

Stellungnahme

zum Ministerialentwurf über ein Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Unternehmensgesetzbuch zur Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geändert werden (GesbR-Reformgesetz – GesbR-RG)

34/ME XXV. GP

Univ.-Prof. Dr. Friedrich Rüffler

Univ.-Ass. Dr. Julia Told

Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht

Universität Wien

1. Einleitung

Die Überarbeitung des 27. Hauptstückes zum ABGB ist dringlicher denn je. An zahlreichen Stellen hat die Rechtsprechung den Gesetzestext in sein Gegenteil verkehrt. Das GesbR-RG nimmt die notwendigen Klarstellungen vielerorts vor, was freilich uneingeschränkt zu begrüßen ist. Zweier Regelungsprobleme sind sich Wissenschaft und Praxis aber auch zur aktuellen Rechtslage bisher kaum bewusst gewesen, weshalb sie auch der Ministerialentwurf nicht ausreichend würdigt. Erst der Konkurs der Alpine und das damit einhergehende Ausscheiden der Alpine infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen aus zahlreichen Arbeitsgemeinschaften (ARGE), die ja GesbR sind, hat diese Regelungsprobleme zu Tage gebracht. Konkret geht es um das Verhältnis des Insolvenzrechts zum Gesellschaftsrecht bei Ausscheiden eines Gesellschafters infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens über sein Vermögen einerseits und die vermögensrechtlichen Konsequenzen des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer GesbR andererseits. Diesen Fragen möchten wir uns in der Folge getrennt widmen.

2. Zum Verhältnis Insolvenzrecht/Gesellschaftsrecht bei Ausscheiden eines Gesellschafters infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens über sein Vermögen

Das Insolvenzrecht hat sich mit dem IRÄG 2010 dem Ziel verschrieben, die Sanierungswahrscheinlichkeit insolventer Gesellschaften zu erhöhen. An zahlreichen Stellen (insbesondere §§ 25a und 25b) ist der IO daher die Wertung zu entnehmen, dass an die Eröffnung des Konkursverfahrens nicht die Rechtsfolge der Vertragsauflösung geknüpft werden können soll: So ordnet § 25a IO an, dass wenn die Vertragsauflösung die Fortführung des Unternehmens gefährden könnte, Vertragspartner des Schuldners mit dem Schuldner geschlossene Verträge bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur aus wichtigem Grund auflösen können. Nicht als solcher wichtiger Grund gelten jedoch eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners oder der Verzug des Schuldners mit der Erfüllung von vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig gewordenen Forderungen. § 25b Abs 2 IO ergänzt, dass die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens grundsätzlich unzulässig ist. Abs 1 leg cit stellt noch klar, dass es sich bei

diesen Bestimmungen um zwingendes Recht handelt und sie privatautonom nicht abbedungen werden können.

Zur aktuellen Rechtslage wird vertreten, dass von den §§ 21ff IO ihrer Überschrift entsprechend nur zweiseitige Rechtsgeschäfte erfasst seien und Gesellschaftsverträge als multilaterale, entgeltfremde Rechtsgeschäfte davon schon dem Grunde nach nicht umfasst wären. Freilich ist dies keinesfalls gesichert und heftig umstritten. Der Gesetzgeber hat daher in den erläuternden Bemerkungen zum IRÄG 2010¹ ausdrücklich festgehalten, dass § 1210 ABGB im Verhältnis zu § 25a IO *lex specialis* ist. Freilich muss dies auch für sonstige Normen der IO gelten, die in einem ähnlichen Spannungsverhältnis zum Gesellschaftsrecht, konkret zu § 1210 ABGB stehen. § 1210 ABGB ordnet bisher an, dass die Mitgesellschafter einen Gesellschafter mittels Beschluss aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft ausschließen können. Explizit als wichtiger Grund ist in § 1210 ABGB die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters genannt. Es verwundert daher nicht, dass der Gesetzgeber § 1210 ABGB im Verhältnis zur IO als *lex specialis* ausgestaltet bzw eingestuft hat: Der Konkurs eines Gesellschafters soll eben nicht auch den Bestand weiterer Gesellschaften gefährden.

