

Inhaltsverzeichnis

I.	Die Einführung des UGB	24
A.	<i>Allgemeines</i>	24
B.	<i>Erkannter Reformbedarf</i>	24
1.	Historischer Ursprung des HGB.....	25
2.	Materiell-rechtlicher Reformbedarf.....	26
2.1	Kaufmannbegriff	26
2.2	Weitere Reformpunkte	28
C.	<i>Reformprozess</i>	29
D.	<i>Konkrete Reformschritte</i>	30
1.	Grundtatbestand.....	31
2.	Firmenrecht.....	33
2.1	Definition.....	33
2.2	Kernbestimmung des liberalisierten Firmenrechts.....	35
2.3	Zwingende Rechtsformzusätze.....	38
2.4	Konkretisierung des Irreführungsgebots in Bezug auf Personenfirmen.....	39
3.	Personengesellschaftsrecht.....	40
3.1	Anwendungsbereich von OG und KG.....	40
3.2	Rechtsfähigkeit und Normativsystem	41
3.3	Einlagen, Gewinn und Verlust	42
3.3.1	<i>Gewinn- und Verlustberechnung</i>	42
3.3.2	<i>Gewinn- und Verlustzuweisung</i>	43
3.3.3	<i>Gewinnentnahme</i>	44
3.4	Diligentia quam in suis.....	44

3.5	Haftung des Kommanditisten	45
3.6	Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden des Gesellschafters.....	46
3.7	Nachhaftungsbegrenzung des ausscheidenden Gesellschafters	47
3.8	Liquidation.....	48
3.9	GesbR	48
II.	Die Vorgesellschaft	49
A.	<i>Problemaufriss</i>	49
B.	<i>Überblicksartige Darstellung der bisherigen Rechtslage</i>	54
1.	Zur Rechtsnatur der Personenhandelsgesellschaften.....	54
1.1	OHG und KG	54
1.1.1	§ 124 HGB	54
1.1.2	Art 7 Nr 9 Abs 1 EVHGB	55
1.1.3	Entwicklung in Lehre und Rsp:.....	56
1.2	EEG.....	57
2.	Das Entstehen der fertigen Gesellschaft als Rechtsträgerin	57
2.1	OHG und KG	57
2.2	EEG.....	58
3.	Zur Rechtsnatur der Vorgesellschaft	59
3.1	OHG und KG	59
3.2	EEG.....	60
C.	<i>Die geänderte Rechtslage nach dem UGB</i>	61
1.	OG und KG.....	61
1.1	Rechtsnatur der OG und KG.....	61
1.1.1	Rechtsfähigkeit:	61
1.1.2	Gesamthandschaftliche Verbundenheit	63
1.1.3	Juristische Person.....	66

1.2	Entstehung als Rechtsträger	70
2.	Die Personenvorgesellschaften – Vor-OG und Vor-KG	72
2.1	Die zentralen Normen.....	72
2.2	Die Rechtsnatur der Personenvorgesellschaft	73
2.3	Das Innenverhältnis der Vorgesellschaft.....	85
2.3.1	<i>Rechtsquellen</i>	85
2.3.2	<i>Das Gesellschaftsvermögen</i>	87
2.3.2.1	<i>Allgemeines</i>	87
2.3.2.2	<i>Eigentumsfähige Sachen</i>	87
2.3.2.3	<i>Forderungen</i>	88
2.3.2.4	<i>Verbindlichkeiten</i>	88
2.3.2.5	<i>Vertragspositionen</i>	88
2.4	Das Außenverhältnis der Vorgesellschaft	89
2.4.1	<i>Ausgangspunkt - § 123 UGB als Vertretungsregel</i>	89
2.4.1.1	<i>Handelnde Personen und getätigte Geschäfte</i>	90
2.4.1.2	<i>Nach Errichtung, aber vor Entstehung</i>	93
2.4.1.3	<i>Das Handeln im Namen der Gesellschaft</i>	94
2.4.1.3.1	<i>Allgemeines</i>	94
2.4.1.3.2	<i>Handeln im Namen der fertigen Gesellschaft</i>	95
2.4.1.3.3	<i>Handeln im Namen der Vorgesellschaft</i>	97
2.4.1.3.4	<i>Handeln in einem nicht eintragungsfähigen Namen</i> ..	99
2.4.1.3.5	<i>Handeln unter einer anderen Geschäftsbezeichnung</i> ..	103
2.4.1.4	<i>Die Regelung der tatsächlichen Vertretungsmacht des Gesellschafters</i>	104
2.4.1.5	<i>Vermutung der Vertretungsmacht</i>	111
2.4.1.6	<i>Maßstab der Gutgläubigkeit</i>	114
2.4.1.7	<i>Was wird in § 123 Abs 2 S 2 UGB vermutet?</i>	122

2.4.1.8	<i>Verhältnis des Vertretungsrechts von Personenvorgesellschaft und unternehmerisch tätiger GesbR</i>	123
2.4.1.9	<i>Zustimmung zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit im Vorstadium</i>	124
2.4.1.10	<i>Rechtsfolge der Vertretungsregel - Berechtigung und Verpflichtung aller Gesellschafter</i>	125
2.4.1.10.1	<i>Verpflichtung</i>	126
2.4.1.10.2	<i>Berechtigung</i>	128
2.4.1.10.3	<i>Die Rechtsfolge bei Erkennbarkeit oder Kenntnis des Dritten vom Vollmachtmangel</i>	130
2.4.1.11	<i>Eintritt der Gesellschaft in die in deren Namen geschlossenen Rechtsverhältnisse</i>	134
2.5	<i>Die Vorgründungsgesellschaft</i>	141
2.5.1	<i>Allgemeines</i>	141
2.5.2	<i>Rechtsgeschäftliches Tätigwerden im Stadium der Vorgründungsgesellschaft</i>	143
2.5.3	<i>Übergang der Rechtsverhältnisse</i>	148
2.6	<i>Die Vor-KG</i>	150
2.6.1	<i>Vorbemerkungen zur KG</i>	150
2.6.2	<i>§ 176 Abs 1 UGB als Vertretungsregel</i>	151
2.6.2.1	<i>Allgemeines</i>	151
2.6.2.2	<i>Die KG vor Eintragung entsprechend der Rechtslage vor dem HaRÄG 2005</i>	153
2.6.2.3	<i>„Gesellschafter“ iSd § 176 Abs 1 UGB</i>	155
2.6.2.4	<i>Die Vertretungsmacht von Komplementären und Kommanditisten</i>	158

2.6.2.5	<i>Die Rechtsfolge des § 176 Abs 1 S 1 UGB und das Verhältnis von § 123 Abs 2 S 1 UGB zu § 176 Abs 1 S 1 UGB</i>	164
2.6.2.6	<i>Das Haftungsprivileg des künftigen Kommanditisten nach § 176 Abs 1 S 1 UGB</i>	169
2.6.2.7	<i>Entfall der Haftung durch Leistung der Pflichteinlage..</i>	171
2.6.2.8	<i>Die Bedeutung der Haftungsprivilegierung im Stadium der Vorgesellschaft für das Recht der GesbR.....</i>	175
2.6.3	<i>Die Auskunftspflicht nach § 171 S 2 UGB</i>	177
2.6.3.1	<i>Problemaufriss</i>	177
2.6.3.2	<i>Alternativer Regelungsansatz de lege ferenda</i>	179
2.6.3.3	<i>Auskunftspflicht bereits bisher de lege lata.....</i>	180
2.6.3.4	<i>Normadressat des § 171 S 2 UGB.....</i>	184
2.6.3.5	<i>Die Person des Auskunftsberechtigten</i>	185
2.6.3.6	<i>Aufklärungspflicht bereits im vorvertraglichen Bereich</i>	186
2.6.3.7	<i>Umfang der Aufklärungspflicht</i>	189
2.6.3.8	<i>Art und Weise der Aufklärung</i>	189
2.6.3.9	<i>Angemessene Frist.....</i>	190
2.6.3.10	<i>Pflicht zur Auskunft von sich aus.....</i>	193
2.6.3.11	<i>Rechtsfolgen</i>	197
2.6.3.11.1	<i>Allgemeines</i>	197
2.6.3.11.2	<i>Im Falle des Schweigens des Kommanditisten.....</i>	197
2.6.3.11.3	<i>Im Falle der fehlerhaften Auskunft, dass nicht (vollständig) geleistet worden sei.....</i>	199
2.6.3.11.4	<i>Im Falle der fehlerhaften Auskunft, dass vollständig geleistet worden sei</i>	202
2.6.3.12	<i>Sonderfragen der Haftung bei Verletzung der Auskunftspflicht</i>	203

2.6.3.12.1	<i>Schutz des bloßen Vermögens</i>	203
2.6.3.12.2	<i>§ 171 S 2 UGB als Schutzgesetz iSv § 1311 ABGB?</i>	204
2.6.3.12.3	<i>Beweislastverteilung</i>	206
2.6.3.12.3	<i>Gehilfenhaftung</i>	207
2.6.3.13	<i>Auskunftspflicht nach § 171 S 2 UGB im Stadium der Vor-KG</i>	208
2.6.3.13.1	<i>Fehlende Ersichtlichkeit der Stellung als beschränkt haftender Gesellschafter</i>	209
2.6.3.13.2	<i>Fehlende Ersichtlichkeit der Haftsummenhöhe</i>	210
2.6.3.13.3	<i>Veränderungen in der Höhe der Haftsumme</i>	211
a)	<i>Erhöhung der Haftsumme</i>	212
aa)	<i>Haftsummenerhöhung nach Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch</i>	212
ab)	<i>Haftsummenerhöhung vor Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch</i>	215
aaa)	<i>Wirksamkeit der Haftsummenerhöhung hinsichtlich Neuverbindlichkeiten</i>	215
bbb)	<i>Wirksamkeit der Haftsummenerhöhung hinsichtlich Altverbindlichkeiten</i>	218
b)	<i>Herabsetzung der Haftsumme</i>	221
aa)	<i>Haftsummenherabsetzung nach Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch</i>	221
ab)	<i>Haftsummenherabsetzung vor Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch</i>	223
aaa)	<i>Wirksamkeit der Haftsummenherabsetzung hinsichtlich Neuverbindlichkeiten</i>	223
bbb)	<i>Wirksamkeit der Haftsummenherabsetzung hinsichtlich Altverbindlichkeiten</i>	225

2.6.3.13.4	<i>Firmenbucheintragung der Gesellschaft als Voraussetzung für das Haftungsprivileg?</i>	226
2.6.3.13.5	<i>Fehlende Vereinbarung der Haftsumme im Gesellschaftsvertrag</i>	227
a)	Im Falle einer Überbewertung	228
b)	Im Falle einer Unterbewertung	229
2.6.3.13.6	<i>Unwirksamkeit der Pflichteinlage</i>	230
a)	Entscheidung des BGH als Ausgangspunkt	231
b)	Literaturstimmen und eigene Stellungnahme	232
2.6.3.13.7	<i>Unwirksamkeit der Haftsummenvereinbarung</i>	244
2.7	Übergangsbestimmungen	244
2.7.1	<i>Vor dem 1.1.2007 entstandene Gesellschaften</i>	244
2.7.2	<i>Vor dem 1.1.2007 errichtete, aber noch nicht entstandene Gesellschaften</i>	246
III.	Zusammenfassung	247

Literaturverzeichnis

Aicher in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 3. Auflage (2000); wird zitiert: *Aicher* in Rummel³ [§] [Rz]

Baumach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 33. Auflage (2008); wird zitiert: *Baumbach/Hopt*, HGB³³ [§] [Rz]

Beclin/Kühnberg, Das Unternehmensgesetzbuch (UGB) und die Anpassungen des ABGB im Überblick, NZ 2007, 33

Birnbauer in Dehn/Krejci, Das neue UGB (2005); wird zitiert: *Birnbauer* in Dehn/Krejci, UGB

Büttner, Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen (1967); wird zitiert: *Büttner*, Identität

Bydlinski Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage (1991); wird zitiert: *Bydlinski*, Methodenlehre

Bydlinski Franz, System und Prinzipien des Privatrechts (1996); wird zitiert: *Bydlinski*, System

Bydlinski Peter, Die Reform des deutschen Handelsgesetzbuches: Vorbild für Österreich? JBl 1998, 405

Bydlinski Sonja, Das Projekt eines Unternehmensgesetzbuchs - Darstellung der Weichenstellungen im MinEntw, JBl 2004, 2

Bydlinski Sonja/Potyka/Weber, Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008 - URÄG 2008 (2008); wird zitiert: *S. Bydlinski/Potyka/Weber*, URÄG 2008

Dehn in Krejci (Hrsg), Kommentar zu den durch das HaRÄG 2005 eingeführten Neuerungen im Unternehmensgesetzbuch und im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (2007); wird zitiert *Dehn* in Krejci, Reform-Kommentar UGB [§] [Rz]

Dehn, Vom Kaufmann zum Unternehmer, JBl 2004, 5

Dehn, Auf dem Weg zum Unternehmensgesetzbuch: Der MinEntw zur HGB-Reform, RWZ 2004/1

Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation (2001); wird zitiert: *Dellinger*, Personengesellschaften

Dregger, Haftungsverhältnisse bei der Vorgesellschaft (1951); wird zitiert: *Dregger*, Vorgesellschaft

Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth Marianne, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007); wird zitiert *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht

Eiselsberg/Haberer, Das neue Firmenrecht der Gesellschaften, ecolex 2004, 16

Fabricus, Relativität der Rechtsfähigkeit (1963); wird zitiert: *Fabricus*, Rechtsfähigkeit
Fabricus, Vorgesellschaften bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung: ein Irrweg? in Loebenstein (Hrsg), Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft: Festschrift für Walther Kastner zum 70. Geburtstag (1972) 85; wird zitiert: *Fabricus* in FS Kastner

Fantur, Das Haftungssystem der GmbH-Vorgesellschaft (1997) Wien; wird zitiert: *Fantur*, Haftungssystem

Feine, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Ehrenberg (Hrsg), Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band III (1929) 200; wird zitiert: *Feine* in Ehrenberg, Handelsrecht

Feil/Wenning, Anwaltsrecht, 5. Auflage (2008); wird zitiert: *Feil/Wenning*, Anwaltsrecht⁵

Flume, Die werdende juristische Person, in Ballerstedt/Hefermehl (Hrsg), Festschrift für Ernst Gessler zum 65. Geburtstag (1971) 3; wird zitiert *Flume* in FS Gessler

Flume, Die Personengesellschaft (1977); wird zitiert: *Flume*, Personengesellschaft

Fucik/Rechberger in Rechberger (Hrsg), Kommentar zur ZPO, 3. Auflage (2006); wird zitiert: *Fucik/Rechberger* in Rechberger, ZPO³ [§] [Rz]

Geist, Grundprobleme der Kapitalvorgesellschaft (1991); wird zitiert: *Geist*, Kapitalvorgesellschaft

Geist/Lindner, UGB (2006); wird zitiert: *Geist/Lindner*, UGB

Grillberger in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 3. Auflage (2000); wird zitiert: *Grillberger* in Rummel³ [§] [Rz]

Grunewald in Schmidt Karsten (Hrsg), Münchner Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band III (2002); wird zitiert: *Grunewald* in MünchKomm HGB [§] [Rz]

Grünwald, Rechtsfolgen des Erwerbs bzw. Verlusts der Vollkaufmannseigenschaft bei Personengesellschaften (II), GesRZ 1993, 225

Haberer, Nachhaftungsbegrenzung bei Dauerschuldverhältnissen, ecolex 2004, 275

Handig, Neue Kennzeichnungspflichten nach UGB und GewO, ecolex 2007, 165

Harrer, Über die "Vormännerhaftung" und Reformerfordernisse im Recht der Kommanditgesellschaft, wbl 2003, 209

Harrer, Kommanditgesellschaft und HGB-Reform, GesRZ 2004, 85

Harrer, Über die „Vormännerhaftung“ und Reformerfordernisse im Recht der Kommanditgesellschaft, wbl 2003, 212

Harrer/Mader (Hrsg), Die HGB-Reform in Österreich (2005); wird zitiert: *Harrer/Mader*, HGB-Reform

Hüffer, Vorgesellschaft und Einmanngründung, in Roth (Hrsg), Die Zukunft der GmbH (1982) 167; wird zitiert: *Hüffer* in Roth, Zukunft der GmbH

Jabornegg in Jabornegg, Kommentar zum HGB (1997); wird zitiert: *Jabornegg* in Jabornegg, HGB [§] [Rz]

Jabornegg/Resch, § 1175 in Schwimann, Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band V, 3. Auflage (2006); wird zitiert: *Jabornegg/Resch* in Schwimann³ [§] [Rz]

Johst, Die GmbH vor der Eintragung (1932); wird zitiert: *Johst*, GmbH

Joost, Vorbelastungsverbot und Leistung der Bareinlage in das Vermögen der Vor-GmbH vor Fälligkeit, ZGR 1989, 554

Jickeli in Schmidt Karsten (Hrsg), Münchner Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band II (2004); wird zitiert: *Jickeli* in MünchKomm HGB [§] [Rz]

Jud/Nitsche, Die Registrierung des Beginns einer OHG, GesRZ 1976, 88

Jung, Firmen von Personenhandelsgesellschaften nach neuem Recht, ZIP 1998, 677

Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008); wird zitiert: *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht

Karner in *Koziol/Bydlinski Peter/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB, 2. Auflage (2007); wird zitiert: *Karner* in *KBB*² [§] [Rz]

Kastner, Die Vorgesellschaft, ÖJZ 1953, 1

Kastner, Zum Vorgründungsvertrag und zur Vorgesellschaft, NZ 1955, 154

Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Auflage (1990); wird zitiert: *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵

Keinert, Bemerkungen zum Entwurf eines Unternehmensgesetzbuches, ÖJZ 2004, 460

Keinert, Das neue Unternehmensrecht (2006); wird zitiert: *Keinert*, Unternehmensrecht

Keinert, Rechnungslegungspflicht auch bei der GesbR als „verdeckter juristischer Person“? ecolex 2007, 253

Kerschner, Gedanken zur Haftung des falsus procurator nach Handelsrecht - de lege lata und de lege ferenda, JBl 2003, 901

Koppensteiner in *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit einschlägigen Bestimmungen, Band I, 3. Auflage (2003); wird zitiert: *Koppensteiner* in *Straube*³ [§] [Rz]

Koppensteiner/Rüffler, Gmbh-Gesetz, 3. Auflage (2007); wird zitiert: *Koppensteiner/Rüffler*, GmbhG³ [§] [Rz]

Koziol, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht; Band II, 2. Auflage (1984); wird zitiert: *Koziol*, Haftpflichtrecht II²

Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹³ (Wien 2006); wird zitiert: *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³

Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts II¹³ (Wien 2007); wird zitiert: *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³

Kramer in Straube, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit einschlägigen Bestimmungen, Band I, 3. Auflage (2003); wird zitiert: *Kramer* in Straube³ [§] [Rz]

Krejci, Erwerbsgesellschaftengesetz (1991); wird zitiert: *Krejci*, EGG [§] [Rz]

Krejci, Reformbedarf im Handels- und Gesellschaftsrecht, in Fuchs (Hrsg), Wirtschaftsstandort Österreich - von der Theorie zur Praxis: Festschrift zum 60. Geburtstag von Heinz Handler (2001) 263; wird zitiert: *Krejci* in FS Handler

Krejci, Methodisches, Dogmatisches und Politisches zur Grundtatbestandsbildung im „Handelsrecht“ in Koziol (Hrsg), Im Dienste der Gerechtigkeit: Festschrift für Franz Bydlinski (2002) 219; wird zitiert: *Krejci* in FS Bydlinski

Krejci/Schmidt K., Vom HGB zum Unternehmergezet (2002); wird zitiert: *Krejci/K. Schmidt*, Unternehmergezet

Krejci, HGB-Reform und freie Berufe, AnwBl 2003, 67

Krejci, Zum MinEntw einer HGB-Reform, VR 2003, 218

Krejci, HGB-Reform: Gesellschaftsrechtliche Aspekt, GeS 2003, 232

Krejci, Gesellschaftsrechtliche Neuerungen des UGB, JBl 2004, 10

Krejci, Abschied von der falsus-procurator-Haftung nach Art 8 Nr 11 EVHGB, in Fischer-Czermak (Hrsg), Festschrift Rudolf Welser zum 65. Geburtstag (2004) 559; wird zitiert: *Krejci* in FS Welser

Krejci, Handelsrechtsreform - Stand Herbst 2004 (2004); wird zitiert: *Krejci*, Handelsrechtsreform

