist. Weitere Relativierung erfährt der Theorienstreit dadurch, dass unterschiedliche Schattierungen beider Meinungsstränge vertreten und diese dadurch angenähert werden.<sup>331</sup>

Die Gesellschafterhaftung ist **akzessorisch** zur Verbindlichkeit der OG.<sup>332</sup> Ein in Anspruch genommener Gesellschafter kann nicht nur persönliche Einwendungen, sondern auch solche der Gesellschaft geltend machen (§ 129 Abs. 1 UGB).<sup>333</sup> In Bezug auf noch nicht geltend gemachte Gestaltungsrechte oder eine Aufrechnungsbefugnis besteht ein **Leistungsverweigerungsrecht** (§ 129 Abs. 2 UGB).

Tilgt ein Gesellschafter eine Gesellschaftsverbindlichkeit muss er zunächst bei der OG **Regress** nehmen.<sup>334</sup> Reicht das Gesellschaftsvermögen nicht aus, besteht ein anteiliger Rückgriffsanspruch gegen die Mitgesellschafter, dessen Höhe sich mangels abweichender Vereinbarung nach dem jeweiligen Verlustanteil bestimmt.<sup>335</sup> Der eigene Verlustanteil ist auf diesem Weg nicht einbringlich. In ähnlicher Weise soll er sich nach vielen aufgrund seiner Treuepflicht hinsichtlich eigener Drittverbindlichkeiten, für die grundsätzlich § 128 UGB gilt, gerieren.<sup>336</sup>

### 3. KG

Für die Komplementäre einer KG gilt dasselbe wie für OG-Gesellschafter. Das Charakteristikum der KG ist jedoch gerade, dass zumindest ein Kommanditist existiert, dessen Haftung betraglich **beschränkt** ist (vgl. schon die Definition in § 161 UGB). Das Ausmaß seiner Haftung geht grundsätzlich nicht über eine bestimmte, im Firmenbuch eingetragene **Haftsumme** hinaus. Bis zu ihrer Höhe trifft ihn allerdings ebenfalls akzessorisch zur Gesellschaftsschuld eine unmittelbare, persönliche, primäre Solidarhaftung.<sup>337</sup> Hinsichtlich des

<sup>327</sup> Statt aller *Eckert* in *Torggler UGB* § 128 Rn. 9 ff.

<sup>328</sup> *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer GesR* Rn. 2/675 mwN.

<sup>329</sup> *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth GesR* Rn. 669.

<sup>330</sup> *Krejci GesR* 228 f.; *Told*, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2011, 146 f.

<sup>331</sup> Vgl. die Darstellungen des Meinungsstandes bei *Koppensteiner/Auer* in *Straube UGB* § 128 Rn. 9 ff.; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann UGB* § 128 Rn. 14 ff.; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer GesR* Rn. 2/659 ff.; *Artmann/Rüffler GesR* Rn. 307 ff.

<sup>332</sup> *Eckert* in *Torggler UGB* § 128 Rn. 12; *Eckert* in *Torggler UGB* § 129 Rn. 2.

<sup>333</sup> *Schummer* in *Zib/Dellinger UGB* § 129 Rn. 6.

<sup>334</sup> Zum Streit um mögliche Anspruchsgrundlagen *Koppensteiner/Auer* in *Straube UGB* § 128 Rn. 20 mwN.

<sup>335</sup> *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer GesR* Rn. 2/657; *Koppensteiner/Auer* in *Straube UGB* § 128 Rn. 22.

<sup>336</sup> S. nur *Eckert* in *Torggler UGB* § 128 Rn. 5; kritisch im Ergebnis aber wohl ebenso *Schummer* in *Zib/Dellinger UGB* § 128 Rn. 68.

<sup>337</sup> *Schönghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer GesR* Rn. 2/972.



Haftungsinhalts geht die hA<sup>338</sup> davon aus, dass Kommanditisten lediglich auf Geldleistung in Anspruch genommen werden können (**Haftungstheorie**).