Der Ministerialentwurf zum GesbR-RG regelt Änderungen des Gesellschafterbestandes bei der GesbR völlig neu und orientiert sich am OG-Recht. Eine § 1210 ABGB vergleichbare Bestimmung kennt er nicht mehr. Vielmehr ordnet er in § 1208 an, dass durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters oder durch die rechtskräftige Nichteröffnung oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens die GesbR aufgelöst wird. Im Verhältnis zur IO ist diese Bestimmung unzweifelhaft *lex posterior*. Eine Stellungnahme in den Materialien wäre dennoch zu begrüßen. Eine solche sollte vor allem aber eine Aussage zu Klauseln in Gesellschaftsverträgen treffen, wonach an die Eröffnung des Konkursverfahrens das Ausscheiden des entsprechenden Gesellschafters aus der Gesellschaft geknüpft wird. Eine solche Klausel schafft Rechtssicherheit und erspart es den verbleibenden Gesellschaftern lediglich einen Fortsetzungsbeschluss zu fassen. Sie sind insolvenzrechtlich daher unbedenklich. Da Insolvenzverwalter immer wieder gegenteilige Rechtspositionen einnehmen, sollte der Entwurf unbedingt eine Klarstellung vornehmen. Dadurch würden die Transaktionskosten für die Praxis reduziert.

3. Vermögensrechtliche Konsequenzen des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der GesbR

Die GesbR ist nicht rechtsfähig. Das Gesellschaftsvermögen ist daher den Gesellschaftern zugeordnet: Forderungen sind in der Regel Gesamthandforderungen der Gesellschafter, Verbindlichkeiten sind meist Solidarschulden der Gesellschafter und sachenrechtsfähige Positionen stehen im Miteigentum- bzw Mitbesitz der Gesellschafter. Im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der GesbR unter Fortsetzung des Gesellschaftsbetriebs unter den verbleibenden Gesellschaftern ist der ausscheidende Gesellschafter in Geld abzufinden. Sein Auseinandersetzungsanspruch berechnet sich in Anlehnung an § 137 UGB am Wert der Gesellschaft bzw dem in der GesbR betriebenen Unternehmen im Zeitpunkt des Ausscheidens. Im Gegenzug soll das Gesellschaftsvermögen dem Gesellschaftsbetrieb erhalten bleiben und auf die verbleibenden Gesellschafter übergehen. Diese Wertung ist schon eindeutig § 1210 ABGB zu entnehmen. Ohne Zusammenhalt des Gesellschaftsvermögens

¹ EBRV 612 BlgNR 24.GP 13.

könnte der Gesellschaftsbetrieb ja auch kaum aufrechterhalten werden. Es ist jedoch schon de lege lata unklar, wie das Gesellschaftsvermögen vom bisherigen Gesellschafterkreis auf den neu zusammengesetzten Gesellschafterkreis übergeht. Forderungen können den verbleibenden Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag zwar vorab zediert werden oder wachsen diesen überhaupt an; sachenrechtsfähige Positionen können dem Spezialitätsgrundsatz entsprechend prinzipiell jedoch erst durch Setzung der entsprechenden modi übertragen werden. Sind diese modi im Zeitpunkt des Ausscheidens eines insolventen Gesellschafters noch nicht gesetzt (was selten der Fall sein wird), haben die verbleibenden Gesellschafter grundsätzlich lediglich einen Verschaffungsanspruch auf die betroffenen Miteigentumsanteile, der als bloße Insolvenzforderung letztlich auf eine Quote lautet². Im Gegenzug hätten die verbleibenden Gesellschafter den Abfindungsanspruch voll zu leisten. Ein solches Ergebnis würde die Gläubiger der „GesbR“ im Verhältnis zu den Gläubigern des insolventen Gesellschafters benachteiligen und ist daher abzulehnen. Außerdem sollen Mitgesellschafter nicht für Verbindlichkeiten von Privatgläubigern aufkommen müssen; die Gesellschaftsgläubiger werden aufgrund der solidarischen Haftung ohnedies auf die solventen Gesellschafter greifen. Die ständige und gefestigte Rechtsprechung³ - aber auch die überwiegende Lehre⁴ - nehmen bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters aus einer GesbR in analoger Anwendung des § 142 UGB (zunächst HGB) daher eine Gesamtrechtsnachfolge auf den letzten verbleibenden Gesellschafter an, wenn dieser den Gesellschaftsbetrieb fortführt, und sichern damit den Vermögenszusammenhalt zur Fortführung des Gesellschaftsbetriebs. Bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer mehr als zweipersonalen GesbR ist die Rechtsprechung jedoch weit weniger eindeutig. Von § 142 UGB ist dieser Fall bei den eingetragenen Personengesellschaften aber nur deshalb nicht erfasst, weil diese als selbstständige Rechtsträger bei Ausscheiden eines Gesellschafters fortbestehen, solange die Gesellschaft mindestens zwei Gesellschafter hat und davor kein Vermögensübergang stattfindet. Das Gesellschaftsvermögen reduziert sich dennoch, weil der ausscheidende Gesellschafter gemäß § 137 UGB abzuschichten ist, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht eine andere Anordnung trifft (freilich greift hier § 879 ABGB). Wertungsmäßig spricht daher auch bei der GesbR nichts für die Anordnung unterschiedlicher Rechtsfolgen für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer zweipersonalen und dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer mehr als zweipersonalen GesbR, wenn der oder die verbleibenden Gesellschafter den Gesellschaftsbetrieb fortführen. Schon de lege lata überzeugt es daher, auch im Falle des Ausscheidens aus einer mehr als zweipersonalen GesbR eine Gesamtrechtsnachfolge auf die verbleibenden Gesellschafter anzunehmen, die dem Gesellschaftsbetrieb fortführen⁵. Einige Entscheidungen des OGH⁶ deuten ohnedies bereits in dieser Richtung.