Krejci, Gesellschaftsrecht I - Allgemeiner Teil und Personengesellschaften (2005); wird zitiert: *Krejci*, Gesellschaftsrecht I

Krejci, Zur OG, KG und GesbR, ÖJZ 2006, 53

Krejci in *Krejci* (Hrsg), Kommentar zu den durch das HaRÄG 2005 eingeführten Neuerungen im Unternehmensgesetzbuch und im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (2007); wird zitiert: *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB [§] [Rz]

Krejci, HGB-Reform und freie Berufe, in Österreichische Notariatskammer (Hrsg), Freiheit, Sicherheit, Recht - Notariat und Gesellschaft: Festschrift Georg Weißmann (2003) 451; wird zitiert: *Krejci* in FS Weißmann

Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 14. Auflage (1987); wird zitiert: *Larenz*, Schuldrecht¹⁴

Neubauer in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band II (1991); wird zitiert: *Neubauer* in MünchHdb

Nowotny, UGB - Was bringt es Neues für die Personengesellschaften? RdW 2007, 142

Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008); wird zitiert: *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht

Ostheim, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht (1967); wird zitiert: *Ostheim*, Rechtsfähigkeit

Ostheim, Probleme der Vorgesellschaft bei der GmbH, JBl 1978, 337

Ostheim, Die Vorgesellschaft im österreichischen Recht, in Roth (Hrsg), Die Zukunft der GmbH (1982) 167; wird zitiert: *Ostheim* in Roth, Zukunft der GmbH

Perner, Die Haftung des Scheinvertreters nach dem UGB (§ 1019 ABGB), RdW 2007, 14

Picker, Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, JZ 1987, 1041

Posch in Schwimann, Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 3. Auflage (2005); wird zitiert: *Posch* in Schwimann³ [§] [Rz]

Rawert in Schmidt Karsten (Hrsg), Münchner Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band II (2004); wird zitiert: *Rawert* in MünchKomm HGB [§] [Rz]

Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung, Band I, 2. Auflage (1997); wird zitiert: Reich-Rohrwig, GmbHG²

Reich-Rohrwig/Schneider, Wesentliche Neuerungen im Recht der Personengesellschaften nach dem UGB, ecolex 2006, 389

Reinhardt, Der Ersatz des Drittschadens (1933); wird zitiert: *Reinhardt*, Drittschaden

Resch, Abgrenzungsfragen zur Eingetragenen Erwerbsgesellschaft, ÖJZ 2000, 377

Resch, Abgrenzungsfragen zur geplanten offenen Personengesellschaft, SWK 2004, W 21

Riedler, Gesellschaftskompetenz bei Forderungen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 1203 S 2 ABGB), JBl 1999, 63

Riedler, § 178 UGB - Vertretungsmacht ohne Vollmacht bei der unternehmerisch tätigen GesbR? wbl 2007, 515

Riedler in Koziol/Bydlinski Peter/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB, 2. Auflage (2007); wird zitiert: *Riedler* in KBB² [§] [Rz]

Riegger, Zur Haftung des Kommanditisten vor der Eintragung ins Handelsregister, BB 1979, 1381

Rittner, Die werdende juristische Person (1973); wird zitiert: Juristische Person

Roth/Fitz, Handels und Gesellschaftsrecht (2000); wird zitiert: *Roth/Fitz*, Handels und Gesellschaftsrecht

Roth/Fitz, Eckdaten einer österreichischen HGB-Reform, JBl 2002, 409

Roth/Fitz, Unternehmensrecht, 2. Auflage (2006); wird zitiert *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht²

Roth/Fitz/Beiser, Der Übergang von der GesbR zur OG gemäß § 8 Abs 3 UGB, JBl 2007, 342.

Rüffler, Zum Inhalt der Gesellschafterhaftung gemäß § 128 HGB, JBl 1999, 226

Rüffler, Kritisches zum UGB. Eine Besprechung von Harrer/Mader (Hrsg), Die HGB-Reform in Österreich, RdW 2005, 85

Rummel, Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte (1972); wird zitiert: *Rummel*, Vertragsauslegung

Schauer, Die Reform des deutschen Handelsrechts und ihr möglicher Einfluss auf das österreichische Recht, in Festschrift 100 Jahre Wirtschaftsuniversität Wien (1998) 39; wird zitiert: *Schauer* in FS 100 Wirtschaftsuniversität

Schauer, Zur Reform des österreichischen Handelsrecht - Kastners Vorschläge und die heutige Perspektive, GesRZ 2003, 3

- Schauer*, Integration des Handels- und Unternehmensrechts in das ABGB? in Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hrsg), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend (2003) 137; wird zitiert: *Schauer* in Fischer-Czermak/Hopf/Schauer, ABGB
- Schauer*, Das Sondervertragsrecht der Unternehmer im UGB, JBl 2004, 23
- Schauer*, Grundzüge der geplanten Handelsrechtsreform, ecolex 2004, 4
- Schauer* in Krejci (Hrsg), Kommentar zu den durch das HaRÄG 2005 eingeführten Neuerungen im Unternehmensgesetzbuch und im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (2007); wird zitiert: *Schauer* in Krejci, Reform-Kommentar UGB [§] [Rz]
- Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008); wird zitiert: *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht
- Schörghofer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht (2008); wird zitiert: *Schörghofer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht
- Schmidt Karsten*, Zum Vorbelastungsverbot im Gründungsstadium der Kapitalgesellschaften, NJW 1973, 1595
- Schmidt Karsten*, Einlage und Haftung des Kommanditisten (1977); wird zitiert: *K. Schmidt*, Einlage
- Schmidt Karsten*, Rechtsgrundlagen der Mitunternehmerschaft im Vorgründungsstadium der GmbH aus der Sicht des deutschen Rechts, GesRZ 1983, 1
- Schmidt Karsten*, Theorie und Praxis der Vorgesellschaft nach gegenwärtigem Stand, GmbHR 1987, 77
- Schmidt Karsten* in Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, Band III, 5. Auflage (1991); wird zitiert: *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB⁵ [§] [Rz]
- Schmidt Karsten* in Schmidt Karsten (Hrsg), Münchner Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band II (2002); wird zitiert: *K. Schmidt* in MünchKomm HGB [§] [Rz]
- Schmidt Karsten*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage (2002); wird zitiert: *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴

Schmidt Karsten, Zum Stand der HGB-Reform. Rechtsdogmatische und rechtspolitische Überlegungen, JBl 2003, 137

Schmidt Karsten, Der Entwurf eines Unternehmensgesetzbuchs - eine rechtspolitische Analyse, JBl 2004, 31

Schmidt Karsten, in Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band I, 9. Auflage (2006); wird zitiert: *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG⁹ [§] [Rz]

Schramm in Rebmann (Hrsg), Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I (2001), wird zitiert: *Schramm* in MünchKomm BGB [§] [Rz]

Schreiber, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien (1925); wird zitiert: *Schreiber*, Kommanditgesellschaft

Schücking in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band I, 2. Auflage (2005); wird zitiert: *Schücking* in MünchHdb²

Steiner, Die GesbR nach Inkrafttreten des UGB, RdW 2007, 262

Straube, Grenzverschiebungen im Personengesellschaftsrecht, JBl 2003, 739

Torggler Ulrich, Das Sein und das Nichts: Die Vorgesellschaft als Rechtsverhältnis und als Rechtsträger, in Bernat (Hrsg), Festschrift Heinz Krejci zum 60. Geburtstag (2001) 954; wird zitiert: *U. Torggler* in FS Krejci

Torggler Ulrich, Abschied vom Handelsrecht? Zum Entwurf eines Unternehmensgesetzbuchs (2005); wird zitiert: *U. Torggler*, Handelsrecht

Torggler Ulrich/Torggler Hellwig in Straube, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit einschlägigen Bestimmungen, Band I, 3. Auflage (2003); wird zitiert: *U. Torggler/H. Torggler* in Straube³ [§] [Rz]

Ulmer in Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (2005); wird zitiert *Ulmer* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG [§] [Rz]

Ulmer, Abschied vom Vorbelastungsverbot im Gründungsstadium der GmbH - Gelöste und ungelöste Fragen zum Recht der Vor-GmbH und der Vor-GmbH & Co KG, ZGR 1981, 593

Verweijen, Das neue Recht der Personengesellschaften, NZ 2007, 1

Weilinger, Zur rechtlichen Einordnung der „Vorgesellschaft“ - vor allem zur Vor-GmbH und Vor-AG, GesRZ 1996, (I) 146, (II) 229

Weilinger, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht (1997); wird zitiert: *Weilinger*, Jahresabschluss

Weilinger, Zum Entstehen von Unternehmen kraft Rechtsform. Überlegungen anlässlich § 8 Abs 2 und § 133 Abs 1 Satz 2 UGB-E, in Kalss, Festschrift Peter Doralt zum 65. Geburtstag (2004) 671; wird zitiert: *Weilinger* in FS Doralt

Weilinger, Zum Anwendungsbereich des geplanten Unternehmensgesetzbuchs, in Fischer-Czermak, Festschrift Rudolf Welser zum 65. Geburtstag (2004) 1135; wird zitiert: *Weilinger* in FS Welser

Welser, Vertretung ohne Vollmacht - Zugleich ein Beitrag zur Lehre der cupla in contrahendo in Österreich (1970); wird zitiert: *Welser*, Vertretung

Welser, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gläubiger und Schuldner, GesRZ 1978, 144

Welser, Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983); wird zitiert: *Welser*, Rat

Wilhelm, Müllabfuhr Unternehmensgesetzbuch, ecolex 2004, 1

Winkler, Kaufmann quo vadis? Zur geplanten Reform des Kaufmannbegriffs (1999); wird zitiert: *Winkler*, Kaufmann

Wünsch, Die Haftung der Gründer einer GmbH, GesRZ 1984, 1

Akürzungsverzeichnis

aA	a) andere(r) Ansicht b) am Anfang
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946
Abl	ablehnend
Abs	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aE	am Ende
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch RGBI 1863/1
AktG	Aktiengesetz 1965 BGBI 98
aM	anderer Meinung
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AO	Ausgleichsordnung BGBI II 221/1934
Ao	außerordentlich, -e, -er, -es
Arg	argumento (folgt aus)
Art	Artikel
Aufl	Auflage
BB	Betriebsberater
betr	betreffend
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch RGBI 1896, 195

BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
Blg	Beilage, -n
BlgNR	Beilage(-n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BM	Bundesminister, -in, -ium
BMJ	Bundesminister(ium) für Justiz
bspw	beispielsweise
BVG	BGBI I 17/2006
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
ca	circa
cic	culpa in contrahendo (Verschulden beim Geschäftsabschluss)
ders	derselbe
dgl	dergleichen
dh	das heißt
dies	dieselbe
DS	Denkschrift
dens	denselben
d	deutsch
EBRV	Erläuternde Bemerkungen („Erläuterungen“) zur Regierungsvorlage
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EGG	Erwerbsgesellschaftengesetz BGBI 1990/257
endg	endgültig
Entschl	EntschlieÙung
Entw	Entwurf
Erläut	Erläuterung, -en

EStG 1988	Einkommensteuergesetz 1988 BGBl 400
etc	et cetera
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
EVHGB	(Vierte) Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich RGBI 1938 I 1999
f	folgend (-e, -er)
ff	und die folgenden
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GBIÖ	Gesetzblatt für das Land Österreich (1938-1940)
GedS	Gedächtnisschrift, Gedenkschrift (siehe auch GS)
gem	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz RGBI 70/1873
GesbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesRZ	Der Gesellschafter, Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GewO 1994	Gewerbeordnung 1994 BGBl 194
ggf	gegebenenfalls
ggT	gegenteilig
GIU(NF)	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes (Neue Folge)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung RGBI 58/1906
GP	Gesetzgebungsperiode
hA	herrschende Ansicht
HaRÄG 2005	Handelsrechts-Änderungsgesetz 2005 BGBl I 2005/120

HGB	Handelsgesetzbuch RGBI 1897, 219
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
HS	Halbsatz
idaF	in der alten Fassung
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
ieS	im engeren Sinne
inkl	inklusive
insb	insb
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des, der
iSe	im Sinne eines, einer
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
iZm	in Zusammenhang mit
JA	Justizausschuss
JAB	Justizausschussbericht
JB1	Juristische Blätter
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung RGBI 337/1914
krit	kritisch
KStG 1988	Körperschaftssteuergesetz BGBl I 410/1988

leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
lit	litera (Buchstabe)
m	mit
mbH	mit beschränkter Haftung
mE	meines Erachtens
ME	Ministerialentwurf
MEntw	Ministerialentwurf
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
mwN	mit weiteren Nachweisen
nF	neue Fassung
NJW	(deutsche) Neue Juristische Wochenschrift
NR	Nationalrat
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OG	Offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
OHG	Offene Handelsgesellschaft
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
ÖRZ	Österreichische Richterzeitung (siehe auch RZ)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rspr	Rechtsprechung (iSv Judikatur)
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl (-ziffer)

Slg	Sammlung
sog	so genannte, -r, -s
st Rspr	ständige Rechtsprechung
SWK	Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen
ua	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch
UNK	UN-Kaufrechtsübereinkommen
URÄG 2008	Unternehmensrechts-Änderungsgesetz BGBl I 2008/70
uU	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb BGBl 448/1984
uzw	und zwar
VbVG	Verbandsverantwortlichkeitsgesetz BGBl I 2005/151
vgl	vergleiche
Wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
zB	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung RGBI 1895/113
zT	zum Teil

I. Die Einführung des UGB

A. Allgemeines

Eine tiefgreifende Untersuchung des dieser Arbeit zugrunde liegenden Themas der „Personenvorgesellschaften nach UGB“, dh der Vor-OG und Vor-KG, an die der Anspruch methodisch korrekter Herangehensweise und Lösungsfindung gestellt wird, kann nicht auf die Darlegung der wesentlichen Problemfelder, die sich im HGB fanden, und der daraus resultierenden Reformbestrebungen verzichten. Ebenso muss der Blick auf die übrigen Neuerungen des Personengesellschaftsrechts gerichtet werden, die im Rahmen des Handelsrechtsänderungsgesetz 2005 (HaRÄG 2005)¹ mit 1. Jänner 2007 Einzug gefunden haben, mögen diese prima facie auch nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Vorgesellschaftsproblematik stehen; dies schon deshalb, weil die Auslegung der für die Personenvorgesellschaften einschlägigen Bestimmungen so rational und nachprüfbar wie möglich aus dem Recht heraus gelöst werden soll. Da mit Recht nicht nur die unmittelbar die Personenvorgesellschaft regelnden Bestimmungen gemeint sind, sondern alle publizierten Einzelvorschriften und ebenso die ihnen innewohnenden Zweck- und Prinzipienschichten, erscheint gerade angesichts derart weitreichender und teils systemändernder Neuerungen des Personengesellschaftsrechts, wie sie das HaRÄG 2005 vorsieht, auch die Beleuchtung der übrigen Neuregelungen besonders wichtig.

B. Erkannter Reformbedarf

Zum besseren Verständnis der seit langem verfolgten Bemühungen um eine Reformierung des Handelsgesetzbuches (HGB) ist angezeigt, bevor auf dessen erkannte

¹ BGBl I 2005/120.

materiell-rechtlichen Schwächen eingegangen werden soll, sich die historische Entwicklung des HGB in Erinnerung zu rufen.

1. Historischer Ursprung des HGB

Das HGB wurde als damals in Deutschland in Geltung stehendes HGB vom 10.5.1897² im Zuge der Besetzung Österreichs mit Wirkung 1.3.1939 durch das deutsche Reich mittels der Vierten Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich (EVHGB)³ gemeinsam mit einigen Bestimmungen des deutschen BGB auch in Österreich in Kraft gesetzt. Damit löste es das bis dahin in Geltung stehende Allgemeine Handelsgesetzbuch (AHGB)⁴ ab. Ursprünglich lediglich als Übergangslösung gedacht, hat sich an diesem Normenbestand bis zum Inkrafttreten des nunmehrigen Unternehmensgesetzbuches (UGB) mit 1. Jänner 2007 durch das HaRÄG 2005⁵ annähernd sieben Jahrzehnte nichts geändert. Bis Ende des Jahres 2006 standen also noch Bestimmungen des deutschen BGB⁶ in Österreich in Geltung, die vor allem auch eine Harmonisierung des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) mit den Normen des HGB erschwerten.⁷ Ein diesbezüglicher Reformbedarf iSe „Austrofizierung“ des österreichischen Handelsrechts schien damit überfällig.

² dRGBI 219/1897.

³ GBlÖ 1939/86.

⁴ Das AHGB wurde auf einer mit Beschluss des Deutschen Bundes einberufenen Konferenz in Nürnberg in den Jahren 1857 bis 1861 unter Beteiligung Österreichs ausgearbeitet und schließlich in Österreich mit Ausnahme des im vierten Buch enthaltenen Seerechts mit dem Einführungsgesetz vom 17.12.1862 (RGI 1863/1) am 1.7.1863 in Kraft gesetzt; vgl *Krejci* in *Krejci* (Hrsg), Reform-Kommentar UGB (2007) Einführung Rz 6 f.

⁵ BGBl I 2005/120.

⁶ Vgl nur Art 8 Nr 14 EVHGB.

⁷ Siehe etwa *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB Einführung Rz 13.

2. Materiell-rechtlicher Reformbedarf

Hat man sich so die historischen Grundlagen des bisher in Geltung stehenden Normenbestandes bewusst gemacht, kann in einem zweiten Schritt auf dessen materielle Schwächen und Systeminkonsistenzen bzw Systeminkompatibilitäten eingegangen werden.

2.1 *Kaufmannbegriff*

Allen voran konzentrierte sich das Schwergewicht der kritischen Stimmen auf den Kaufmannsbegriff, an den der Gesetzgeber die Anwendbarkeit des HGB knüpfte.⁸ Dieser wurde als übermäßig kompliziert und nicht mehr an die wirtschaftlichen Gegebenheiten des beginnenden 21. Jahrhunderts angepasst empfunden. So hatte das HGB ein Bild des Kaufmannes vor Augen, welches das von Warenhandel geprägte Wirtschaftsleben des 19. Jahrhunderts widerspiegelte. Dies findet seinen Niederschlag auch im Katalog der Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs 2 HGB. Nicht im nötigen Ausmaß berücksichtigt werden dabei insb die stetig wachsenden Dienstleistungsbranchen des modernen Geschäftslebens.⁹

Auch der übrige Normenbestand, der sich dem Aufbau, Schutz und Wirken von Unternehmern widmet, wie etwa Bestimmungen des Gesellschafts-, Wettbewerbs-, Kartell-, Immaterialgüter-, Kapitalmarkt-, Wertpapier-, Versicherungs-,

⁸ Besonders induktiv der Allgemeine Teil der EBRV 1058 BlgNR 22. GP 3 ff.

⁹ Vgl nur die EBRV 1058 BlgNR 22. GP 4.

Bank- und Börserechts oder etwa Bestimmungen im Recht der Absatzmittler,¹⁰ hat sich längst vom Kaufmannsbegriff losgesagt.¹¹

Das Regelungsanliegen des Sonderprivatrechts „Handelsrecht“, jeden, der selbständig auf professionelle Weise wirtschaftlich werthafte Leistungen gegen Entgelt am Markt anbietet, zu erfassen, wird damit nur mehr ungenügend erfüllt.¹² Der Kaufmannsbegriff war zu eng und führte dadurch zu unsachlichen Wertungsbrüchen. Um hier Abhilfe zu schaffen, gab es im Schrifttum vereinzelt Stimmen, die für eine analoge Anwendung des HGB auf nicht kaufmännische Unternehmer eintraten.¹³ Auf eine breite Mehrheit konnten sich jedenfalls diejenigen Kritiker¹⁴ stützen, die in dieser Hinsicht zumindest de lege ferenda Reformbedarf orteten.

Die Unzulänglichkeit des Kaufmannsbegriffes gewann indes auch auf einer zweiten Ebene an Brisanz. Denn der Unternehmerbegriff rückte und rückt immer häufiger ins Zentrum gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen,¹⁵ deren nationale Umsetzung im Kaufmannsbegriff keinen geeigneten Anknüpfungspunkt fand. Während

¹⁰ Diese Regelungsbereiche bildeten gemeinsam mit dem HGB das „Handelsrecht im weiteren Sinn“, so *Kalss/Schauer*, Allgemeines Handelsrecht (2002) 1/13 ff; vgl auch *Krejci*, Unternehmensrecht⁴ (2008) 5.

¹¹ Siehe auch die EBRV 1058 BlgNR 22.GP 4.