- 100 Sofern und soweit der Kommanditist eine **Einlage** in das Gesellschaftsvermögen **leistet**, verringert sich seine Außenhaftung.<sup>339</sup> Deckt sich das Geleistete mit der Haftsumme, **erlischt die Haftung nach außen** gänzlich.<sup>340</sup> Ferner kann die Außenhaftung durch Befriedigung von Gläubigern ausgeschöpft werden und dadurch die Enthftung des Kommanditisten eintreten.<sup>341</sup> Wird die Einlage zurückgewährt oder werden unzulässigerweise Gewinne entnommen, lebt sie in diesem Ausmaß wieder auf (§ 172 Abs. 3 UGB). Die Höhe der geleisteten Zahlungen ist aus dem Firmenbuch nicht ersichtlich, weshalb § 171 Abs. 1 S. 2 UGB Gläubigern ein darauf gerichtetes **Auskunftsrecht** zubilligt. Andernfalls liefern sie Gefahr, mit den Kosten einer – wegen der außenwirksamen Haftungsbeschränkung – letztlich erfolglosen Rechtsverfolgung belastet zu sein.<sup>342</sup>
- 101 Die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte **Pflichteinlage** (→ Rn. 60) stimmt nicht zwingend mit der **Haftsumme** überein; die beiden Begriffe müssen daher strikt unterschieden werden.<sup>343</sup> Übersteigt die Pflichteinlage die Haftsumme, können Gesellschaftsgläubiger den Kommanditisten auch dann, wenn die Außenhaftung an sich erloschen ist, **mittelbar** auf den Differenzbetrag in Anspruch nehmen, indem sie den Anspruch der Gesellschaft auf Einlageleistung pfänden.<sup>344</sup>

## IX. Gesellschafterwechsel

- 102 § 1201 Abs. 1 ABGB fasst unter dem Stichwort „Gesellschafternachfolge“ drei Fälle zusammen: **Eintritt**, **Austritt** und **Gesellschafterwechsel** im Sinne einer Übertragung der Stellung eines ausscheidenden auf einen neu eintretenden Gesellschafter. Voraussetzung ist jeweils eine entsprechende Vereinbarung unter den Gesellschaftern,<sup>345</sup> die bereits im Gesellschaftsvertrag angelegt sein kann.<sup>346</sup> Der Austritt kann indes auch Folge eines Fortsetzungsbeschlusses bzw. einer Ausschließungsklage sein (zu beidem → Rn. 113). Bei OG und KG ist die jeweilige Veränderung der Gesellschafterzusammensetzung ins Firmenbuch einzutragen.
- 103 Der **Gesellschaftsanteil** des Eintretenden bestimmt sich nach der Aufnahmevereinbarung bzw. der dafür sonst maßgeblichen Rechtsgrundlage. Beim Gesellschafterwechsel kommt es zur Übertragung der Position des Ausscheidenden auf den Neugesellschafter; möglich ist aber auch eine Kombination von gleichzeitigem Ein- und Austritt.<sup>347</sup> Scheidet bloß einer der Gesellschafter aus, führt dies im Normalfall zum Untergang seines Gesellschaftsanteils und zur verhältnismäßigen Erhöhung der quotenmäßigen Beteiligung der verbleibenden.<sup>348</sup>

<sup>338</sup> S. nur *Jabornegg/Atmann* in *Jabornegg/Artmann UGB § 171 Rn. 8 mwN*; *Schummer/Tschurtschenthaler* in *Zib/Dellinger UGB § 171 Rn. 16*.

<sup>339</sup> Vgl. *Eckert* in *Torggler UGB § 171 Rn. 8f. mwN*.

<sup>340</sup> OGH 7 Ob 647/82, SZ 55/103; 2 Ob 517/88, JBl 1988, 729.

<sup>341</sup> *Koppensteiner/Auer* in *Straube UGB § 171 Rn. 13 mwN*.

<sup>342</sup> *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer GesR Rn. 2/997 ff.*

<sup>343</sup> *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth GesR Rn. 1109f.*

<sup>344</sup> *Koppensteiner/Auer* in *Straube UGB § 171 Rn. 6 mwN*.

<sup>345</sup> Auch die Überbindung eines Gesellschaftsanteils, die Alt- und Neugesellschafter vereinbaren, bedarf grds. der Zustimmung der übrigen (§ 1182 Abs. 1 ABGB, § 124 Abs. 1 UGB). Vgl. *Rauter/Merzo* in *Rummel/Lukas*, 1.6.2019, rdb.at, ABGB § 1201 Rn. 7: „Es handelt sich grundsätzlich um Änderungen des Gesellschaftsvertrages“.

<sup>346</sup> *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer GesR Rn. 2/725 ff.* Zu sog. „Hinauskündigungsklauseln“ *Wünsch FS Kastner*, 1992, 475.

<sup>347</sup> *Rauter/Merzo* in *Rummel/Lukas*, 1.6.2019, rdb.at, ABGB § 1201 Rn. 16 mwN.

<sup>348</sup> *Leupold* in *Torggler UGB §§ 137, 138 Rn. 3 mwN*.