² OGH 25.8.1999, 3 Ob 348/97s, JBl 2000, 238 (241); *König*, Das Gesellschaftsvermögen im Konkurs der GesbR, ZIK 1996, 73 (76 f); *Thiery*, Die GesbR als Unternehmer 50 ff; *Thiery* Anm zu OGH 26.1.1989, 8 Ob 620/88, GesRZ 1989, 152 (158).

³ OGH 7.10.1958, 6 Ob 206/58, SZ 31/121; 22.3.1973, GesRZ 1974, 61; 21.5.1981, 7 Ob 523/81, SZ 54/84; 22.12.1988, 8 Ob 648/88, SZ 61/281; 27.3.1990, 5 Ob 560/90, ecotex 1990, 482 (*Reich-Rohrwig*); 9.7.1992, 8 Ob 630/91, JBl 1993, 108; OLG Wien 20.3.1984, 13 R 33/84, GesRZ 1984, 102.

⁴ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss⁵ (1990) 71 ff; *Jabornegg/Resch* in Schwimann³ § 1210 Rz 13, § 1215 Rz 11 f; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth M*; Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 141; *Told* in Bergmann/Ratka, Handbuch Personengesellschaften, Rz 2/128; *Wittmann-Tiwald* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 1215 Rz 11; *Grillberger* in Rummel³ §§ 1206, 1207 Rz 7, § 1210 Rz 13; *Hochedlinger*, GesRZ 2002, 185 (196); für D *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts I/1 (1977) 170, 172; aA *König*, ZIK 1996, 73 (75); *Thiery*, Die GesbR als Unternehmer 52 f, der die Anwendung von § 142 HGB vom Betrieb eines Unternehmens abhängig macht; *Leupold* in Torggler, UGB (2013) § 142 Rz 3.

⁵ So auch *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth M*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 141; *Told* in Bergmann/Ratka, Handbuch Personengesellschaften, Rz 2/128; *Jabornegg/Resch* in Schwimann³ § 1210