¹² So auch die EBRV 1058 BlgNR 22.GP 4 f.

¹³ Vgl etwa *K. Schmidt* in Münchner Kommentar zum Handelsgesetzbuch (1996) § 1 Rz 99.

¹⁴ Vgl auszugsweise *P. Bydlinski*, Die Reform des deutschen Handelsgesetzbuches: Vorbild für Österreich? JBl 1998, 405; *Schauer*, Die Reform des Handelsrechts und ihr möglicher Einfluss auf das österreichische Recht, in FS 100 Jahre Wirtschaftsuniversität Wien (1998) 47; *Winkler*, Kaufmann quo vadis? Der Kaufmannsbegriff und seine Reform (1999); *Krejci*, Reformbedarf im Handels- und Gesellschaftsrecht, in FS Handler (2001) 263; *dens*, Methodisches, Dogmatisches und Politisches zur Grundtatbestandbildung im „Handelsrecht“, in FS Bydlinski (2002) 219; *dens/K. Schmidt*, Vom HGB zum Unternehmergebot (2002); *P. Bydlinski*, Zur Reform des österreichischen Handelsrechts, GesRZ 2003, 3.

¹⁵ Vgl für viele die RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. 1999, Nr. L 171/12.

sich die Umsetzung ausschließlich unternehmensbezogener Bestimmungen im allgemeinem Zivilrecht lediglich als Notlösung präsentiert,¹⁶ ist auch aus Gründen der Klarheit und Einheitlichkeit eine Weiterentwicklung des Grundtatbestandes am Unternehmerbegriff geboten.¹⁷

2.2 Weitere Reformpunkte

Zunächst ist an dieser Stelle die seit langem gewonnene Einsicht zu nennen, dass das Firmenrecht des HGB übermäßig rigide, kompliziert und teils logisch nicht konsistent war. *Krejci/K. Schmidt*¹⁸ etwa attestierten dem Firmenrecht in pointierter Weise „biedermeierliche Betulichkeit und straffen Ordnungsdrill“ sowie eine „beklemmende Mischung aus Geistlichkeit, formaler Strenge und Lückenhaftigkeit“. So musste ein Einzelkaufmann bislang gem § 18 HGB mit vollem Vor- und Nachnamen, eine OHG oder KG nach § 19 Abs 2 HGB mit dem Namen eines persönlich haftenden Gesellschafters firmieren, während die GmbH sich gem § 5 GmbHG idF vor dem HaRÄG 2005 einer Personen- oder Sachfirma bedienen konnte. Die AG war wiederum nach § 4 AktG idF vor dem HaRÄG 2005 auf die Führung einer Sachfirma beschränkt, wovon nur aus wichtigem Grund abgewichen werden durfte. Zudem ist zu betonen, dass aus dieser Mangelhaftigkeit auch Wettbewerbsnachteile im gemeinsamen Markt resultierten.¹⁹

Neben dem Firmenrecht war insb auch das das Personengesellschaftsrecht von einer Vielzahl an Zweifelsfragen und nicht mehr zeitgemäßen Bestimmungen

¹⁶ Siehe etwa § 933b ABGB.

¹⁷ Zutr EBRV 1058 BlgNR 22.GP 5.

¹⁸ *Krejci, K. Schmidt*, Unternehmergegesetz, 123.

¹⁹ Siehe die EBRV 1058 BlgNR 22. GP 12 f: vgl idZ insb auch *Jung*, Firmen von Personenhandelsgesellschaften nach neuem Recht, ZIP 1998, 677 (679 f).

durchtränkt, die etwa vom Streit hinsichtlich der Rechtsfähigkeit der OHG und KG, über Teile des Organisationsrechts bis hin zu Fragen der Auflösungstatbestände und Liquidation reichten.²⁰ Weiterer Reformbedarf wurde seit längerem im Bereich des Rechnungslegungsrechts sowie bei den den unternehmerischen Geschäftsverkehr regelnden schuld- und sachenrechtlichen Sonderbestimmungen konstatiert.²¹

C. Reformprozess

Stein des Anstoßes zur Reform war eine Tagung der Wirtschaftskammer Österreich im April 2001, in deren Rahmen *Krejci* sowie *K. Schmidt* in Anlehnung an die Reform des dHGB im Jahre 1998 für ein neues Unternehmensrecht eintraten. In weiterer Folge wurde im Herbst 2001 im Bundesministerium für Justiz (BMJ) eine Arbeitsgruppe aus Vertretern von Wissenschaft und Praxis eingerichtet. Im August 2003 sandte das BMJ den Entwurf eines Handelsrechtsänderungsgesetzes (HaRÄG)²² zur Begutachtung aus. Schließlich lag im Juli 2005 die Regierungsvorlage (RV)²³ vor, die insb im Bereich des Gesellschaftsrechts in Ansehung der kritischen Stellungnahmen zum Ministerialentwurf (MEntw) erhebliche Änderungen enthielt.²⁴ Am 28.9.2005

²⁰ Vgl EBRV 1058 BlgNR 22. GP 14 ff.

²¹ Auf die entsprechenden Neuerungen in den rechnungsrechtlichen sowie schuld- und sachenrechtlichen Vorschriften durch das HaRÄG 2005 wird im Rahmen dieser Arbeit nur punktuell eingegangen werden, sofern es aus rechtsdogmatischen Gründen geboten erscheint.

²² JMZ 10.000K/27-I.3/2003.

²³ BlgNR 1058, 22. GP.

²⁴ Zum Schrifttum während des Gesetzwerdungsprozesses vgl insb *Harrer*, Über die "Vormännerhaftung" und Reformerfordernisse im Recht der KG, wbl 2003, 209; *Kerschner*, Gedanken zur Haftung des falsus procurator nach Handelsrecht - de lege lata und de lege ferenda, JBl 2003, 901; *Krejci*, HGB-Reform und freie Berufe, AnwBl 2003, 67; *dens*, HGB-Reform und freie Berufe, in FS Weißmann (2003) 451; *dens*, Zum MinEntw einer HGB-Reform, VR 2003, 218; *dens*, HGB-Reform: Gesellschaftsrechtliche Aspekte, GeS 2003, 232; *Schauer*, Zur Reform des österreichischen Handelsrechts - Kastners Vorschläge und die heutige Perspektive, GesRZ 2003, 3; *dens*, Integration des Handels- und Unternehmensrechts in das ABGB? in Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hrsg), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend (2003) 137; *K. Schmidt*, Zum Stand der HGB-Reform. Rechtsdogmatische und rechtspolitische Überlegungen, JBl

wurde das HaRÄG im Nationalrat einstimmig beschlossen. Am 13.10.2005 passierte es den Bundesrat und wurde in der Folge als BGBl I 2005/120 verlautbart. Das HaRÄG und damit das UGB traten am 1.1.2007 in Kraft.²⁵

D. Konkrete Reformschritte

Im Folgenden sollen die wesentlichen Neuerungen im Grundtatbestand, im Firmenrecht sowie im Recht der OG und KG²⁶ überblicksartig dargestellt werden, da diese unmittelbaren Einfluss auf die gegenständliche Arbeit ausüben. Auf die

2003, 137; *Straube*, Grenzverschiebungen im Personengesellschaftsrecht, JBl 2003, 739; *S. Bydlinski*, Das Projekt eines Unternehmensgesetzbuchs - Darstellung der Weichenstellungen im MinEntw, JBl 2004, 2; *Dehn*, Vom Kaufmann zum Unternehmer, JBl 2004, 5; *dies*, Auf dem Weg zum Unternehmensgesetzbuch: Der MinEntw zur HGB-Reform, RWZ 2004/1; *Eiselsberg/Haberer*, Das neue Firmenrecht der Gesellschaften, ecolex 2004, 16; *Haberer*, Nachhaftungsbegrenzung bei Dauerschuldverhältnissen, ecolex 2004, 275; *Harrer*, Kommanditgesellschaft und HGB-Reform, GesRZ 2004, 85; *Keinert*, Bemerkungen zum Entwurf eines Unternehmensgesetzbuches, ÖJZ 2004, 460; *Krejci*, Gesellschaftrechtliche Neuerungen des UGB, JBl 2004, 10; *dens*, Handelsrechtsreform - Stand Herbst 2004 (2004); *dens*, Abschied von der falsus-procurator-Haftung nach Art 8 Nr 11 EVHGB, in FS Welser (2004) 559; *Resch*, Abgrenzungsfragen zur geplanten offenen Personengesellschaft, SWK 2004, W 21; *Schauer*, Das Sondervtragsrecht der Unternehmer im UGB, JBl 2004, 23; *dens*, Grundzüge der geplanten Handelsrechtsreform, ecolex 2004, 4; *K. Schmidt*, Der Entwurf eines Unternehmensgesetzbuchs - eine rechtspolitische Analyse, JBl 2004, 31; *Wilhelm*, Müllabfuhr Unternehmensgesetzbuch, ecolex 2004, 1; *Weilinger*, Zum Entstehen von Unternehmern kraft Rechtsform. Überlegungen anlässlich § 8 Abs 2 und § 133 Abs 1 Satz 2 UGB-E, in FS Doralt (2004) 671; *dens*, Zum Anwendungsbereich des geplanten Unternehmensgesetzbuchs, in FS Welser (2004) 1135; *Harrer/Mader* (Hrsg), Die HGB-Reform in Österreich (2005); *Rüffler*, Kritisches zum UGB. Eine Besprechung von Harrer/Mader (Hrsg), Die HGB-Reform in Österreich, RdW 2005/106, 85; *U. Torggler*, Abschied vom Handelsrecht? Zum Entwurf eines Unternehmensgesetzbuchs (2005).

²⁵ Durch das Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008 (URÄG 2008), BGBl I 2008/70, in Kraft getreten am 1.6.2008, kam es - bedingt insb durch zwei umzusetzende EG-Richtlinien (Abschlussprüfungs-RL und Änderungs-RL) - zu teils wesentlichen Neuerungen im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht; diese Neuerungen betreffen vor allem den Bereich der Rechnungslegung und Abschlussprüfung und können daher für das im Rahmen dieser Arbeit zu untersuchende Thema beiseite gelassen werden; zum URÄG 2008 siehe etwa *S. Bydlinski/Potyka/Weber*, Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008 - URÄG 2008 (2008).

²⁶ Da mit dem HaRÄG 2005 nicht nur der Begriff des „Kaufmann“ aufgegeben werden sollte, sondern auch jener des „Handels“, wurde die Bezeichnung „Offene Handelsgesellschaft“ als nicht mehr passend betrachtet und folgerichtig durch den Begriff „Offene Gesellschaft (OG)“ ersetzt. Die Beibehaltung des Begriffes „Kommanditgesellschaft (KG)“ war hingegen unproblematisch; Gesellschaften, die vor Inkrafttreten des HaRÄG explizit unter „OHG“ firmierten, dürfen diesen Rechtsformzusatz weiterführen; siehe nur *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 19 Rz 27; zu den Neuerungen des Firmenrechts vgl I.D.2.

Änderungen im Rechnungslegungsrecht sowie in den schuld- und sachenrechtlichen Bestimmungen wird nur punktuell, sofern es die inhaltliche Auseinandersetzung erfordert, eingegangen werden.

1. Grundtatbestand

In Ansehung des als zu diffizil und zu eng empfundenen Begriffs des „Kaufmann“ hat sich der Gesetzgeber dazu entschlossen, ihn durch den Begriff des „Unternehmer“ als Grundtatbestand der Kodifikation zu ersetzen. Der Unternehmer definiert sich nicht mehr - übermäßig kasuistisch - über die Art des von ihm betriebenen Unternehmens, sondern über das Unternehmen selbst²⁷ und folgt dabei dem Unternehmerbegriff des Konsumentenschutzes.²⁸ Dementsprechend heißt es in § 1 Abs 1 UGB: „Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt.“ Das Unternehmen wird sodann in Abs 2 leg cit als „jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit“ umschrieben. Nicht gefordert wird, dass die Tätigkeit auf Gewinn gerichtet ist, da professionelle Tätigkeit auch schon bei kostendeckendem Wirtschaften gegeben sein kann.²⁹

Damit wird mit Ausnahme der freien Berufe sowie der Land- und Forstwirte, zu denen sogleich noch etwas gesagt werden soll, tatsächlich jeder, der selbständig auf professionelle Weise wirtschaftlich werthafte Leistungen gegen Entgelt am Markt anbietet, vom Anwendungsbereich des UGB erfasst. Differenzierungskriterien wie die Unterscheidung zwischen Grundhandels- und anderen Gewerben spielen ebenso keine Rolle mehr wie die Einteilung in Voll- und Minderkaufleute. Die Größe des

²⁷ *Beclin/Kühnberg*, Das Unternehmensgesetzbuch (UGB) und die Anpassungen des ABGB im Überblick, NZ 2007, 33 (34).

²⁸ Es kann daher weitgehend auf die Rsp und Literatur zum Unternehmerbegriff nach § 1 KschG zurückgegriffen werden.

²⁹ *Krejci/K. Schmidt*, Unternehmergegesetz 9.

Unternehmens kommt allerdings an anderer Stelle Bedeutung zu: Unternehmerisch tätige natürliche Personen sind gem § 189 Abs 1 Z 2 UGB zur Eintragung in das Firmenbuch verpflichtet, wenn sie über Euro 400.000,- Jahresumsatz erzielen. Berechtigt, sich in das Firmenbuch eintragen zu lassen, sind indes alle Einzelunternehmer.

Aufgrund heftigen Widerspruchs der Vertretungen der freien Berufe sowie der Land- und Forstwirte mussten für diese gewisse Abstriche bzw Zugeständnisse bei der grundsätzlichen Protokollierungspflicht gemacht werden. Sie sind nämlich nach wie vor von der Pflicht zur Eintragung in das Firmenbuch gem § 4 Abs 3 UGB und sohin von den nachfolgenden Bestimmungen des Ersten Buches³⁰ ausgenommen. Gem § 189 Abs 4 UGB findet auf sie ebenso wenig die Rechnungslegungspflicht des Dritten Buches Anwendung. Auch ihnen steht es allerdings frei, sich freiwillig in das Firmenbuch eintragen lassen und sich damit dem Ersten Buch zu unterwerfen.

In § 2 UGB findet sich eine Aufzählung der Unternehmer kraft Rechtsform: Diese sind Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Sparkassen, Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigungen, Europäische Gesellschaften und Europäische Genossenschaften. Die einzigen rechtsfähigen Gesellschaften, die in dieser Aufzählung nicht aufscheinen, sind eingetragene Personengesellschaften, Privatstiftungen und ideelle Vereine, die nur dann Unternehmer sind, wenn sie eine unternehmerische Tätigkeit entfalten.³¹

Schließlich hat der Gesetzgeber in § 3 UGB die Gruppe der Unternehmer kraft Eintragung vorgesehen. Darunter sind Personen zu subsumieren, die zu Unrecht in das

³⁰ Diese umfassen die Bestimmungen zum Firmenbuch, Firmenführung, Unternehmensübergang, Prokura und zur Handlungsvollmacht.

³¹ Vgl etwa *Beclin/Kühnberg*, NZ 2007, 33 (34 f).

Firmenbuch eingetragen sind und unter ihrer Firma handeln. Die Bedeutung dieser Bestimmung wurde ob der Öffnung des Grundtatbestands geschmälert.³²

Juristische Personen des öffentlichen Rechts gelten niemals als Unternehmer iSd §§ 1 bis 3 UGB, unterfallen aber den Bestimmungen des Vierten Buches über unternehmensbezogene Geschäfte uz auch dann, wenn sie keine unternehmerische Tätigkeit entfalten.

Anzumerken ist noch, dass das Erste Buch gem § 4 Abs 2 UGB auf Unternehmer iSd §§ 1 bis 3 UGB Anwendung findet. Wie bereits erwähnt, gilt dies für unternehmerisch tätige natürliche Personen nur dann, wenn sie die Jahresumsatzschwelle von Euro 400.000,- überschreiten und somit nach § 189 Abs 1 Z 2 UGB rechnungslegungspflichtig sind. Sie können sich aber jederzeit - ebenso wie die Angehörigen der freien Berufe sowie Land- und Forstwirte - freiwillig in das Firmenbuch eintragen lassen und sich so dem Ersten Buch unterstellen.

2. Firmenrecht

2.1 Definition

Die nunmehrige Definition der Firma enthält der durch das HaRÄG 2005 umgestaltete § 17 Abs 1 UGB:

„Die Firma ist der in das Firmenbuch eingetragene Name eines Unternehmers, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt“

³² So auch *Beclin/Kühnberg*, NZ 2007, 33 (34 f).

Zwei Aspekte dieser Definition erscheinen erörterungsbedürftig. Zum einen ist dies die Wendung „Name“ eines Unternehmers. Name idZ meint den Geschäftsnamen des Unternehmers.³³ Dieser kann unter Umständen vom bürgerlichen Namen des Unternehmers abweichen. Häufigster Fall wird die unternehmerisch tätige natürliche Person sein, doch sind Abweichungen auch bei anderen Einzelunternehmern³⁴ möglich. So kann sich ein protokollierter Verein einer von seinem Vereinsnamen verschiedenen Firma bedienen. Ebenso ist es einer Gebietskörperschaft unbenommen, eine von ihrer Bezeichnung abweichende Firma zu führen.³⁵

Zum anderen darf unter „Firma“ nur der eingetragene Name eines Unternehmers subsumiert werden. Dies mutet insofern eigentümlich an, als die Rechtsform der OG und KG auch jenen Personen offen steht, die sich zu einer nicht unternehmerischen Tätigkeit zusammenschließen möchten.³⁶ Den Buchstaben des Gesetzes folgend, wäre auf solche Gesellschaften der Dritte Abschnitt des Ersten Buches über die Firma nicht anwendbar. Dieses Ergebnis war vom Gesetzgeber freilich nicht intendiert. Da der Gesetzeswortlaut von § 17 Abs 1 UGB („Name eines Unternehmers“) keine Grundlage für eine direkte, extensive Interpretation bietet, vielmehr der äußerst mögliche Wortsinn überschritten werden würde, ist mE eine analoge Anwendung der firmenrechtlichen Bestimmungen des Zweiten Abschnittes des Ersten Buches auf nicht unternehmerisch tätige OG oder KG geboten.³⁷

³³ Zutr *Dehn* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 17 Rz 2.

³⁴ Zum Begriff des Einzelunternehmers vgl die EBRV 1058 BlgNR 22.GP 21 ff (zu § 8 UGB).

³⁵ *Dehn* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 17 Rz 2 ff.

³⁶ Vgl auch I.D.3.1.

³⁷ AA *Dehn* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 17 Rz 4, die eine direkte Anwendung mit dem Hinweis vertritt, dass die Regelungen über die Firma schon deswegen auch auf nicht unternehmerisch tätige OG und KG anzuwenden seien, weil sonst eine Regelungslücke entstehen würde. Dies ist freilich methodisch unrichtig, kann doch nicht die direkte Anwendung einer Norm über deren äußerst möglichen Wortsinn damit begründet werden, dass ansonsten eine Lücke entstehen würde.

In § 17 Abs 2 UGB wird dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VerbVG)³⁸ Rechnung getragen und hinsichtlich der Verwendung der Firma in Strafverfahren zwischen Einzelunternehmern³⁹ und sonstigen Rechtsträgern unterschieden. Einzelunternehmern ist es demgemäß nicht gestattet, in einem Strafverfahren⁴⁰ unter ihrer Firma aufzutreten. Vielmehr dürfen sie lediglich ihren von der Firma verschiedenen Namen verwenden. Für die in § 2 UGB genannten Unternehmer kraft Rechtsform, eingetragene Personengesellschaften sowie andere Rechtsträger, die neben ihrer Firma keinen anderen Namen tragen und erst durch Eintragung ihren Namen (Firma) erhalten, gilt dies naturgemäß nicht.⁴¹

2.2 *Kernbestimmung des liberalisierten Firmenrechts*

Sedia legis der zentralen Norm des liberalisierten Firmenrechts⁴² ist § 18 UGB. Nach dessen Abs 1 muss die Firma zur Kennzeichnung des Unternehmers geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen. Laut Abs 2 leg cit darf die Firma keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen. Im Verfahren vor dem Firmenbuchgericht wird die Eignung zur Irreführung allerdings nur berücksichtigt, wenn sie ersichtlich ist.

§ 18 UGB ist der Versuch, das Interesse des Unternehmers an einer möglichst unbeschränkten Bildung und Führung einer werbewirksamen Firma einerseits und das

³⁸ BGBl 2005/151.

³⁹ Zum Begriff des Einzelunternehmers siehe *Dehn* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 8 Rz 10 ff.

⁴⁰ Darunter sind gerichtliche wie verwaltungsbehördliche Strafverfahren zu verstehen.

⁴¹ Vgl die EBRV 1058 BlgNR 22.GP 24 (zu § 17 UGB); ebenso *Dehn* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 17 Rz 11.

⁴² Zu den Beweggründen der Firmenliberalisierung siehe I.B.2.2.

Schutzbedürfnis der übrigen Marktteilnehmer andererseits miteinander zu vereinbaren.⁴³ Künftig müssen für eine wirksame Firmenbildung nur noch die positiven Anforderungen des § 18 Abs 1 UGB sowie die negativen Voraussetzungen des Abs 2 *leg cit* erfüllt sein. Einschränkungen iS einer Pflicht zur Führung von Sach- oder Personenfirmen je nach gewählter Rechtsform gibt es nicht mehr. Sohin kann nunmehr zwischen Personen-, Sach-, Misch- und sogar Phantasiefirmen frei gewählt werden.⁴⁴

Nach richtiger Ansicht⁴⁵ muss in § 18 Abs 1 UGB zwischen der Kennzeichnungseignung und der Unterscheidungskraft einer Firma unterschieden werden. Mit der Kennzeichnungseignung ist die Benennbarkeit einer Firma angesprochen, dh sie muss aussprechbare Buchstabenfolgen enthalten.⁴⁶ Auszuscheiden sind demnach insb Bildzeichen. Schon bisher wurden allerdings in der Rsp Kombinationen mit Zahlen, bestimmten Satzzeichen oder dem kaufmännischen oder mathematischen Und-Zeichen („&“ bzw „+“) als zulässig erachtet.⁴⁷ Insofern ändert sich nichts.

Die Unterscheidungskraft hat demgegenüber abstrakte Individualisierungsfunktion.⁴⁸ Nicht gegeben ist diese bei reinen Gattungs- oder Branchenbezeichnungen, wie etwa bei „Tischlerei GmbH“. Die konkrete Individualisierungsfunktion wird hingegen in § 18 Abs 2 UGB durch das generelle

⁴³ Siehe *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht², Rz 734 ff; *Dehn* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 18 Rz 12.

⁴⁴ Vgl etwa *Verweijen*, Das neue Recht der Personengesellschaften, NZ 2007, 1 (2 f), der mE zutr in Bezug auf Phantasiebezeichnungen auf die Relevanz der Rsp zum Markenrecht verweist.

⁴⁵ Zutr *Dehn* in Krejci, Reform-Kommentar § 18 UGB Rz 19 ff; aA *Keinert*, Das neue Unternehmensrecht (2006) Rz 66.

⁴⁶ *Dies* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 18 Rz 19 ff.

⁴⁷ *Birnbauer* in Dehn/Krejci, Das neue UGB (2005) 33; vgl auch *Dehn* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 18 Rz 20.

⁴⁸ Vgl *dies* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 18 Rz 24 f.

Irreführungsverbot erreicht. In Bezug auf denselben Ort oder dieselbe Gemeinde erschließt sich die Prüfung der Individualisierungseignung aus § 29 UGB.⁴⁹

Das Irreführungsverbot des § 18 Abs 2 UGB wird also in zweifacher Hinsicht begrenzt: Einerseits wurde die Wesentlichkeitsschwelle im Hinblick auf die angesprochenen Verkehrskreise in den Tatbestand eingezogen („materielle Schranke“); andererseits ist die Irreführungseignung vom Firmenbuchgericht nur bei Ersichtlichkeit aufzugreifen („formelle Schranke“).⁵⁰

In § 18 Abs 2 UGB finden sich einige unbestimmte Gesetzesbegriffe, die einer näheren Betrachtung bzw Konkretisierung bedürfen. So ist fraglich, was unter der Wendung „geschäftliche Verhältnisse“ zu verstehen ist. Bei der entsprechenden Auslegung wird man sich wohl an der beispielhaften Aufzählung des § 2 Abs 1 UWG idF vom 1.4.2000, dh wie an der Beschaffenheit, am Ursprung, an der Herstellungsart oder Preisbemessung einzelner Waren, orientieren dürfen.⁵¹ Zum Zwecke des Schutzes des Geschäftsverkehrs wird man „geschäftliche Verhältnisse“ eher weit auslegen müssen.⁵²

Ebenso erläuterungsbedürftig ist die Wesentlichkeitsschwelle für die „angesprochenen Verkehrskreise“. Mit dieser Wendung ist die Bedachtnahme auf sich wandelnde Verkehrsauffassungen möglich. Wie *Dehn*⁵³ richtig betont, ist bei der (historisch-teleologischen) Auslegung auch auf die Begründung des

⁴⁹ Zutr *dies* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 18 Rz 26.

⁵⁰ *Dies* in Krejci, Reform-Kommentar § 18 UGB Rz 14.

⁵¹ So auch *dies* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 18 UGB Rz 34.

⁵² Zutr *dies* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 18 UGB Rz 34.

⁵³ Siehe *dies*, in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 18 Rz 35 ff, 43.

Regierungsentwurfes zu § 18 Abs 2 dHGB abzustellen. Diese spricht davon, dass es objektiviert auf die Sicht eines durchschnittlichen Angehörigen des betreffenden Personenkreises bei verständiger Würdigung ankommen soll. Quoten von 10 %, bei deren Erreichen bereits von Irreführung iSd UWG zu sprechen ist, werden damit überwunden. Somit wird auch die Wertungsparallelität von § 18 Abs 2 UGB und dem wettbewerbsrechtlichen Wahrheitssatz untergraben. Die firmenbuchrechtlichen Bestimmungen finden daher lediglich als Grobraster Anwendung, während das UWG die Funktion der Feinsteuerung übernimmt.⁵⁴

2.3 *Zwingende Rechtsformzusätze*

Mit der Liberalisierung des Firmenrechts sind zwangsläufig Informationsdefizite im Geschäftsverkehr verbunden.⁵⁵ So löst sich der Grundsatz der Firmenwahrheit, der bislang neben dem Täuschungsverbot des § 18 Abs 2 UGB insb durch die Identifizierungsfunktion der Firma gespeist worden ist, teilweise auf bzw erfährt eine neue Akzentuierung. Die angesprochene Identifizierungsfunktion der Firma fällt mit der Möglichkeit, sogar eine Phantasiebezeichnung zu führen, gänzlich weg.⁵⁶ Der Grundsatz der Firmenwahrheit reduziert sich auf das Irreführungsverbot des § 18 Abs 2 UGB.⁵⁷ Einen neuen Anstrich gewinnt es indes durch die nunmehr gem § 19 UGB zwingend der Firma beizufügenden Rechtsformzusätze; dies gilt auch, wenn die Firma fortgeführt wird. Begleitend dazu sind gem § 14 UGB künftig auf Geschäftspapieren und Bestellscheinen verpflichtend Angaben über die Firma und den Namen eines Einzelunternehmers zu tätigen, sofern sich dieser von der Firma unterscheidet.⁵⁸

⁵⁴ Vgl die EBRV 1058 BlgNR 22.GP 24 f (zu § 18 UGB).

⁵⁵ Siehe nur *Dehn* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 18 Rz 2 ff.

⁵⁶ Vgl aber § 20 UGB.

⁵⁷ Siehe *Dehn* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 18 Rz 4.

⁵⁸ Vgl dazu etwa *Handig*, Neue Kennzeichnungspflichten nach UGB und GewO, ecolex 2007, 9.

Die Rechtsformzusätze lauten gem § 19 Abs 1 UGB im Einzelnen:

1. Eingetragene(r) UnternehmerIn oder insb e.U.;
2. Offene Gesellschaft oder insb OG;
3. Kommanditgesellschaft oder insb KG;
4. Firmen von Angehörigen freier Berufe müssen einen Hinweis auf den ausgeübten freien Beruf enthalten (sofern berufsrechtliche Sondervorschriften nicht anderes vorsehen); Anstatt OG kann die Bezeichnung „Partnerschaft“ oder, sofern nicht die Namen aller Gesellschafter in der Firma enthalten sind, die Bezeichnung „und (&) Partner“ geführt werden, anstatt KG „Kommanditpartnerschaft“.

Zudem muss gem § 19 Abs 2 UGB der Umstand, dass in einer OG oder KG keine natürliche Person unbeschränkt haftet, aus der Firma erkennbar sein, uz auch wenn sie fortgeführt wird. Damit sind Firmenbildungen wie „X-AG & Co KG“, „X-GmbH & Co OG“ oder auch „X-Verein & Co KG“ angesprochen.

2.4 Konkretisierung des Irreführungsgebots in Bezug auf Personenfirmen

Eine weitere Konkretisierung erfährt das Irreführungsgebot nach § 18 Abs 2 UGB in Bezug auf Personenfirmen in § 20 UGB. Demnach darf in die Firma eines Einzelunternehmers oder einer eingetragenen Personengesellschaft der Name einer anderen Person als jener des Einzelunternehmers oder eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters nicht aufgenommen werden. Dies gilt lediglich für neu gebildete Firmen. Telos dieser Bestimmung ist die Vermeidung der Irreführung der Marktteilnehmer, die

mit einem Namen im Firmenwortlaut gewöhnlich den Inhaber des Unternehmens oder einen unbeschränkt haftenden Gesellschafter verbinden.⁵⁹

3. Personengesellschaftsrecht

3.1 Anwendungsbereich von OG und KG

Die OG und KG stehen nunmehr gem § 105 UGB für jeden erlaubten Zweck - einschließlich freiberuflicher und land- und forstwirtschaftlicher Tätigkeiten - offen. Damit knüpft der Gesetzgeber an den neuen, einheitlichen Unternehmerbegriff an, dem die Unterscheidung zwischen Voll- und Minderhandelsgewerbe fremd ist und der dementsprechend Unternehmen aller Art und Größe erfasst. Dadurch verlor sich auch der bisherige Dualismus von Handelsgesellschaften (OHG und KG) einerseits und Erwerbsgesellschaften andererseits. Das EEG wurde gegenstandslos.⁶⁰

Auch die freien Berufe sowie Land- und Forstwirte werden in den Geltungsbereich des UGB miteinbezogen. Ausnahmen gelten für sie nur insofern, als sie von der Pflicht zur unternehmensrechtlichen Rechnungslegung ausgeschlossen sind und ihre firmenrechtlichen Sonderregeln behalten dürfen.⁶¹

Die Rechtsform der OG und KG steht auch Nichtunternehmern offen. Dies ermöglicht, sich etwa zum Betrieb von Holdinggesellschaften ohne eigene operative Tätigkeit, von Besitzgesellschaften bei Betriebsaufspaltungen oder von reinen

⁵⁹ Vgl *Dehn* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 20 Rz 1.

⁶⁰ Vgl etwa *Reich-Rohrwig/Schneider*, Wesentliche Neuerungen im Recht der Personengesellschaften nach dem UGB, *ecolex* 2006, 389.

⁶¹ Siehe *Krejci*, *ÖJZ UGB: Zur OG, KG und GesbR*, 53 (54).

Vermögensverwaltungspools der Rechtsform der OG oder KG zu bedienen.⁶² Eine solche Gesellschaft untersteht nicht dem Vierten Buch des UGB, ebenso wenig dem ersten Buch mit Ausnahme dessen dritten Abschnitts über die Firma.⁶³

3.2 *Rechtsfähigkeit und Normativsystem*

Die an dieser Stelle gemachten Ausführungen zur Rechtsfähigkeit und zum Normativsystem sollen lediglich einen kurzen Überblick über die Neuerungen liefern. Sie werden ob ihrer zentralen Bedeutung für die der Arbeit zugrunde liegende Thematik unter II.C.1.1 und II.C.1.2 eingehend beleuchtet.

In § 105 UGB wird nunmehr ausdrücklich klargestellt, dass OG und KG rechtsfähig sind.⁶⁴ Sie sind auch vermögensfähig.⁶⁵ Dadurch ist aber keine strukturelle Gleichstellung mit den Kapitalgesellschaften intendiert,⁶⁶ vielmehr sind die Gesellschafter nach wie vor gesamthandschaftlich verbunden.

Das Entstehen der Gesellschaft wird im UGB nun gem § 123 Abs 1 UGB einheitlich an die Eintragung in das Firmenbuch gekoppelt. Dem „Normativsystem“ wird also der Vorzug gegenüber dem „System der freien Rechtsträgerbildung“ gegeben. Dies soll die im Rechtsverkehr erforderliche Klarheit und Rechtssicherheit bringen. Vor dem Hintergrund, dass die Größendifferenzierungen im Unternehmerbegriff gefallen sind, scheint das „System der freien Rechtsträgerbildung“, wie es nach dem HGB mit der

⁶² So die EBRV 1058 BlgNR 22. GP 35 ff (zu § 105 UGB).

⁶³ Vgl *Verweijen*, NZ 2007, 1 (2).

⁶⁴ Damit wird der langen Streitfrage nach der Rechtsfähigkeit der Personenhandelsgesellschaft im Spannungsverhältnis insb zwischen § 124 HGB und Art 7 Nr 9 EVHGB ein Ende gesetzt.

⁶⁵ Ausführlich *Krejci* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 105 Rz 13.

⁶⁶ So ausdrücklich in den EBRV 1058 BlgNR 22. GP 35 ff (zu § 105 UGB).

Aufnahme eines grundhandelsgewerblichen Betriebs bestanden hat, nicht mehr tragbar; bedenkt man, dass dieses lediglich auf jene Gesellschaften Anwendung fand, bei denen die Natur und der große Umfang der Tätigkeit die Firmenbucheintragung zu substituieren vermochte.⁶⁷

Mit der Entscheidung für das Normativsystem musste auch eine Lösung für die damit einhergehende Vorgesellschaftsproblematik getroffen werden. Die entsprechenden Regelungen finden sich insb in den §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB. Diese beiden Bestimmungen werden werden unter II.C.2.4.1 (hinsichtlich § 123 Abs 2 UGB) und II.C.2.6.2 (hinsichtlich § 176 Abs 1 UGB) ausführlich behandelt werden.

3.3 *Einlagen, Gewinn und Verlust*

3.3.1 *Gewinn- und Verlustberechnung*

Personengesellschaften, die unter die unternehmensrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften fallen, haben dementsprechend eine Bilanz und GuV zu erstellen. Andere müssen den Gewinn und Verlust gem § 120 UGB „nach den Ergebnissen einer sonstigen Abrechnung“ feststellen. Bei der Auslegung dieser Gesetzeswendung wird man sich an den einschlägigen steuerrechtlichen Vorschriften sowie an der betriebswirtschaftlichen lex artis - in ihrer einfachsten Form als Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben - orientieren dürfen.⁶⁸

⁶⁷ Vgl die EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40 f (zu § 123 UGB).

⁶⁸ Zutr *Krejci*, ÖJZ 2006, 53 (57).

3.3.2 Gewinn- und Verlustzuweisung

Gewinne und Verluste werden gem § 121 Abs 2 UGB nach dem Verhältnis der Beteiligung an der Gesellschaft zugewiesen, unabhängig davon ob der Gesellschafter seinen Anteil bereits eingezahlt hat. Die Beteiligung richtet sich nunmehr gem § 109 UGB nach dem Verhältnis des Wertes der vereinbarten Einlagen. Der Gesetzgeber hat sich also dafür entschieden, von dem bisher in der Praxis wenig gebräuchlichen gesetzlichen Modell der „variablen Kapitalkonten“ abzuweichen und als neues Modell „starre Kapitalkonten“ vorzusehen.⁶⁹ Anderes kann aber vereinbart werden.

Ein Arbeitsgesellschafter, dessen Arbeitsleistung im Gesellschaftsvertrag als Kapitalanteil anerkannt wird, nimmt dementsprechend am Gewinn und Verlust teil. Wird ihm keine Beteiligung an der Gesellschaft gewährt, ist ihm gem § 121 Abs 1 UGB „ein den Umständen nach angemessener Betrag des Jahresgewinnes“ zuzuweisen.⁷⁰ In den Materialien zu § 121 UGB⁷¹ wird in diesem Zusammenhang auf § 1193 ABGB verwiesen. Als Parameter kommen hiernach die Wichtigkeit des Geschäftes, die angewendete Mühe und der verschaffte Nutzen in Frage.⁷²

Für die KG gilt wiederum Besonderes: Der Kommanditist nimmt zwar normal an der Gewinn- und Verlustzuweisung entsprechend seiner Beteiligung teil, doch ist den Komplementären vorweg gem § 167 S 1 UGB „ein ihrer Haftung angemessener Betrag ihres Jahresgewinnes“ (sog „Haftungsprämie“) zuzuschreiben.⁷³ Die Antwort darauf, was

⁶⁹ Vgl *Verweijen*, NZ 2007, 1 (4).

⁷⁰ Ohne vertragliche Regelung nimmt der Arbeitsgesellschafter, dem keine Beteiligung an der Gesellschaft zukommt, bei der Liquidation der Gesellschaft aber nicht bei der Verteilung des Liquidationsgewinnes teil; vgl § 154 Abs 2 UGB.

⁷¹ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 39.

⁷² Vgl auch *Krejci*, ÖJZ 2006, 53 (57 f), der mE zutr die „Angemessenheit“ gem § 1152 ABGB in die Betrachtung miteinbeziehen möchte.

⁷³ Siehe *dens* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 167 Rz 10.

unter einem angemessenen Betrag zu verstehen ist, bleibt der Gesetzgeber schuldig. Man wird bei der Auslegung wohl an die Rsp zu § 168 Abs 2 HGB denken dürfen. Anzuraten ist jedenfalls, eine vertragliche Regelung iS einer summenmäßigen oder prozentuellen Festlegung der Haftungsrisikoprämie in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen.

3.3.3 *Gewinnentnahme*

Jeder Gesellschafter hat gem § 122 UGB Anspruch auf Auszahlung seines Gewinnes, sofern dies nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschafter passiert, die Gesellschafter eine Ausschüttung ausschließen oder ein Gesellschafter vereinbarungswidrig seine Einlage nicht geleistet hat.

Für den Kommanditisten gilt selbiges, doch kann er den Gewinn nur entnehmen, wenn er seine Pflichteinlage geleistet hat und sein Anteil nicht durch Verlustzuweisungen oder Entnahmen unter den Betrag der Einlage gesunken ist.

Die Regelung über das gewinnunabhängige Entnahmerecht der Gesellschafter einer OHG sowie der Komplementäre der KG nach § 122 Abs 1 HGB wurde gestrichen. Im Einvernehmen der Gesellschafter kann allerdings auch nach neuer Gesetzeslage ein solches Recht vereinbart werden.

3.4 *Diligentia quam in suis*

Der Sorgfaltsmaßstab der *diligentia quam in suis* nach Art 7 Nr 3 EVHGB entfällt. Dieser wurde schon seit geraumer Zeit als dem österreichischen Haftpflichtrecht

systemfremdes Element kritisiert.⁷⁴ Dementsprechend fand der „Sorgfaltsmaßstab wie in eigenen Angelegenheiten“ bereits bisher im Verhältnis zu Dritten und im Bereich der Deliktshaftung keine Anwendung, entfaltete vielmehr lediglich unter den Gesellschaftern Wirkung.⁷⁵ Nicht restlich geklärt ist indes, welche Sorgfaltsanforderung nun Platz greifen soll.⁷⁶

3.5 *Haftung des Kommanditisten*

Fortan wird in den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen, die vor dem HaRÄG 2005 teilweise ungenau formuliert waren, konsequent zwischen Haftsumme und Einlage des Kommanditisten unterschieden.⁷⁷ Nach § 171 Abs 1 UGB haftet der Kommanditist den Gesellschaftsgläubigern bis zur Höhe der im Firmenbuch eingetragenen Haftsumme unmittelbar. Soweit die Einlage geleistet ist und nicht wieder entnommen wurde, entfällt die Haftung.

Der ausgeschiedene Kommanditist haftet nicht, falls sein Nachfolger den Kommanditanteil entnommen hat. Damit wurde der Auffassung,⁷⁸ wonach der bereits ausgeschiedene Kommanditist, der seinerseits die Einlage voll geleistet und nicht wieder entnommen hat, solidarisch mit seinem Nachfolger für Gesellschaftsverbindlichkeiten haften soll, falls dieser die Einlage entnommen hat, nicht gefolgt.

⁷⁴ Krejci, ÖJZ 2006, 53 (59)

⁷⁵ Verweijen, NZ 2007, 1 (8).

⁷⁶ U. Torggler, Handelsrecht 42 f.