Zukünftig sollte das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer zweipersonalen GesbR und das Ausscheiden aus einer mehr als zweipersonalen GesbR jedenfalls gleich geregelt werden. Der Reformgesetzgeber hat zwar den prinzipiellen Bedarf nach Vermögenszusammenhalt in der GesbR bei Ausscheiden eines Gesellschafters gesehen, jedoch wieder nur im Falle des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters eine Gesamtrechtsnachfolge angeordnet, die bürgerliche Rechte ausnimmt (§ 1515). Den Vermögensübergang beim Ausscheiden eines Gesellschafters unter Fortbestand der Gesellschaft regelt § 1201: Im Hinblick auf schuldrechtliche Positionen nimmt Abs 1 eine Regelung in Anlehnung an § 38 UGB vor, weshalb den Vertragspartnern von „GesbR“ ein Widerspruchsrecht binnen einer Dreimonatsfrist zukommen soll. Da sich der Haftungsfonds für Vertragspartner einer „GesbR“ aufgrund der Nachhaftung ausscheidender Gesellschafter nicht verringert und ihr Interesse meist ohnedies nur auf den Haftungsfonds gerichtet ist, stellt sich die Frage, warum auf schuldrechtlicher Ebene keine Gesamtrechtsnachfolge angeordnet wird, da durch eine solche ohnedies kaum Interessen der Vertragspartner beeinträchtigt sein werden. Einzugeschieden ist aber, dass der Ministerialentwurf die Nachhaftung ausscheidender Gesellschafter auf fünf Jahre befristet: In Vorleistungsfällen könnten sich daher tatsächlich unerwartete Nachteile für die Vertragspartner von „GesbR“ ergeben. Für diese Ausnahmefälle sollte eine Regelung in Anlehnung an § 160 Abs 3 UGB in das 27. Hauptstück aufgenommen werden, was bei Anordnung einer Nachhaftungsbegrenzung ohnedies erforderlich scheint. Auf sachenrechtlicher Ebene bildet der Entwurf in § 1201 Abs 2 auch bei Ausscheiden eines Gesellschafters unter Fortbestand der GesbR eine Gesamtrechtsnachfolge ab, ohne diese als solche zu bezeichnen. Wahrscheinlich wurde dies für unpassend erachtet, weil nicht einmal auf schuldrechtlicher Ebene eine Gesamtrechtsnachfolge angeordnet ist. Dies scheint uns wenig stimmig. Wenn nun sachenrechtlich eine Gesamtrechtsnachfolge angeordnet werden soll, spricht noch viel mehr dafür eine solche auch auf schuldrechtlicher Ebene zu verwirklichen, was letztlich unseren Befund bestärkt: Da Vertragspartner der GesbR in ihren Rechtspositionen nicht übergebührlich beeinträchtigt wären, wenn Forderungen und ganze Vertragsverhältnisse uno actu auf den neuen Gesellschafterbestand übergehen, da ausscheidende Gesellschafter für bereits abgeschlossene Geschäfte ohnedies nachhaften, wäre es stimmiger wenn der Ministerialentwurf auch beim Ausscheiden aus einer mehr als zweipersonalen GesbR schlichtweg eine Gesamtrechtsnachfolge anordnet. Es sollte jedoch aus dem Gesetzestext eindeutiger hervorgehen, dass es nur dann zu einer solchen Gesamtrechtsnachfolge kommt, wenn der oder die verbleibenden Gesellschafter den Gesellschaftsbetrieb fortführen. Die Verständlichkeit des Gesetzes würde durch dieses Regelungskonzept wesentlich gefördert.

Generell sollte die bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus der GesbR anzuordnende Gesamtrechtsnachfolge bürgerliche Rechte nicht ausnehmen. Zum einen gibt es keine tragenden Gründe, die eine Andersregelung im Verhältnis zum Recht der eingetragenen Personengesellschaften rechtfertigen würden: Bei GesbR sprechen letztlich nämlich ganz ähnliche Wertungen für bzw gegen die Erstreckung der Gesamtrechtsnachfolge auch auf bürgerliche Rechte wie bei den eingetragenen Personengesellschaften, weshalb ein Regelungsgleichlauf zu bevorzugen wäre. Freilich könnte man vorbringen, dass das bürgerliche Publizitätsdefizit bei den eingetragenen Personengesellschaften geringer sei als

Rz 13, § 1215 Rz 10; *Wittmann-Tiwald* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 1215 Rz 11; *Grillberger* in Rummel³ §§ 1206, 1207 Rz 7, § 1210 Rz 13.

⁶ OGH 8.10.1952, 1 Ob 607/52, SZ 25/256: „Bei Gesellschaften mit mehr als zwei Mitgliedern bewirkt dagegen der Tod eines Gesellschafters nur das Ende seiner Mitgliedschaft und wird die Gesellschaft von den überlebenden Teilhabern fortgesetzt. Den Erben des verstorbenen Gesellschafters steht dann bloß der Anspruch auf Auszahlung des Wertes des Anteiles des Verstorbenen in Geld zu.“