⁷⁷ Krejci, ÖJZ 2006, 53 (59).

⁷⁸ Harrer, Über die „Vormännerhaftung“ und Reformerfordernisse im Recht der Kommanditgesellschaft, wbl 2003, 209.

Zudem wurde in § 171 S 2 UGB eine Auskunftspflicht des Kommanditisten normiert. So hat dieser auf Verlangen eines Gläubigers über die Höhe der geleisteten Einlage Auskunft zu geben. Auf diese Bestimmung, die nach den Materialien zum HaRÄG 2005⁷⁹ auch im Vorstadium anzuwenden ist, wird unter II.C.2.6.3 noch ausführlich eingegangen werden.

Weiters wurde nunmehr geklärt, dass auch das Kapitalkonto des Kommanditisten durch Verluste oder Entnahmen negativ werden kann.⁸⁰ Schließlich wird in § 176 Abs 2 UGB vorgesehen, dass dann, wenn ein Kommanditist in eine bestehende Personengesellschaft eintritt, er für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und seiner Eintragung in das Firmenbuch begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Haftsumme haftet.⁸¹

3.6 *Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden des Gesellschafters*

Das UGB reduziert im Gegensatz zur HGB-Reform in Deutschland die Auflösungstatbestände bei gleichzeitiger Erweiterung der Ausscheidenstatbestände eines Gesellschafters nicht. Die Auflösungsgründe des § 131 HGB wurden in § 131 UGB fortgeschrieben. Sie wurden sogar erweitert um den Fall der Auflösung infolge der rechtskräftigen Ablehnung der Konkurseröffnung mangels Masse in Z 5 leg cit.⁸²

Die Entscheidung des Gesetzgebers ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass eine Erweiterung der Ausscheidenstatbestände dann nicht zielführend ist, wenn sich die Gesellschaft die Abfindung des Gesellschafters nicht leisten kann. Auf der anderen Seite

⁷⁹ EBRV 1058 BlgNR 22.GP 48 (zu § 176 UGB).

⁸⁰ *Krejci*, ÖJZ 2006, 53 (60).

⁸¹ Vgl etwa *ders* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 176 Rz 10.

⁸² *Reich-Rohrwig/Schneider*, *ecolex* 2007, 389 (391).

werden, wenn ein Gesellschafter einen Auflösungsstatbestand erfüllt, die übrigen Gesellschafter bei Interesse an der Fortführung des Unternehmens diese auch beschließen. Entscheidend ist, dass bei diesem Beschluss die Zustimmung des die Auflösung bewirkenden Gesellschafters nicht erforderlich ist.⁸³ Der Gesetzgeber erleichtert daher die Fortsetzung in bestimmten Auflösungsfällen, so bei Tod eines Gesellschafters oder bei Eröffnung des Konkurses über dessen Vermögen oder rechtskräftiger Ablehnung der Eröffnung mangels Masse. In diesen Fällen bedarf der Fortsetzungsbeschluss nicht der Mitwirkung des ausscheidenden Gesellschafters.⁸⁴

3.7 *Nachhaftungsbegrenzung des ausscheidenden Gesellschafters*

Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, haftet er gem § 160 UGB für die bis dahin entstandenen Verbindlichkeiten nur, soweit sie innerhalb von 5 Jahren nach dem Ausscheiden des Gesellschafters, dh nach entsprechender Eintragung in das Firmenbuch, fällig sind. Um zu verhindern, dass Forderungen, die erst kurz vor Ablauf der 5 Jahres – Frist fällig werden, nicht mehr „ausreichend“ geltend gemacht werden können, wurde eine Sonderverjährungsfrist von 3 Jahren eingeführt, innerhalb welcher der Anspruch geltend zu machen ist.⁸⁵

Handelt es sich hingegen um eine Forderung, die erst nach Ablauf von 5 Jahren fällig wird, deren korrespondierende Gegenleistung der Gläubiger aber noch vor dem Ausscheiden des Gesellschafters vollständig erbracht hat,⁸⁶ so ist der Gläubiger vom Ausscheiden zu verständigen. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann er die Sicherstellung seiner Ansprüche vom ausscheidenden Gesellschafter verlangen, worauf

⁸³ *Krejci*, ÖJZ 2006, 53 (61).

⁸⁴ Vgl auch *Verweijen*, NZ 2007, 1 (6).

⁸⁵ *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 160 Rz 17 ff.

⁸⁶ Vor allem Betriebspensionen werden von dieser Bestimmung erfasst werden.

er in der Verständigung hinzuweisen ist, widrigenfalls der ausgeschiedene Gesellschafter weiterhin haftet. Die Nachhaftungsbegrenzung gilt gem § 160 Abs 4 UGB ebenso, wenn ein bisher voll haftender Gesellschafter fortan nur noch Kommanditist ist.

3.8 Liquidation

Die Beschränkung der Vertretungsmacht der Liquidatoren auf ihren Geschäftskreis wird aufgehoben. Der Gesetzgeber verlässt damit den Weg der „ultra vires-Lehre“ und stattet die Liquidatoren mit unbeschränkbarer Vertretungsmacht aus.⁸⁷

3.9 GesbR

Der Gesetzgeber hat im letzten Moment noch eine Vertretungsregel für die unternehmerische GesbR in § 178 UGB aufgenommen.⁸⁸ Hiernach werden alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet, wenn ein Gesellschafter einer unternehmerisch tätigen GesbR, die im Geschäftsverkehr unter einem eigenen Namen auftritt, oder zur Vertretung der Gesellschaft bestellte Personen in deren Namen handeln. Dies gilt auch dann, wenn der handelnde Gesellschafter nicht, nicht allein oder nur beschränkt vertretungsbefugt ist, sofern der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht nicht kannte oder kennen musste. Auch dieser Bestimmung wird im Verlaufe dieser Arbeit noch breiter Raum eingeräumt werden.⁸⁹

⁸⁷ Krejci, ÖJZ 2006, 53 (63), der zudem auf die Auslegungsprobleme der entsprechenden Stellen im GenG (§§ 44, 45 GenG) und AktG (§ 209 AktG) verweist.

⁸⁸ Vgl auch *dens* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 178 Rz 2.

⁸⁹ Vgl dazu insb II.C.2.4.1.8.

II. Die Vorgesellschaft

A. Problemaufriss

Es liegt in der Natur der Sache, dass die Frage nach der Vorgesellschaft nur dann sinnvoll gestellt werden kann, wenn die Errichtung der Gesellschaft im Innenverhältnis und deren Entstehung im Außenverhältnis zeitlich auseinander fallen.⁹⁰

Eine Gesellschaft wird errichtet mit gültigem Abschluss des (im Personengesellschaftsrecht grs formfreien)⁹¹ Gesellschaftsvertrages.⁹² Damit wird (im Zweifel zeitgleich)⁹³ ein Gesellschaftsverhältnis unter den Gründungsgesellschaftern begründet, dessen Gegenstand die Vollendung der Gründung durch die Herbeiführung der Eintragung ist. Darin liegt nämlich der gemeinsame Zweck, der von den Gesellschaftern zumindest als Ergebnis ergänzender Vertragsauslegung durch Setzen der zur Gründung erforderlichen Schritte durch die Gesellschafter zu fördern ist.⁹⁴

Geht der Wille der Gesellschafter dahin, sich zum Zwecke zusammenzuschließen, pro futuro eine bestimmte Gesellschaft zu gründen, genügt dies den erwähnten

⁹⁰ Besonders induktiv *Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005) 56 ff; vgl auch *dens*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 6 ff; *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² (2006) Rz 523 ff; *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/204.

⁹¹ HS 10.340; 16.052; 20.041; 24.032; JBl 1998, 597; VwGH 98/16/0242, 0243; zu auftretenden Problemen bei schlüssigem Abschluss eines OG- oder KG-Vertrages vgl *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 105 Rz 61 ff.

⁹² Vgl hingegen die gesellschaftsvertragliche Notariatsbedürftigkeit bei der GmbH (§§ 4 Abs 3, 3 Abs 2 GmbHG) sowie AG (§ 16 Abs 1 AktG) oder etwa das Schriftlichkeitsgebot bei der Genossenschaft (§ 3 Abs 1 Z 3 GenG).

⁹³ *Hopt* in Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch³³ (2008) § 123 Rz 16, mit dem Hinweis, dass Bedingungen und Befristungen im Gesellschaftsvertrag möglich sind; vgl dazu die weiteren Ausführungen unter II.C.2.4.1.2.

⁹⁴ Zutr *U. Torggler*, Das Sein und das Nichts: Die Vorgesellschaften als Rechtsverhältnis und als Rechtsträger, in FS *Krejci* I (2001) 945 (951) mwN.

Anforderungen nicht. Es muss in diesem Fall vielmehr von einer eigenständigen Gesellschaft ausgegangen werden, der sog Vorgründungsgesellschaft,⁹⁵ erst die zum Ziele der Gründung einer OG bzw KG regelmäßig eine GesbR sein wird.⁹⁶ Auf die Vorgründungsgesellschaft soll im Rahmen dieser Arbeit unter II.C.2.5. noch näher eingegangen werden.

Denkbar wäre auch, dass bloß ein Vorvertrag iSd § 936 ABGB mit dem Inhalt geschlossen wird,⁹⁷ künftig einen Gesellschaftsvertrag abzuschließen. Dies wird allerdings ob der schwächeren Bindungswirkung aufgrund der für Vorverträge geltenden *clausula rebus sic stantibus*⁹⁸ und der befristeten Geltung des Vorvertrages auf ein Jahr⁹⁹ oftmals nicht zielführend sein wird.¹⁰⁰

Zweiter temporärer Eckstein ist die Entstehung der Gesellschaft. Darunter ist jener Zeitpunkt zu verstehen, in dem die im Innenverhältnis errichtete Gesellschaft als Zurechnungssubjekt nach außen in Erscheinung tritt.¹⁰¹ Dies geschieht in der

⁹⁵ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 69; *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 198; zum Unterschied zur Projekt- und Studiengesellschaft, bei der erst geklärt werden soll, ob die Gründung eines bestimmten Unternehmens und in weiterer Folge einer entsprechenden Gesellschaft sinnvoll erscheint; vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 69.

⁹⁶ Vgl *ders*, Gesellschaftsrecht I 69, der zu Recht die Sinnhaftigkeit, zur Gründung einer OHG (OG) oder KG eine Gesellschaftsform zu wählen, die ihrerseits selbst der Eintragung ins Firmenbuch bedarf, bezweifelt.

⁹⁷ Vgl nur *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ (2002) 290.

⁹⁸ Siehe nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 143.

⁹⁹ Vgl § 936 S 2 ABGB.

¹⁰⁰ Zudem ist in Bezug auf die Kapitalvorgesellschaft festzuhalten, dass ein Vorvertrag im Hinblick auf den formgebundenen Abschluss der Gesellschaftsvertrages nach herrschender Meinung ebenso derselben Formgebundenheit unterliegt, siehe etwa *Geist*, Grundprobleme der Kapitalvorgesellschaft (1991) 25 f.

¹⁰¹ Vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 56.

überwiegenden Zahl der Fälle durch die konstitutive Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch (sog Normativsystem)^{102, 103}.

Aus diesem Auseinanderfallen zwischen Errichtung der Gesellschaft im Innenverhältnis und deren Entstehung im Außenverhältnis¹⁰⁴ resultieren die wesentlichen Problemkreise der Vorgesellschaft, die in zwei für die Praxis ganz entscheidenden Fragen kulminieren, welchen im Schrifttum¹⁰⁵ insb in Bezug auf die Kapitalvorgesellschaften breite Aufmerksamkeit entgegengebracht wurde.

¹⁰² Zu den Beweggründen, wieso dem Normativsystem vor dem System der freien Rechtsträgerbildung der Vorzug gegeben wurde, vgl eingehend II.C.1.2; siehe auch *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 5; ausführlich zum Normativsystem vgl *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 192 ff.

¹⁰³ Ausnahmsweise entstanden vor dem HaRÄG 2005 OHG und KG auch schon vor Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch, wenn sie den Betrieb eines vollkaufmännischen Grundhandelsgewerbes nach § 1 Abs 2 HGB bereits aufgenommen hatten, mit dieser Aufnahme (sog System der freien Rechtsträgerbildung); vgl dazu II.C.1.2.

¹⁰⁴ Vgl idZ auch die gesetzliche Anordnung, dass gem § 15 Abs 2 FBG Rechtsträger, die ihre Rechtspersönlichkeit erst durch die Eintragung in das Firmenbuch erlangen, wie nunmehr ausnahmslos OG und KG, im Verfahren über die erste Eintragung parteifähig und von den vorgesehenen Organen zu vertreten sind. Für den Bereich der Kapitalvorgesellschaften hat der Gesetzgeber noch weitere Pflichten vorgesehen, die die Organe der erst künftig einzutragenden und sohin noch nicht entstandenen Gesellschaft zu erfüllen haben, so müssen etwa gem § 10 Abs 2 GmbHG bestimmte Stammeinlagen von Gesetzes wegen an vertretungsbefugte Gesellschafter zur freien Verfügung geleistet werden.

¹⁰⁵ Die Literatur in dieser Frage ist Legion; vgl daher lediglich auszugsweise etwa *Johst*, Die GmbH vor der Eintragung (Diss Königsberg 1932) 44 ff; *Schreiber*, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien (1925) 65; *Feine*, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts 3/III (1929) 200 ff; *Kastner*, Die Vorgesellschaft, ÖJZ 1953, 1; *dens*, Zum Vorgründungsvertrag und zur Vorgesellschaft, NZ 1955, 154; *Dregger*, Haftungsverhältnisse bei der Vorgesellschaft (1951); *Fabricus*, Relativität der Rechtsfähigkeit (1963); *Büttner*, Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen (1967); *Flume*, Die werdende juristische Person, in FS Gessler (1971) 3; *dens*, Vorgesellschaften bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung: ein Irrweg? In FS Kastner (1972) 85; *K. Schmidt*, Zum Vorbelastungsverbot im Gründungsstadium der Kapitalgesellschaften, NJW 1973, 1595; *Ostheim*, Probleme der Vorgesellschaft bei der GmbH, JBl 1978, 337; *Ulmer*, Abschied vom Vorbelastungsverbot im Gründungsstadium der GmbH - Gelöste und ungelöste Fragen zum Recht der Vor-GmbH und der Vor-GmbH & Co KG, ZGR 1981, 593; *Ostheim*, Die Vorgesellschaft im österreichischen Recht, in Roth (Hrsg), die Zukunft der GmbH (1983) 183; *Hüffer*, Vorgesellschaft und Einmanngründung, in Roth, Zukunft der GmbH 167; *K. Schmidt*, Rechtsgrundlagen der Mitunternehmerschaft im Vorgründungsstadium der GmbH aus der Sicht des deutschen Rechts, GesRZ 1983, 1; *Wünsch*, Die Haftung der Gründer einer GmbH, GesRZ 1984, 1; *Geist*, Grundprobleme der Kapitalvorgesellschaft (1991); *Fantur*, Das Haftungssystem der GmbH-Vorgesellschaft (1997); *U. Torggler* in FS Krejci 945.

Erstens geht es um die Frage, ob und bejahendenfalls mit wem die vor Eintragung der Gesellschaft in deren Namen mit Dritten geschlossenen Verträge wirksam zustande gekommen sind und daraus resultierend, wer für die übernommenen Verpflichtungen haften soll.¹⁰⁶ Dies ist deshalb von tragender Bedeutung, weil bei Fehlen eines Zurechnungssubjektes bei Vertragsabschluss das im Namen der erst einzutragenden Gesellschaft abgeschlossene Rechtsgeschäft nach allgemeinem Zivilrecht zu beurteilen ist.¹⁰⁷ Wurde für eine bereits durch Abschluss des Gesellschaftsvertrages errichtete, aber noch nicht entstandene juristische Person oder OG bzw KG¹⁰⁸ gehandelt, ist ein solches Geschäft nach § 1019 ABGB¹⁰⁹ zu beurteilen.¹¹⁰ Demgemäß ist es bis zu einer allfälligen Genehmigung oder Vorteilszuwendung nach § 1016 ABGB durch die entstandene Gesellschaft schwebend unwirksam.¹¹¹ Das Handeln im fremden Namen umfasst nämlich nicht nur das Vorliegen ausreichender Vollmacht, sondern auch die bereits bestehende Existenz des Vollmachtgebers oder zumindest dessen Entstehung mit Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch (sog Garantie- und Erklärungshaftung).¹¹² Mit der schwebenden Unwirksamkeit der abgeschlossenen Geschäfte ist aber der Geschäftsverkehr, dem es um die „Gewährleistung rascher und

¹⁰⁶ Vgl nur *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 57; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 292 f.

¹⁰⁷ *Ders*, Gesellschaftsrecht I, 57 f; *ders*, Gesellschaftsrechtliche Neuerungen des UGB, JBI 2004, 17; *ders* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 UGB Rz 6.

¹⁰⁸ Zur Frage, ob die OG und KG auch juristische Personen sind, vgl II.C.1.1.3.

¹⁰⁹ Wendet man die mE zutr Ansicht *Welser's* (Vertretung ohne Vollmacht - Zugleich ein Beitrag zur Lehre der *cupla in contrahendo* in Österreich [1970] 186) auf die geltende Rechtslage an, gelangt man zu dem Ergebnis, dass § 1019 ABGB direkt und nicht, wie dies etwa in Deutschland vertreten wird, analog anzuwenden ist; er erklärt dies damit, dass mit der Garantie- und Erklärungshaftung des Vertreters typisch auch die Haftung für die Existenz des Vollmachtgebers verbunden sein muss.

¹¹⁰ Vgl auch die hM in Deutschland zur Anwendbarkeit der §§ 177 ff BGB analog; vgl nur *Schramm* in *MünchKommBZ* zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I⁴ (2001) § 177 Rz 7.

¹¹¹ *Krejci*, VR 2003, 218; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 599; nicht wesentlich ist hingegen, ob der intendierten Gesellschaft Rechtsfähigkeit zukommen soll; auch bei Zugrundelegung der älteren Lehre, die den Personenhandelsgesellschaften keine Rechtsfähigkeit zugestand, wurde ein unter der Firma derselben geschlossenes Rechtsgeschäft bis zur konstitutiven Firmenbucheintragung bzw bis zur Aufnahme des Betriebs eines Grundhandelsgewerbes als schwebend unwirksam qualifiziert.

¹¹² Vgl *Welser*, Vertretung 186 f.

einfacher Begründung und Abwicklung der Geschäfte unter den Bedingungen des Massenbetriebes“¹¹³ geht, nachhaltig behindert.

Ebenso von großer praktischer Bedeutung ist die zweite sich in idZ stellende Frage, nämlich jene, ob an die bereits errichtete, aber noch nicht eingetragene Gesellschaft bereits Einlagen erbracht werden können; dies insb im Hinblick auf die Einbringung eines Unternehmens als Sacheinlage.¹¹⁴

In diesen beiden grundlegenden Fragen wird der Bedarf des Geschäftsverkehrs nach einem zur Verfügung stehenden Rechtsträger im Vorstadium, der zudem bereits möglichst weit dem Regelungsregime der angestrebten Gesellschaft angenähert sein soll, augenscheinlich. Diese erkannte Notwendigkeit brachte insb im Recht der Kapitalgesellschaften in jahrzehntelanger Rechtsfortbildung durch Rsp und Lehre¹¹⁵ das gesetzlich nicht positivierte Institut der Vorgesellschaft hervor.¹¹⁶ Dieses ist geprägt von einer schrittweisen Annäherung an das Recht der fertigen Gesellschaft und einem Streben zur Personifikation.¹¹⁷ So wird heute die Vorgesellschaft als Gesellschaft *sui generis* qualifiziert, die Rechtspersönlichkeit genießt und daher auch vermögensfähig ist. Anwendung finden auf sie bereits die Bestimmungen der fertigen Gesellschaft, sofern sie nicht die Eintragung in das Firmenbuch voraussetzen. Mit Firmenbucheintragung setzt sich die Rechtspersönlichkeit der Vorgesellschaft je nach Auffassung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge¹¹⁸ oder der identitätswahrenden Umwandlung¹¹⁹ in der entstandenen Gesellschaft fort.¹²⁰

¹¹³ Vgl nur *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 444 ff.

¹¹⁴ Vgl nur *Krejci*, JBl 2004, 10 (16 f); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 292 f.

¹¹⁵ Besonders ausführlich *U. Torggler* in FS *Krejci* 945 ff mit weitreichenden Literaturnachweisen.

¹¹⁶ Siehe *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/204.

¹¹⁷ So *ders* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/204.

¹¹⁸ Siehe etwa *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung I² (1997) Rz 1/533;

B. Überblicksartige Darstellung der bisherigen Rechtslage

Zum besseren Verständnis der Bedeutung und Tragweite der durch das HaRÄG 2005 in das Zweite Buch des UGB Einzug gefundenen Änderungen, ist zunächst geboten, einen Blick zurück auf die bislang geltende Rechtslage zu werfen.¹²¹

1. Zur Rechtsnatur der Personenhandelsgesellschaften

1.1 OHG und KG

Eines der großen akademischen Streitpunkte der letzten Jahre und Jahrzehnte im Bereich des Gesellschaftsrechts war wohl die Auseinandersetzung um die zutr. Einordnung der Rechtsnatur der Personenhandelsgesellschaften.¹²² Ausgangspunkt der im Folgenden in aller Kürze dargelegten Diskussion waren allen voran insb § 124 HGB auf der einen Seite und Art 7 Nr. 9 EVHGB auf der anderen.

1.1.1 § 124 HGB

So beginnt § 124 Abs 1 HGB mit der Feststellung, dass die „Offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten

¹¹⁹ Vgl etwa *Fantur*, Haftungssystem 177 ff.

¹²⁰ So *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/204.

¹²¹ Vgl dazu die Ausführungen zur beschränkten Haftung des künftigen Kommanditisten im Vorstadium unter II.C.2.6.2.6.

¹²² Eingehend *Dellinger*, Personengesellschaften 5 ff; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 276 ff; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 196 ff, 1399 ff; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ (1990) 83 ff; *U. Torggler/H. Torggler* in Straube, HGB I³ (2003) § 105 Rz 2.

eingehen kann“. Insofern scheint die Bestimmung ihrem Wortlaut nach klar von der Vorstellung der umfassenden Rechtsfähigkeit der Gesellschaft beseelt zu sein.¹²³ In Verlegenheit gerät der aufmerksame Leser des § 124 Abs 1 HGB, wenn es dort weiter heißt, dass die Handelsgesellschaft „Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden“ kann. Dies könnte nämlich is einer taxativen Aufzählung auch als Umriss einer beschränkten Rechtsfähigkeit verstanden werden. Zutr wurde im Schrifttum allerdings gesagt, dass ein telos für eine solche Einschränkung nicht gefunden werden kann. Daher ist von einer lediglich demonstrativen Aufzählung auszugehen.¹²⁴ In dieses Bild fügt sich auch die Anordnung des § 124 Abs 2 HGB, wonach „zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich ist“.¹²⁵

1.1.2 Art 7 Nr 9 Abs 1 EVHGB

Jedenfalls wird die Verwirrung um die Rechtsnatur der Personenhandelsgesellschaften vollends perfekt,¹²⁶ hält man sich die Regelung des Art 7 Nr 9 Abs 1 EVHGB vor Augen, wonach „die Einlagen der Gesellschafter und die durch die Gesellschaft erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter werden“.¹²⁷ Damit stellt sich nämlich postwendend die Frage, wie die Gesellschaft denn Pflichten, die sie nach § 124 HGB treffen können, erfüllen

¹²³ Vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 278.

¹²⁴ Zutr *ders*, Gesellschaftsrecht I 278.

¹²⁵ Vgl etwa *Krejci/K. Schmidt*, Unternehmensgesetz 45.

¹²⁶ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 279.

¹²⁷ Abs 2 des Art 7 Nr 9 EVHGB ergänzt zudem, dass „zu dem Gesellschaftsvermögen auch gehört, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird“.

soll, ohne über durch die Gesellschaftstätigkeit bzw über durch Einlagen der Gesellschafter erzieltetes Vermögen zu verfügen?

Vor dem Hintergrund dieser Regelung sowie insb des Folgeartikels, in denen das Verfügungsverbot des Gesellschafters über seinen Geschäftsanteil (Art 7 Nr 10 Abs 1 EVHGB), normiert wird, spricht wiederum vieles dafür, Personenhandelsgesellschaften die Rechtsfähigkeit abzusprechen und das Konstrukt der Gesamthandgesellschaft als Lösung zu bemühen.¹²⁸

1.1.3 Entwicklung in Lehre und Rsp:

Die Rsp¹²⁹ und hL¹³⁰ vertraten längste Zeit die Meinung, dass den Personenhandelsgesellschaften keine Rechtsfähigkeit zukomme, vielmehr seien die Gesellschafter die wahren Rechtsträger, denen das Gesellschaftsvermögen als Gesamthandgemeinschaft zuzurechnen ist.

In der jüngeren Rechtsentwicklung setzte sich jedoch - auch unter dem Eindruck der erheblichen Schwierigkeiten in der Praxis - zusehends die Auffassung¹³¹ durch, dass sich

¹²⁸ Zum Meinungsstand aus österreichischer Sicht vgl *Rüffler*, Zum Inhalt der Gesellschafterhaftung gemäß § 128 HGB, JBl 1999, 226.

¹²⁹ Vgl etwa GIUNF 4568; SZ 10/240; 10/325; 54/125; JBl 1950, 412; Miet 8609; GesRZ 1979, 33.

¹³⁰ Siehe etwa *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 83 f; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 105 Rz 5.

¹³¹ Beispielhaft SZ 23/21; JBl 1953, 297; 1978, 87; RdW 1990, 790; *Ostheim*, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht (1967) 168 ff; *Krejci*, Erwerbsgesellschaftengesetz (1991) § 1 Rz 6 ff; *Aicher* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (2003) § 26 Rz 12; *Dellinger*, Personengesellschaften 12 ff; *Krejci/K.Schmidt*, Unternehmensgesetz 47; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 276 ff; *U. Torggler/H. Torggler* in *Straube*³ § 105 Rz 2b.

dieses Gesamthandvermögen soweit verselbstständigt hat, dass ihm eine eigene Rechtsfähigkeit konzidiert werden kann.¹³²

1.2 EEG

Bezüglich der eingetragenen Erwerbsgesellschaften (EEG) als das für Minderhandelsgewerbe und freie Berufe geschaffene Abbild der OHG und KG¹³³ gilt das eben zu diesen Ausgeführten, wobei der Gesetzgeber hier von Anbeginn die EEG als rechtsfähig anerkannte.¹³⁴

2. Das Entstehen der fertigen Gesellschaft als Rechtsträgerin

2.1 OHG und KG

Gem § 123 HGB trat die Wirksamkeit der Personenhandelsgesellschaften im Verhältnis zu Dritten mit der Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch ein, soweit die Gesellschaft nicht bereits vor der Eintragung den Betrieb eines vollkaufmännischen Grundhandelsgewerbes nach § 1 Abs 2 HGB aufgenommen hatte. Damit folgte die Gesellschaftsgründung in diesem Fall dem System der freien Rechtsträgerbildung.¹³⁵ Sah man von dieser Konstellation ab, wirkte die Eintragung der Gesellschaft aber

¹³² Diese Ansicht wird zudem auch durch den Gesetzgeber im § 22 Abs 2 Ziviltechnikergesetz (ZTG) bestätigt, wenn er normiert, dass Ziviltechnikergesellschaften, um eine Berufsbefugnis zu erhalten, „zumindest rechtsfähig iSd § 124 HGB“ sein müssen; zutr *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 277 f.

¹³³ *Ders*, Gesellschaftsrecht I 277, spricht trefflich von den EEG als „Klone“ der OHG und KG.

¹³⁴ Vgl nur FN 132.

¹³⁵ Siehe nur *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 55.

konstitutiv für die Entstehung als Rechtsträger.¹³⁶ Verfehlt ist hingegen die These¹³⁷, wonach § 123 HGB in Bezug auf die Konstitutivität der Eintragung teleologisch zu reduzieren ist. Richtig wurde gesagt,¹³⁸ dass ein entsprechendes telos nicht ersichtlich ist.¹³⁹ Vielmehr unterstreichen die erwähnten Materialien zum EGG den in § 123 Abs 2 HGB auch eindeutig normierten Unterschied zwischen Personenhandelsgesellschaften mit aufgenommenen Grundhandelsgewerbe und solchen ohne.¹⁴⁰

2.2 EEG

Eindeutig stellte sich die Situation bei den Eingetragenen Erwerbsgesellschaften dar. Aus § 3 EGG iVm den dazu ergangenen Materialien¹⁴¹ geht unzweifelhaft hervor, dass diese als Rechtsträger erst durch Eintragung entstanden.¹⁴²

¹³⁶ Vgl nur *Jabornegg* in *Jabornegg*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (1997) § 123 Rz 21; *Koppensteiner* in *Straube*³ § 123 Rz 4; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 53.

¹³⁷ *Weilinger*, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht (1997) Rz 212 ff, 225; *ders*, GesRZ 1996, (I) 146, (II) 229 (236, 239).

¹³⁸ *U. Torggler* in FS *Krejci* 957 mwN.

¹³⁹ Vgl nur *dens* in FS *Krejci* 957 mwN.

¹⁴⁰ An dieser Stelle soll, bloß um dem Anspruch auf Vollständigkeit genüge zu tun, hinzugefügt werden, dass in Deutschland vor dem Hintergrund der dort vertretenen Annahme, dass eine GesbR selbstständiger Träger von Rechten und Pflichten sein kann, davon ausgegangen wird, dass bereits mit Abschluss des Gesellschaftsvertrag eine GesbR als Gesamthandsgesellschaft entstehe, die als umfassender Rechtsträger anzusehen sei. § 123 enthielte demgemäß lediglich die Aussage, wann die Gesellschaft OHG oder KG sei, vgl *dens* in FS *Krejci* 956.

¹⁴¹ EBRV 1231 BlgNR 17. GP 4 f.

¹⁴² *Krejci*, Erwerbsgesellschaftengesetz (1991) § 3 Rz 9 ff.

3. Zur Rechtsnatur der Vorgesellschaft

3.1 OHG und KG

In diesem Zusammenhang interessieren jene Gesellschaften, deren Entstehen durch konstitutive Firmenbucheintragung bewirkt wurde. In concreto waren dies jene Zusammenschlüsse, die auf den Betrieb eines Gewerbes iSd §§ 2 und 3 Abs 2 HGB gerichtet waren.¹⁴³ In diesen Fällen griff nämlich die Regelung des § 123 Abs 1 HGB, wonach „die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft im Verhältnis zu Dritten in dem Zeitpunkte eintritt, in welchem die Gesellschaft in das Firmenbuch eingetragen wird“.

Die hL¹⁴⁴ qualifizierte in diesen Fällen die Gesellschaft vor konstitutiver Firmenbucheintragung als GesbR. Eine solche war aber nach hA¹⁴⁵ nicht rechtsfähig und daher auch kein eigener Rechtsträger.¹⁴⁶ Es wurde aber betont, dass dies nur für das Außenverhältnis gelten solle, während im Innenverhältnis bereits mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages das Recht der eingetragenen Personenhandelsgesellschaft

¹⁴³ Nicht einschlägig ist die Thematik bei Gesellschaften, die gem § 123 Abs 2 HGB durch die Aufnahme des Betriebs eines Grundhandelsgewerbes entstehen, da diesfalls von der Rsp in Gleichklang mit dem überwiegenden Teil der Lehre aus Verkehrsschutzerwägungen für den Geschäftsbeginn bereits bloße Vorbereitungsgeschäfte als ausreichend erachtet werden, wenn dies in Verfolgung des Gesellschaftszwecks geschieht und dieser auf ein Vollhandelsgewerbe ausgerichtet ist; vgl dazu HS 75; HS 8014; HS 9151; HS 14093; *Jabornegg* in Jabornegg, HGB § 123 Rz 14; *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 123 Rz 15; aA *Jud/Nitsche*, Die Registrierung des Beginns einer OHG, GesRZ 1976, 88 (89 ff).

¹⁴⁴ Vgl SZ 63/179; wbl 1994, 408; EvBl 2000/180 = wbl 2001, 30; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 87; *Jabornegg* in Jabornegg, HGB § 123 Rz 21; *Aicher* in Rummel³ § 26 Rz 13; *Grillberger* in Rummel³ § 1175 Rz 23; *Koppensteiner* in Straube, HGB³ § 123 Rz 4; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 220 ff; *Jabornegg/Resch* in Schwimann, Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, V³ (2006) § 1175 Rz 33.

¹⁴⁵ Vgl etwa SZ 63/179; wbl 1994, 408; EvBl 2000/180 = wbl 2001, 30; VwGH AnwBl 1994, 1006; für viele *Grillberger* in Rummel³ § 1175 Rz 23.

¹⁴⁶ Zutr *U. Torggler* in FS Krejci 957.

vorbehaltlich abweichender Vereinbarung bestimmend sein soll.¹⁴⁷ Der Weg zu diesem Ergebnis führt über den (hypothetischen) Parteiwillen, der bei Fehlen einer vertraglichen Regelung im Zweifel auf die Geltung des Innenrechts der Personenhandelsgesellschaften auch im „Zwischenstadium“ gerichtet sein sollte und damit das Recht der GesbR verdrängt. Ebenso verdienten für den Falle, dass der Gesellschaftsvertrag abweichende Regelungen für das Innenverhältnis der einzutragenden Gesellschaft, also der OHG oder KG, enthielt, diese bereits im Gründungsstadium Vorrang; dies noch vor den Bestimmungen der fertigen Gesellschaft, weil „indiziert ist, dass die gesetzliche Regelung der Interessenlage nicht gerecht wird“.¹⁴⁸

Somit kann vom Bestehen eines abgestuften Regelungsbestandes an vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen im Hinblick auf das Innenverhältnis der Vorgesellschaft gesprochen werden, wobei die jeweils höhere Stufe in der Rangordnung die niedere ausschließt: Vorrang genießen freilich zunächst die im Gesellschaftsvertrag getroffenen, mitunter vom Recht der GesbR bzw der OHG oder KG abweichenden Regelungen für das Vorstadium, gefolgt von den vertraglichen, vom Recht der fertigen Gesellschaft abweichenden Bestimmungen, sofern solche nicht vorhanden sind, vom Recht der OHG oder KG und schließlich vom GesbR-Recht.

3.2 EEG

Parallel zur OHG und KG nach den §§ 2 und 3 Abs 2 HGB wurde die Vorgesellschaft von Rsp¹⁴⁹ und hL¹⁵⁰ zur Vorgesellschaft bei der EEG beurteilt. Auch

¹⁴⁷ *Jabornegg* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB (1997) § 123 Rz 21, § 105 Rz 58, allerdings mit der Einschränkung auf den „Bereich des dispositiven GesBR-Rechtes“; *Koppensteiner* in *Straube*³ § 123 Rz 6.

¹⁴⁸ Vgl *U. Torggler* in FS *Krejci* 954.

¹⁴⁹ Siehe etwa 1 Ob 71/99v, *GesRZ* 1999, 182 = *RdW* 1999, 527.

¹⁵⁰ *Krejci*, *EGG* § 3 Rz 11; *U. Torggler* in FS *Krejci* 947 f.

diese bestand vor der konstitutiven Firmenbucheintragung nicht.¹⁵¹ So ging man vor der Eintragung der Gesellschaft vielmehr ebenfalls vom Vorliegen einer GesbR aus,¹⁵² wobei auch hier angenommen wurde, dass bereits das Recht der Eingetragenen Erwerbsgesellschaft Anwendung finden sollte, soweit es nicht die Eintragung im Firmenbuch voraussetzt und erst subsidiär das Recht der GesbR.¹⁵³

C. Die geänderte Rechtslage nach dem UGB

1. OG und KG

1.1 Rechtsnatur der OG und KG

1.1.1 Rechtsfähigkeit

Mit dem HaRÄG 2005 ist nunmehr endgültig in der zwar akademisch anregenden, doch praktisch große Verunsicherung stiftenden Frage nach der Rechtsnatur der Personenhandelsgesellschaften im Spannungsverhältnis von § 124 HGB und Art 7 Nr 9 EVHGB¹⁵⁴ Klarheit erzielt worden. So heißt es nun in § 105 S 2 UGB unzweideutig: „Die offene Gesellschaft ist rechtsfähig“. Die Diskussion um die Rechtsnatur von OG und KG ist damit beendet; der rechtsdogmatische Wandel der zunächst sachenrechtlichen Einordnung der personengesellschaftsrechtlichen

¹⁵¹ Vgl II.B.1.2.

¹⁵² AB 1260 BlgNR 17. GP 3.

¹⁵³ Vgl *Resch*, Abgrenzungsfragen zur Eingetragenen Erwerbsgesellschaft, ÖJZ 2000, 377.

¹⁵⁴ Siehe II.B.1.1.

Gesamthand hin zu einem personenrechtlichen Verständnis hat nun auch im gesetzten Recht Niederschlag gefunden.¹⁵⁵

Die OG (gem § 105 S 2 UGB) und die KG (gem § 161 Abs 2 iVm 105 S 2 UGB) sind nun ausdrücklich nach außen hin im Geschäftsverkehr eigenständig auftretende Rechtssubjekte. Sie sind dabei nicht bloß auf bestimmte Tätigkeiten beschränkt,¹⁵⁶ wie dies ehemals die Vertreter der Theorie der beschränkten Rechtsfähigkeit aus § 124 Abs 1 HGB abzuleiten versuchten.¹⁵⁷ Auch der Gesellschaftszweck kann eine beschränkende Wirkung (iSd ultra-vires-Lehre) auf die Rechtsfähigkeit nicht entfalten. Dies erschließt sich zwar nicht ausdrücklich aus dem Gesetz, doch würde eine solche Beschränkung einen Wertungswiderspruch im Vergleich zur Behandlung der juristischen Personen bewirken. Bei diesen wird nämlich aus Gründen der Verkehrssicherheit die Unbeschränkbarkeit der Rechtsfähigkeit angenommen. Dieses Schutzbedürfnis ist aber bei eingetragenen Personengesellschaften kein anderes.¹⁵⁸ Es ist daher vom konzeptionellen Ansatz eines umfassenden Trägers von Rechten und Pflichten auszugehen,¹⁵⁹ wie insb auch den Materialien zum HaRÄG 2005¹⁶⁰ zweifelsfrei zu entnehmen ist.

Diese umfassend konzedierte Rechtsfähigkeit zeitigt auch Auswirkungen auf die Vermögensordnung der Gesellschaft insgesamt, denn erschließt sich daraus, dass auch

¹⁵⁵ Zutr *Schauer* Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/114 mwN; vgl auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 105 Rz 14 f.

¹⁵⁶ Vgl nur *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB Vor §§ 105-160 UGB.

¹⁵⁷ Vgl II.B.1.1.2.

¹⁵⁸ Zutr *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/115, der zudem ganz richtig eine weitere Stütze für diese Sicht in der Unbeschränkbarkeit der organschaftlichen Vertretungsmacht (vgl § 126 UGB) sieht; deren verkehrssichernde Wirkung könne nämlich ansonsten dadurch unterlaufen werden, dass die Gesellschaft die Zurechnung des abgeschlossenen Geschäftes unter Hinweis auf die Überschreitung des Gesellschaftszweckes verhindern könnte.

¹⁵⁹ *Krejci*, GeS 2003, 232.

¹⁶⁰ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 36 (zu § 105 UGB).

das Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft als Zurechnungssubjekt zugezählt wird,¹⁶¹ wie im Laufe dieser Arbeit noch ausführlich dargelegt werden wird.¹⁶² Diese Klarstellungen stießen in der Lehre auf breite Zustimmung.¹⁶³

Indessen wurden die widersprüchlichen Regelungen von § 124 HGB und Art 7 Nr 9 EVHGB¹⁶⁴ gestrichen,¹⁶⁵ womit auch die Bestimmung des Art 7 Nr 10 Abs 3 EVHGB obsolet wurde.¹⁶⁶ Der somit frei gewordene § 124 UGB wurde mit den Regelungsinhalten des Art 7 Nr 10 Abs 1, 2 und Nr 11 EVHGB gefüllt, denen gemeinsam ist, dass sie gesamthandschaftliche Aspekte betreffen.¹⁶⁷

1.1.2 Gesamthandschaftliche Verbundenheit

Gem § 105 S 1 UGB ist eine OG „eine unter eigener Firma geführte Gesellschaft, bei der die Gesellschafter gesamthandschaftlich verbunden sind (...)“. Das Wesen der Gesamthandschaft ist mit *Krejci*¹⁶⁸ grs darin zu sehen, dass „der einzelne Gesellschafter in wichtigen Angelegenheiten weder allein noch mit der Mehrheit der Gesellschafter

¹⁶¹ Vgl *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB Vor §§ 105-160 Rz 8, 13; § 105 Rz 22 ff, 30; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 176; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/116.