bei der GesbR, weil das Gesellschaftsverhältnis und damit die theoretische Möglichkeit einer Gesamtrechtsnachfolge den Büchern zu entnehmen sei. Dies überzeugt indes nicht: Der Grundbuchsstand ist im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge in beiden Fällen gleichermaßen unrichtig und daher zu berichtigen (§ 136 GBG) und zwar unabhängig davon mit welcher Erwartungshaltung an diesen herangetreten wird. Zum anderen führt das Ausscheiden eines Gesellschafters infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens über sein Vermögen vor Augen, dass nach dem Ministerialentwurf jedenfalls in diesen Sachverhaltskonstellationen die Gesamtrechtsnachfolge auch bürgerliche Rechte umfassen sollte: Nach dem GesbR-RG haben die Gesellschafter, die den Gesellschaftsbetrieb fortführen, einen am Wert der Gesellschaft berechneten Anteil des Gesellschaftsvermögens in die Insolvenzmasse des ausscheidenden Gesellschafters zu leisten. Bei der Berechnung dieses Abfindungs- oder Abschichtungsguthabens (§ 1203) wird das gesamte Gesellschaftsvermögen berücksichtigt, also auch der Gegenwert bürgerlicher Rechte, insbesondere von Immobilien. Das Gesellschaftsvermögen soll dafür verlässlich in das (Mit)Eigentum der Gesellschafter übergehen, die den Gesellschaftsbetrieb fortführen. Sind im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung die entsprechenden Verfügungsakte jedoch noch nicht gesetzt, haben die verbleibenden Gesellschafter im Hinblick auf die betroffenen Miteigentumsanteile lediglich einen Verschaffungsanspruch, der als Insolvenzforderung geltend zu machen ist; ihrerseits hätte sie den Abfindungsanspruch jedoch voll zu leisten. Ein solches Ergebnis wäre, wie zur aktuellen Rechtslage aufgezeigt, nicht stimmig. Der Gesetzgeber steht daher vor der Wahl: Wenn er bürgerliche Rechte von der Gesamtrechtsnachfolge ausnehmen will, muss er diese konsequenterweise bei der Berechnung des Abschichtungsguthabens des ausscheidenden Gesellschafters (jedenfalls bei Gesellschaftern, die infolge Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen ausscheiden) unberücksichtigt lassen; will er die bürgerlichen Rechte bei der Berechnung des Abfindungsguthabens jedoch berücksichtigen, sollte er sie auch von der Gesamtrechtsnachfolge umfassen, um insbesondere in der Insolvenz des ausscheidenden Gesellschafters keine unbilligen Ergebnisse zu zeitigen. Es sprechen daher insgesamt auch bei der GesbR die besseren Gründe dafür, auch bürgerliche Rechte von der Gesamtrechtsnachfolge zu umfassen.

4. Zusammenfassung

- Die Materialien zum Entwurf sollten in Übereinstimmung mit den Materialien zum IRÄG 2010 klarstellen, dass insolvenzrechtliche Bestimmungen (insb § 25a und § 25b IO) einer gesellschaftsvertraglichen Regelung, wonach ein Gesellschafter infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens über sein Vermögen aus der Gesellschaft ausscheidet, nicht entgegenstehen.
- Die Anordnung unterschiedlicher Rechtsfolgen bei Ausscheiden aus einer zweipersonalen GesbR und bei Ausscheiden aus einer mehr als zweipersonalen GesbR überzeugt nicht. Es sind auch keine Gründe ersichtlich, die eine solche Differenzierung erforderlich machen würden.
- Da aufgrund der Nachhaftung ausscheidender Gesellschafter ohnedies kaum eine Beeinträchtigung der berechtigten Interessen von Vertragspartnern der „GesbR“ vorliegen wird, erscheint uns auch bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer mehr als zweipersonalen GesbR die Anordnung einer Gesamtrechtsnachfolge vertretbar und im Hinblick auf das Ziel, die Fortführung des Gesellschaftsbetriebs möglichst reibungslos zu gestalten, im Verhältnis zu anderen Regelungsalternativen vorzugswürdig. Zur Vermeidung von Härtefällen, sollte jedoch eine Regelung in Anlehnung an § 160 Abs 3 UGB zu Vorleistungsfällen in den Rechtstext aufgenommen werden.
- Die Gesamtrechtsnachfolge im GesbR-Recht sollte sich nicht von der Gesamtrechtsnachfolge im OG-Recht unterscheiden. Insbesondere sollten auch bürgerliche Rechte von der

Gesamtrechtsnachfolge umfasst sein. Ansonsten müssten diese auch bei der Berechnung des Abfindungsguthabens des ausscheidenden Gesellschafters (jedenfalls solcher Gesellschafter, die in Folge der Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen ausscheiden) unberücksichtigt bleiben.