¹⁶² Vgl II.C.2.3.2.

¹⁶³ Exemplarisch *U. Torggler*, Handelsrecht 44.

¹⁶⁴ Vgl dazu II.B.2.1.

¹⁶⁵ Siehe dazu etwa auch die EBRV 1058 BlgNR 22. GP 36 (zu § 105 UGB), die festhalten, dass es nicht erforderlich war § 124 Abs 2 HGB zu tradieren; ein expliziter Verweis, dass zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen die Gesellschaft gerichteter Schuldtitel nötig ist, könne vor dem Hintergrund der nunmehr ausdrücklichen umfassenden Rechtsfähigkeit nämlich ohne weiteres unterbleiben.

¹⁶⁶ Eingehend *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 124 Rz 2.

¹⁶⁷ Vgl *dens* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 124 Rz 3.

¹⁶⁸ Siehe *dens* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 105 Rz 28.

entscheiden kann, sondern dass es der Mitwirkung aller Gesellschafter bedarf, um das Gewollte zu bewirken“.

Aufgrund der in § 105 UGB ausgedrückten Rechtsfähigkeit zeigt sich, dass die gesamthandschaftliche Verbundenheit der Gesellschafter nicht so zu verstehen ist, dass die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit als eigener Rechtsträger anzusehen sind. Der Geschäftsverkehr ist damit also nicht angesprochen.¹⁶⁹ Die eingetragenen Personengesellschaften sind selbst Zurechnungssubjekt der gesellschaftsbezogenen Sachen-, Schuld- und Immaterialgüterrechte.¹⁷⁰ Ihnen ist das Vermögen zugeordnet. In der Vermögenszuordnung kann sich daher das gesamthandschaftliche Prinzip ebenfalls nicht verwirklichen. IdZ ist aber darauf hinzuweisen, dass die nunmehrige Klarstellung der Rechtsfähigkeit, wie in den Materialien zum HaRÄG 2005¹⁷¹ verdeutlicht wird, nicht als strukturelle Gleichstellung der OG (sowie der KG, für die nichts anderes gilt)¹⁷² mit einer Kapitalgesellschaft (Körperschaft) verstanden werden darf. Dies zeigen die folgenden Ausführungen:

Die Teilhaberechte der Gesellschafter, die aus deren Zugehörigkeit zur Gesamthand erfließen, beziehen sich auf die Mitwirkung in der Gesellschaft als Handlungseinheit¹⁷³ und damit auf den einzelnen Gesellschaftsanteil.¹⁷⁴ Unter Gesellschaftsanteil versteht man die Summe gesellschaftsvertraglicher Rechte und Pflichten des einzelnen Gesellschafters. Demgemäß sprechen auch die Materialien zum HaRÄG 2005¹⁷⁵ davon,

¹⁶⁹ Zutr *ders* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 105 Rz 29.

¹⁷⁰ Vgl II.C.2.3.2.

¹⁷¹ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 36 f (zu § 105 UGB).

¹⁷² Vgl *Krejci* in Krejci, Reform-Kommentar UGB Vor §§ 161 - 177 Rz 2.

¹⁷³ So *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/116.

¹⁷⁴ *Krejci* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 105 Rz 31; vgl auch *Keinert*, Unternehmensrecht Rz 121.

¹⁷⁵ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 36 f (zu § 105 UGB).

dass sich die Gesamthandbindung darin zeige, dass die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen gem § 128 UGB unbeschränkt für Gesellschaftsverbindlichkeiten haften¹⁷⁶ sowie darin, dass die OG und KG nach wie vor vom Prinzip der Selbstorganschaft, d.h. von der persönlichen Einbindung der Gesellschafter in die Geschäftsführung und Vertretung, getragen sind.¹⁷⁷ Dies solle nach den Materialien¹⁷⁸ im Übrigen auch rechtfertigen, weiterhin in steuerlichen Belangen von „Mitunternehmerschaft“¹⁷⁹ zu sprechen.

Weitere Strukturmerkmale,¹⁸⁰ in denen sich das Prinzip der gesamthandschaftlichen Struktur des Gesellschaftsanteils widerspiegelt, ist der Umstand, dass der einzelne Gesellschafter gem § 124 Abs 1 UGB nicht allein über seinen Geschäftsanteil verfügen darf (vormals Art 7 Nr 10 Abs 1 EVHGB),¹⁸¹ das Verbot des Schuldners eines Gesellschafters gem § 124 Abs 2 UGB, gegen eine Gesellschaftsforderung aufzurechnen (ehemals Art 7 Nr 10 Abs 2 EVHGB), die Unübertragbarkeit gesellschaftlicher Ansprüche nach § 124 Abs 3 UGB (ehemals Art 7 Nr 11 EVHGB) sowie das Einstimmigkeitsprinzip bei außergewöhnlichen Geschäften bzw das Widerspruchsrecht im Bereich der gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen und die Abstimmung nach Köpfen, wenn nicht alle Gesellschafter am Kapital beteiligt sind.¹⁸²

¹⁷⁶ *Krejci* (in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 105 Rz 31) ist zuzustimmen, wenn er betont, dass gerade die persönliche Haftung der Gesellschafter das Gesamthandprinzip rechtfertigt.

¹⁷⁷ So auch *ders*, Gesellschaftsrecht I 29, wenn er das Wesen der Gesamthandgesellschaft skizziert.

¹⁷⁸ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 36 f (zu § 105 UGB).

¹⁷⁹ Vgl § 23 Z 2 EStG.

¹⁸⁰ *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 105 Rz 28 ff; *Keinert*, Unternehmensrecht Rz 121; teilweise aA *K. Schmidt*, JBl 2004, 31.

¹⁸¹ Vgl dazu auch *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/122.

¹⁸² Dazu kann es insb dann kommen, wenn sich unter den Gesellschaftern ein Arbeitsgesellschafter befindet, dessen Tätigkeit nicht als Kapitalanteil gewertet wird; vgl dazu bereits oben unter...

Weitere Merkmale der Gesamthand lassen sich aus dem Gedanken, den insb *Flume*¹⁸³ herausgearbeitet hat, ableiten, dass die Gesamthand in den Gesellschaftern als Gruppe existiert.¹⁸⁴ Daraus folgt nämlich zweierlei:¹⁸⁵ Erstens kann es eine Einpersonen-Gesamthand nicht geben, was auch in § 105 S 4 UGB bestätigt wird. So sind für den Fortbestand der Gesellschaft mindesten zwei Gesellschafter erforderlich. Verbleibt nur noch ein Gesellschafter erlischt die Gesellschaft gem § 142 Abs 1 UGB ohne Liquidation. Zweitens ist auch das Halten mehrfacher Mitgliedschaften (nach wie vor) unzulässig.

1.1.3 Juristische Person

Ein offensichtliches Ende des gesetzgeberischen Klarstellungsinteresses kann bei der Frage konstatiert werden, ob die eingetragenen Personengesellschaften auch juristische Personen sind, was insb von terminologischer, aber freilich von kaum praktischer Relevanz ist.¹⁸⁶ Der Gesetzgeber hat sich in dieser Frage zu keiner expliziten Antwort durchringen können. Es bleibt sohin der Wissenschaft vorbehalten, eigene Begriffssysteme aufzustellen und diese mit den allenfalls in gesetzlichen Bestimmungen auffindbaren Tendenzen in Einklang zu bringen.¹⁸⁷

Die Lösung dieser Frage hängt insb damit zusammen, ob man es für die Qualifikation als juristische Person als ausreichend erachtet, dass es sich um einen vom Menschen verschiedenen Rechtsträger mit uneingeschränkter Rechtspersönlichkeit

¹⁸³ *Flume*, Die Personengesellschaft (1977) 54 ff.

¹⁸⁴ Zutr *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/122; vgl auch Rz 2/114.

¹⁸⁵ So *ders* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/122

¹⁸⁶ Vgl bereits *Dellinger*, Liquidation 28 ff; siehe auch *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/123.

¹⁸⁷ *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § Vor 105 - 160 Rz 9, § 105 Rz 24 ff.

handelt.¹⁸⁸ Wird dies bejaht, können die eingetragenen Personengesellschaften konsequenterweise nicht als juristische Person qualifiziert werden. In einem Punkt ist ihre Rechtsfähigkeit nämlich beschränkt: Sie können nicht ausschließlich mit ihrem Gesellschaftsvermögen für Gesellschaftsschulden haften. Immer haften auch die Gesellschafter persönlich mit ihrem Privatvermögen.¹⁸⁹ Wird die obige Frage hingegen verneint, spricht prima facie nichts dagegen, die eingetragenen Personengesellschaften als juristische Person zu bezeichnen.

Unabhängig von der obigen Frage, sieht demgegenüber *Schauer*¹⁹⁰ in der schwächeren Trennung der Rechtssphäre der Gesellschaft von der Sphäre der Gesellschafter die tragende Begründung dafür, bei eingetragenen Personengesellschaften nicht von einer juristischen Person zu sprechen. Diese schwächere Trennung zeige sich darin, dass mindesten zwei Gesellschafter vorhanden sein müssen, im Prinzip der Selbstorganschaft sowie in der gesetzlichen Vinkulierung der Anteile.

ME verschweigen diese Auffassungen allesamt, dass der Gesetzgeber zwar nicht im UGB, sehr wohl aber in verschiedensten anderen Bestimmungen seinen Willen unzweifelhaft offenbart hat. Und dieser zielt auf eine ganz klare Unterscheidung zwischen juristischen Personen und eingetragenen Personengesellschaften ab.¹⁹¹

Beispielhaft sollen vier Bestimmungen herausgegriffen werden, die teils auch aus neuerer Zeit stammen und damit der vermeintlichen Annahme eines zwischenzeitig stattgefundenen Wandels in der Gesetzes- oder Prinzipiensicht entgegenstehen:

¹⁸⁸ Vgl *dens*, Gesellschaftsrecht I 282 f; *ders* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 105 Rz 24 ff, der allerdings diese Frage selbst unbeantwortet lässt.

¹⁸⁹ Zutr zur gebotenen Vermeidung des Begriffes mangelnde alleinige „passive Vermögensfähigkeit“ vgl *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/121.

¹⁹⁰ *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/498.

¹⁹¹ Vgl auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 184.

§ 67 KO¹⁹² legt etwa fest, dass „die Eröffnung des Konkurses über eingetragene Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, über das Vermögen juristischer Personen und über Verlassenschaften, soweit besondere Gesetze nichts anderes bestimmen, auch bei Überschuldung stattfinden“. Dieselbe Unterteilung kennt § 9 GewO¹⁹³, wonach juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften (offene Gesellschaften und Kommanditgesellschaften) Gewerbe ausüben können, dazu jedoch einen „gewerberechtlichen Geschäftsführer“ (§ 39) bestellen müssen. Gem der Begriffsbestimmungen des § 2 Z 36 BVergG sind Unternehmer „Rechtsträger wie natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Zusammenschlüsse dieser Personen und/oder Einrichtungen, eingetragene Personengesellschaften oder (...)“. Nicht zuletzt werden gem § 23 Abs 2 EStG „Gewinnanteile der Gesellschafter von Gesellschaften, bei denen die Gesellschafter als Mitunternehmer anzusehen sind (wie insb offene Gesellschaften und Kommanditgesellschaften)“ zu Einkünften aus Gewerbebetrieb gezählt und somit bei den Gesellschaftern versteuert, während juristische Personen des privaten Rechts nach § 1 Abs 2 Z 1 KStG mit allen in- und ausländischen Einkünften iSd § 2 EStG der unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen.¹⁹⁴

Diesen Bestimmungen lassen sich mE zweifelsfrei Gesetzeswertungen extrahieren, die von der grundsätzlichen Differenzierung des Gesetzgebers zwischen eingetragenen Personengesellschaften und juristischen Personen ausgehen. In getroffener Aufzählung listet der Normsetzer nebeneinander eingetragene Personengesellschaften und juristische

¹⁹² Die KO spricht in einer Reihe weiterer Bestimmungen die Trennung von juristischen Personen und eingetragenen Personengesellschaften an.

¹⁹³ Auch die GewO differenziert andernorts mehrmals zwischen juristischen Personen und eingetragenen Personengesellschaften.

¹⁹⁴ Es lassen sich noch zahlreiche andere Gesetze finden, die von dieser Unterscheidung ausgehen, etwa das Kraftfahrzeuggesetz, das Güterbeförderungsgesetz oder auch das Gentechnikgesetz.

Personen auf und stellt sie einander damit begrifflich gegenüber. Hätte der Gesetzgeber die Vorstellung vor Augen gehabt, die eingetragenen Personengesellschaften bloß eigens zu erwähnen, hätte er eine Formulierung wie „eingetragene Personengesellschaften und andere juristische Personen“ gewählt. Im Steuerrecht unterstellt der Gesetzgeber die juristischen Personen gar einem eigenen Körperschaftssteuersystem, während bei den eingetragenen Personengesellschaften die Einkünfte bei den Gesellschaftern versteuert werden.

Aus alledem lässt sich daher mE der Wille des Gesetzgebers ableiten, die eingetragenen Personengesellschaften nicht als juristische Personen zu qualifizieren.¹⁹⁵ Ob dies Folge der mangelnden Fähigkeit der eingetragenen Personengesellschaften ist, alleine für Gesellschaftsschulden zu haften, oder auf deren personalistische Struktur zurückzuführen ist, kann sohin dahingestellt bleiben, wobei mE richtigerweise die schwächere Trennung zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftershäre das entscheidende Differenzierungskriterium darstellt.¹⁹⁶ Eine Körperschaft können OG und KG jedenfalls nicht sein, da für sie nach wie vor das Prinzip der Selbstorganshaft bestimmend ist.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Damit wird freilich der These des tertium non datur zwischen physischer und juristischer Person endgültig eine Absage erteilt, vgl etwa *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 280 f; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 196 ff, 1399 ff.

¹⁹⁶ AA *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 282; *ders* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB Vor §§ 105-160, Rz 9, für den die unterschiedliche Haftungsverfassung den Ausschlag gibt.; dagegen spricht mE, dass auch vom Gesetzgeber als juristische Person anerkannte Gebilde bestehen, bei denen ebenfalls ex lege die persönliche Haftung mindestens einer anderen zur Wirkungseinheit gehörigen Person bestehe, wie etwa die Genossenschaft mit unbegrenzter Haftung oder die Gemeinde, die für Verbindlichkeiten der Gemeindesparkasse als Ausfallsbürge mithaftet; so *Dellinger*, Personengesellschaften 37.

¹⁹⁷ *Ders* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB Vor §§ 105-160 Rz 9; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/123.

1.2 *Entstehung als Rechtsträger*

Wie bereits unter II.B.1. dargelegt, entstanden OHG und KG, die ein gewerbliches Unternehmen iSd §§ 2 und 3 Abs 2 HGB betrieben, durch die konstitutive Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch. Nach dem System der freien Rechtsträgerbildung beurteilten sich jene Personengesellschaften, die ein vollkaufmännisches¹⁹⁸ Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs 2 HGB betrieben. Diese Gesellschaften entstanden im Zeitpunkt der Aufnahme des Betriebs des Gewerbes, der Firmenbucheintragung kam in diesen Fällen lediglich deklarative Wirkung zu.

Da diese von der Art der Kaufmannseigenschaft abhängige Differenzierung jedoch zugunsten eines einheitlichen Unternehmerbegriffs entfallen sollte,¹⁹⁹ stand der Gesetzgeber vor der Aufgabe, sich entweder dem System der freien Rechtsträgerbildung²⁰⁰ anzuschließen und für das Entstehen der Gesellschaft die Aufnahme des Betriebes des Unternehmens genügen zu lassen oder dem Normativsystem die Prävalenz zuzusprechen und die Konstitutivität der Firmenbucheintragung festzuschreiben, wie dies bei der ganz überwiegenden Anzahl der anderen Gesellschaften der Fall ist.²⁰¹

Der Gesetzgeber hat sich, auch unter dem Eindruck der Lehre,²⁰² für den zweiten Weg entschieden. So enthält § 123 Abs 1 UGB die Klarstellung, dass die OG „mit Eintragung in das Firmenbuch entsteht“. Erklärt wird dies in den Materialien zum

¹⁹⁸ Vgl § 4 Abs 2 HGB.

¹⁹⁹ Vgl I.D.1.

²⁰⁰ Wichtigstes Exempel dieses Systems war nach hL (unter Berufung auf § 26 ABGB) der ideelle Verein vor Inkrafttreten des VerG 2002; vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 54 f.

²⁰¹ Vgl etwa die Situation bei der AG, GmbH, Gen, SE, SCE oder bei dem großen VVaG; vgl auch die Festschreibung des Normativsystems in § 2 Abs 2 VerG.

²⁰² Etwa *Schauer*, GesRZ 2003, 3 (6); ablehnend *K. Schmidt*, JBl 2003, 137 (142 f, 146); *ders*, JBl 2004, 31 (38 f); *Weilinger* in FS Peter Doralt (2004) 67; *U. Torggler*, Handelsrecht 45.

HaRÄG 2005²⁰³ mit der dadurch erzielbaren Klarheit (Transparenz und Publizität) im Rechtsverkehr sowie mit dem erreichbaren Gewinn an Rechtssicherheit insgesamt. Dem kann mE durchaus gefolgt werden, bedenkt man, dass vor der Einführung des HaRÄG 2005 Personenhandelsgesellschaften, die nach dem (formfreien)²⁰⁴ Abschluss des Gesellschaftsvertrages den Betrieb eines vollkaufmännischen Grundhandelsgewerbes aufgenommen hatten, bereits mit dieser Aufnahme entstanden sind. Dass dies geeignet ist, wie in den Materialien²⁰⁵ erläutert wird, den Rechtsverkehr über Gebühr zu belasten, insb weil das die publizitätsschaffende Firmenbucheintragung substituierende Erfordernis der Aufnahme des Betriebes eines Vollhandelsgewerbes mit dem HaRÄG 2005 weggefallen ist, liegt mE auf der Hand. Zudem bestünden im System der freien Rechtsträgerbildung, das die Entstehung des Rechtsträgers gerade von einem hoheitlichen Akt loskoppelt, ständig Zweifel, ob die in Frage stehende Gesellschaft eine erlaubte iSd § 26 ABGB ist.²⁰⁶

Die eingetragenen Personengesellschaften entstehen daher erst durch die Eintragung in das Firmenbuch als Rechtsträger. Zur Untermauerung dieses Ergebnisses kann auch ein systemtisch-logisches Argument bemüht werden. Ein Blick auf die Gründungsvorschrift des § 2 VerG und die daraus ersichtliche Kehrtwende, die der Gesetzgeber dabei weg vom System der freien Rechtsträgerbildung hin zum Normativsystem im Zuge der Novellierung durch das VerG 2002 vollführt hat, bestätigt die hinter § 123 UGB stehende ratio legis, das Entstehen der Gesellschaft aus Verkehrsschutzgründen an einen festen, für alle erkennbaren Zeitpunkt zu binden.²⁰⁷

²⁰³ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40 (zu § 123 UGB).

²⁰⁴ Vgl FN 9.

²⁰⁵ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40 (zu § 123 UGB).

²⁰⁶ Zutr *Krejci* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 5.

²⁰⁷ So *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/205.

Ungeachtet all dieser Einwände trat *K. Schmidt*²⁰⁸ dafür ein, dass die Eintragung für größere OG und KG obligatorisch, aber nicht konstitutiv ist und diese Unternehmen daher bereits ohne Eintragung vollen Umfangs dem Unternehmensgesetzbuch unterliegen. Damit werde laut *K. Schmidt* zwar nicht dem Anspruch eines gesetzgeberischen Perfektionismus' entsprochen, doch gewinne man damit die Vor-OG und Vor-KG als Rechtsträger und Zurechnungssubjekt.²⁰⁹ Zumindest in Bezug auf die Schaffung eines Rechtsträgers, dem die im Namen der Gesellschaft geschlossenen Geschäfte zugerechnet werden können, wurde trotz der Entscheidung für das Normativsystem durch § 123 UGB Abhilfe geschaffen.²¹⁰

2. Die Personenvorgesellschaften – Vor-OG und Vor-KG

2.1 Die zentralen Normen

Mit der Entscheidung für das Normativsystem musste gleichzeitig eine Lösung für die damit einhergehende Vorgesellschaftsproblematik gefunden werden. Sedia legis der sich dieser Problematik in erster Linie annehmenden Bestimmungen liegt in § 123 Abs 2 UGB sowie § 176 Abs 1 UGB, deren exakter Wortlaut ob der Bedeutung für die nachfolgende Erörterung nun wiedergegeben werden soll:

§ 123 Abs 2 UGB:

„Handeln Gesellschafter oder zur Vertretung der Gesellschaft bestellte Personen nach Errichtung, aber vor Entstehung der Gesellschaft in deren Namen, so werden alle

²⁰⁸ *K. Schmidt*, JBl 2003, 137 (142 f, 146).

²⁰⁹ Vgl *K. Schmidt*, JBl 2004, 31; kritisch auch *U. Torggler*, Handelsrecht 46.

²¹⁰ Dies sind die Gesellschafter der Vorgesellschaft, vgl dazu II.C.2.2.

Gesellschafter daraus berechtigt und verpflichtet. Dies gilt auch dann, wenn ein handelnder Gesellschafter nicht, nicht allein oder nur beschränkt vertretungsbefugt ist, der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht aber weder kannte noch kennen musste. Die Gesellschaft tritt mit Eintragung in das Firmenbuch in die Rechtsverhältnisse ein.“

§ 176 Abs 1 UGB:

„Handeln Gesellschafter oder zur Vertretung der Gesellschaft bestellte Personen nach Errichtung, aber vor Entstehung der Gesellschaft in deren Namen, so haftet der Kommanditist für die in der Zeit bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Haftsumme. Dies gilt auch dann, wenn ein handelnder Gesellschafter nicht, nicht allein oder nur beschränkt vertretungsbefugt ist, der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht aber weder kannte noch kennen musste.“

2.2 Die Rechtsnatur der Personenvorgesellschaft

Mit der Formulierung des § 123 Abs 2 S 1 UGB beantwortet der Gesetzgeber in erster Linie die erste der zu Beginn der Erörterung der Vorgesellschaftsproblematik aufgeworfenen, grundlegenden Fragen:²¹¹ Mit wem kommen die vor Eintragung der Gesellschaft in deren Namen mit Dritten geschlossenen Geschäfte wirksam zustande.²¹²

²¹¹ Vgl II.A.

²¹² Vgl allerdings die ungenauen EBRV 1058 BlgNR 22.GP 40 (zu § 123 UGB), wenn dort festgehalten wird, dass Abs 2 leg cit die Frage beantwortet, wie die Gesellschaft vor Eintragung berechtigt und verpflichtet wird; die entscheidende Frage ist nämlich mE einen Schritt zuvor angesiedelt und besteht gerade darin, wer bei einem Handeln im Namen der Gesellschaft berechtigt und verpflichtet werden soll; darüber, wie die Berechtigung und Verpflichtung der Gesellschaft im Einzelnen aussehen soll, sagen (zumindest) die verba legalia des § 123 Abs 2 leg cit gerade nichts.

Es handelt sich bei § 123 Abs 2 S 1 UGB sohin um eine Vertretungsregel,²¹³ nicht um eine Anordnung der Haftung des Handelnden.²¹⁴ Mit Blick auf die verba legalia dieser Bestimmung wird klar, dass die vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft von den Gesellschaftern oder bevollmächtigten Vertretern geschlossenen Rechtsgeschäfte die Gesellschafter selbst berechtigen und verpflichten. Diese werden Vertragspartner des Dritten und fungieren damit als Zurechnungssubjekt.²¹⁵ Sie sind es auch, von deren Willen die Entstehung der in Gründung befindlichen OG oder KG abhängt.²¹⁶ Die Rechtsfolge von § 123 Abs 2 S 1 UGB besteht daher in der Zuordnungsfunktion der im Vorstadium im Namen der Gesellschaft²¹⁷ abgeschlossenen Geschäfte. Das entscheidende Problem schwebend unwirksamer Rechtsgeschäfte bei einem Handeln im Namen eines noch nicht existenten Rechtsträgers wird damit gelöst.²¹⁸

²¹³ *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 267; *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 6; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Handbuch des Gesellschaftsrecht (2007) Rz 599; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht 2/208.

²¹⁴ Vgl. *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 266; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 599; so auch insb. *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 21, der in zutr. Weise der von *U. Torggler* (Handelsrecht 47) vorgebrachten Kritik, dass der § 123 UGB keine Regelung zur Handelndenhaftung enthält, den Boden entzieht. Unter „Handelnde“ iSd Handelndenhaftung subsumiert die hM nämlich ohnehin lediglich die aufgrund des Gesellschaftsvertrages bestellten Organwalter; dies bedeutet, dass nicht alle Gesellschafter und auch nicht rechtsgeschäftlich bestellte Vertreter als „Handelnde“ aufgefasst werden. Da die künftigen organschaftlichen Geschäftsführer der einzutragenden OG ohnehin (zwar als Folge der Lösung der Zurechnungsproblematik) von § 123 Abs 2 UGB erfasst sind, ist das Ergebnis im Vergleich zur Handelndenhaftung dasselbe.

²¹⁵ Ruft man sich im Vergleich zu § 123 UGB etwa die Handelndenhaftung nach § 2 Abs 1 S 2 GmbHG in Erinnerung, wird mE auch die unterschiedliche Gesetzesintention erkennbar, von der § 123 UGB getragen ist; hier sollte tatsächlich ein Zurechnungssubjekt geschaffen werden, während § 2 Abs 1 S 2 GmbHG lediglich die Haftungsfrage löst, zur Rechtsträgerschaft der Vorgesellschaft aber schweigt.

²¹⁶ Zutr. *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht 2/208.

²¹⁷ Zur Frage, wen der Gesetzgeber mit „Gesellschaft“ idZ meint, vgl. unter....

²¹⁸ Vgl. auch *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 599; unzutr. *Keinert*, Unternehmensrecht Rz 125, der vermeint, dass die Berechtigung und Verpflichtung aller Gesellschafter bei einem Handeln nach § 123 Abs 2 S 1 UGB (und damit im Namen der noch nicht exist. OG) ohnedies selbstverständlich sei.

Durch die Anordnung der Berechtigung und Verpflichtung aller Gesellschafter sind diese die Rechtsträger der Vorgesellschaft,²¹⁹ die nach richtiger Ansicht²²⁰ als nicht rechtsfähige Außen-GesbR zu qualifizieren ist. Die Gesellschafter vereinigen auf einer vertraglichen Grundlage ihre Mühe oder ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen, wie dies § 1175 ABGB fordert. Zweck ist die Vollendung des Gründungsvorganges. Damit wird ein von der zu gründenden Gesellschaft zu trennendes Gesellschaftsverhältnis begründet.²²¹ Neben der Rechtsfolge des § 123 Abs 2 UGB, die Gesellschafter als Vertragspartner zu berechtigen und verpflichten, legt auch die Bestimmung des § 178 UGB die Annahme einer nicht rechtsfähigen Außen-GesbR nahe. Diese sieht vor, dass dann, wenn Gesellschafter einer unternehmerisch tätigen GesbR, die im Geschäftsverkehr unter einem eigenen Namen auftritt, oder zur Vertretung der Gesellschaft bestellte Personen in deren Namen auftreten, alle Gesellschafter daraus berechtigt und verpflichtet werden (§ 178 S 1 UGB). Dies gilt im Übrigen auch dann, wenn der handelnde Gesellschafter nicht, nicht allein oder nur beschränkt vertretungsbefugt ist, der Dritte den Mangel aber weder kannte noch kennen musste (§ 178 S 2 UGB). Einziger Unterschied zur Vorgesellschaftsregelung liegt darin, dass § 123 Abs 2 UGB im Gegensatz zu § 178 vom Betrieb eines Unternehmens unabhängig ist.²²²

§ 178 wurde quasi in letzter Minute durch das HaRÄG 2005 in das UGB eingefügt, um das vertretungsrechtliche System der (unternehmerisch tätigen) GesbR mit jenem der

²¹⁹ Vgl idZ *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht 2/206, mit unzutreffender Kritik an der Formulierung, dass die Gesellschafter selbst Rechtsträger der GesbR seien.

²²⁰ So auch *Krejci*, JBl 2004, 10 (17) mwN; *ders* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 1 ff, insb 5; vgl auch *Reich-Rohrwig/Schneider*, *ecolex* 2006, 389; *RothFitz*, Unternehmensrecht² Rz 266; *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/205; wohl ebenso *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrechts Rz 597; aA *Steiner*, Die GesbR nach Inkrafttreten des UGB, RdW 2007, 262, auf dessen Ansicht noch unter II.C.1.1 näher eingegangen wird.

²²¹ So auch *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/205.

²²² Vgl II.C.2.4.1.8.

Vorgesellschaft gleichzuschalten.²²³ So sprechen in Bezug auf die Qualifikation der Vor-OG bzw Vor-KG auch die diesbezüglichen Gesetzesmaterialien²²⁴ eine klare Sprache: Dort ist zu lesen, dass zwar eine Reform des GesbR-Rechts nicht Ziel des HaRÄG 2005 war, dennoch aber dafür Vorsorge zu treffen war, „dass dem Geschäftsverkehr unter dem Blickwinkel des Verkehrsschutzes dadurch keine Defizite erwachsen, dass Personengesellschaften künftig nicht schon mit Aufnahme einer vollkaufmännischen grundhandelsgewerblichen Tätigkeit entstehen, sondern meist als Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzusehen sein werden“.²²⁵

Als weiteres Argument für die Annahme einer GesbR kann § 8 Abs 3 UGB ins Treffen geführt werden.²²⁶ Dieser sieht die Pflicht der Gesellschafter einer GesbR zur Eintragung als OG oder KG vor, sofern der Schwellenwert des § 189 UGB überschritten wird. Bis zur Eintragung bleibt die Gesellschaft GesbR.

Damit ist auch die zweite zu Beginn der Erörterung gestellte, grundlegende Frage beantwortet, nämlich jene, ob bereits mit der Vorgesellschaft ein eigener Rechtsträger zur Verfügung steht, an den Sacheinlagen, allen voran Unternehmen, übertragen werden können. Der GesbR, sowohl als Innen- als auch als Außen-Gesellschaft, wird - wie bereits oben erwähnt - nach hA²²⁷ keine Rechtsfähigkeit zugesprochen. Ein einziger

²²³ Vgl auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 178 Rz 2.

²²⁴ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 48 (zu § 178 UGB).

²²⁵ Die Abschwächung durch das Wort „meist“ ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Gesellschafter, die eine eingetragene Personengesellschaft gründen möchten, sich zunächst auch zu einer GmbH zusammenschließen können. Freilich wird es in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle nicht zweckmäßig sein, zur Gründung einer Gesellschaft eine Gesellschaft zu gründen, die ihrerseits selbst in das Firmenbuch einzutragen ist; vgl dazu bereits II.A.

²²⁶ So auch *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 266.

²²⁷ Vgl die Nachweise in der FN 220; aA *Steiner*, Die GesbR nach Inkrafttrente des UGB, RdW 2007, 262.

Rechtsträger iS einer rechtsfähigen Vorgesellschaft sui generis besteht daher nicht.²²⁸ Dass der Vor-OG und Vor-KG keine Rechtsfähigkeit zukommt, legt im Übrigen auch schon ganz allgemein die Entscheidung für das Normativsystem und insb die dazu ergangenen Gesetzesmaterialien²²⁹ nahe.²³⁰ Vielmehr fungieren die Gesellschafter der als Vorgesellschaft zu qualifizierenden GesbR als Zurechnungssubjekt.²³¹ An sie werden die allenfalls bereits im Vorstadium zu erbringenden Sacheinlagen übertragen (sofern es sich um eigentumsfähige Sachen handelt) und sie sind es auch, an welche die Forderungen, Verbindlichkeiten und Vertragspositionen übertragen werden müssen.²³²

Ein kurzer Blick soll noch auf die von *Steiner*²³³ vertretene Auffassung gerichtet werden, wonach einer unternehmerisch tätigen GesbR nach § 178 UGB²³⁴ sehr wohl Rechtspersönlichkeit oder zumindest Quasi-Rechtspersönlichkeit attestiert werden müsse.

Unternehmerisch ist die Tätigkeit einer GesbR iSd § 178 UGB grs dann, wenn sie unter der Hypothese, es würde sich um eine natürliche Person handeln, eine

²²⁸ So auch *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht 2/205.

²²⁹ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40 (zu § 123 UGB).

²³⁰ Wobei dieses Argument insofern erhebliche Relativierung erfährt, als das Normativsystem auch der von Lehre und Rsp in stetiger Rechtsfortbildung angenommenen Rechtsfähigkeit der Kapitalvorgesellschaften sui generis nicht entgegensteht; so auch Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth, Gesellschaftsrecht, 183 Rz 597.

²³¹ Vgl die Formulierung in den EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40 (zu § 123 UGB), wonach die im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäfte „den Gesellschaftern selbst als Mitunternehmer zugerechnet werden“; vgl auch *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht 2/208.

²³² Zu den genauen schuld- und sachenrechtlichen Folgen, die bereits in die Vorgesellschaft eingebrachte Einlagen nach sich ziehen, vgl IIC.2.3.2.

²³³ Steiner, RdW 2007, 262.

²³⁴ Zur verfehlten systematischen Einordnung der Bestimmung siehe insb *Riedler*, § 178 UGB - Vertretungsmacht ohne Vollmacht bei der unternehmerisch tätigen GesbR? wbl 2007, 515 (517); aber auch *Krejci* in Krejci, Reform-Kommentar UGB Vor § 178 Rz 2; *Keinert*, Unternehmernrecht Rz 102.

unternehmerisch tätige iSd UGB (§§ 1 bis 3 UGB) wäre.²³⁵ Entscheidend ist, dass der Gesetzgeber in § 178 UGB eine Unterscheidung trifft zwischen der unternehmerischen Tätigkeit der GesbR, d.h. der gemeinschaftlichen Erwerbstätigkeit der Gesellschafter und der davon abzugrenzenden Tätigkeit des einzelnen Gesellschafters. Daher muss auch eine gemeinschaftliche Erwerbstätigkeit der Gesellschafter nicht unbedingt bedeuten, dass die Gesellschafter auch (sonst) als Unternehmer zu qualifizieren sein müssen.²³⁶ Auch auf GesbR von Freiberuflern und von Land- und Forstwirten ist § 178 UGB anwendbar. Die Angehörigen der freien Berufe sind zwar nach § 4 Abs 2 UGB, die Land- und Forstwirte nach § 4 Abs 3 UGB von der Anwendung der folgenden Abschnitte des Ersten Buches sowie nach § 189 Abs 4 UGB vom Dritten Buch des Ersten Abschnitts ausgenommen, keine solche Ausnahme findet sich allerdings für das Zweite Buch, in dem sich § 178 UGB findet.²³⁷

Nicht erfasst sind daher von § 178 UGB insb nicht unternehmerische GesbR, auch wenn sie im eigenem Namen auftreten²³⁸, unternehmerisch tätige Innen-GesbR, da sie im Verkehr nicht unter eigenem Namen auftreten sowie unternehmerisch tätige GesbR, die keinen eigenen Namen führen, ein Gesellschafter aber dennoch unter einem solchen (eigenmächtig) handelt.²³⁹ Bei einem Handeln im Namen der übrigen Gesellschafter der GesbR, anstatt im eigenem Namen der unternehmerisch tätigen GesbR, werden nach allgemeinen stellvertretungsrechtlichen Regeln ohnedies alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet.²⁴⁰

²³⁵ Besonders ausführlich *Riedler*, wbl 2007, 515 (517).

²³⁶ *Riedler*, wbl 2007, 515 (518)

²³⁷ Zutr *ders*, wbl 2007, 515 (517)

²³⁸ Dies selbst dann, wenn die Gesellschafter selbst Unternehmer sind, was freilich die Ausnahme bilden wird, da in diesem Fall idR auch die GesbR eine unternehmerisch tätige sein wird; so auch *ders*, wbl 2007, 515 (517)

²³⁹ *Ders*, wbl 2007, 515 (517).

²⁴⁰ So auch *ders*, wbl 2007, 515 (517), der idZ richtig darauf hinweist, dass § 123 Abs 2 S 2 UGB hier nicht anzuwenden ist.

Steiner leitet die (Quasi-)Rechspersönlichkeit der unternehmerisch tätigen GesbR aus dem Tatbestandsmerkmal „*Gesellschaft, die im Geschäftsverkehr unter einem eigenem Namen auftritt*“ in § 178 UGB ab. Wenn der Gesetzgeber der GesbR zugestehe, im geschäftlichen Verkehr unter eigenem Namen aufzutreten,²⁴¹ räume er ihr gleichzeitig auch ein, die aus dem Namensrecht erfließenden Rechte geltend zu machen, also Träger dieser Rechte und damit (zumindest) teilrechtsfähig zu sein. Mit dem Ausdruck „Name“ in § 178 UGB sei nämlich nichts anderes gemeint als der Name iSd § 43 ABGB. Damit könne die unternehmerisch tätige GesbR als „eine Art Quasi-Rechtsperson“²⁴² ihr Namensrecht nach den ihr zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen schützen. Insb könne sie sich auch auf § 9 UWG stützen. Mit dieser Wendung wolle der Gesetzgeber nach *Steiner* gerade im bewussten Gegensatz zum Begriff „Firma“ in § 105 UGB für die OG sowie in § 161 Abs 1 UGB für die KG die Teilrechtsfähigkeit der GesbR positivieren.

Die Ansicht *Steiner's* ist mE abzulehnen. Wie aus den obigen Ausführungen deutlich wird, hängt er seine Argumentation lediglich auf der in § 178 UGB aufgenommenen Wendung des „Auftreten der GesbR unter eigenem Namen“ auf. ME verkennt er dabei aber die gesetzgeberische Intention hinter dem Ausdruck „unter eigenem Namen“ in § 178 UGB. Wie *Steiner* selbst darlegt, wurde § 178 UGB eingeführt, um eine Gleichschaltung der Vertretungsregeln von GesbR und Vor-OG und Vor-KG zu erreichen.²⁴³ Der Wortlaut des § 178 UGB ist in den wesentlichen Teilen gar identisch mit jenem der §§ 123 Abs 2 und § 176 Abs 1 UGB zumindest in Bezug auf dessen Tatbestand. Der damit angestrebte Gleichklang würde aber in einer sachlich nicht

²⁴¹ Auch vor dieser Neuerung des GesbR-Rechts konnten die Gesellschafter einer GesbR unter einem Namen auftreten; vgl OGH RdW 1995, 300; ÖBl 1999, 91; siehe auch *Grillberger* in Rummel, ABGB³ § 43 Rz 23; *Riedler* in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB² (2007) § 1175 Rz 4.

²⁴² *Steiner*, RdW 2007, 262 (264).

²⁴³ So auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 178 Rz 2.

gerechtfertigten Dissonanz enden, wäre die unternehmerisch tätige GesbR nach § 178 UGB rechtsfähig, die als GesbR zu qualifizierende Vor-OG aber - wie es Steiner offenbar vertritt - nicht. Nachdem § 178 UGB - wie gesagt - quasi in letzter Sekunde eingeführt wurde und das GesbR-Recht mit der Vor-OG bzw. Vor-KG gleichschließen sollte, dürfen bei der Interpretation von § 178 UGB die §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB nicht außer Acht gelassen werden. Daher ist mE der sich hinter dem Begriff „Namen“ verbergende Gedanke vielmehr jener, eine Lösung für die Schwierigkeiten, die mit dem Handeln im Namen der noch nicht entstandenen OG oder KG einhergehen, zu finden. Mangels Firmenbucheintragung der Gesellschaft im Vorstadium kann richtigerweise noch nicht von Firma gesprochen werden. Dies hat offenbar auch der Gesetzgeber gesehen und den „neutralen“ Begriff „Namen“ verwendet. Die Tradierung dieser Wendung in den § 178 UGB ist daher Resultat der Gleichschaltung des Vertretungsregimes. Dadurch löst sich die vom Gesetzgeber bewusst gesetzte Abgrenzung, wie *Steiner* sie zu diagnostizieren vermeint, zwischen der Firma der eingetragenen Personengesellschaft und dem Namen für die unternehmerisch tätige GesbR auf.

Im Übrigen war es schon bisher hA, dass die GesbR einen eigenen „Namen“ führen darf. Dies musste auch bislang so verstanden werden, dass die Gesellschafter bezüglich ihrer gesellschaftlichen Tätigkeit eine gemeinsame Bezeichnung verwenden dürfen. Diese wird üblicherweise „Geschäftsbezeichnung“ genannt und genießt den Schutz des Namensrechts nach § 43 ABGB.²⁴⁴ Richtig wird daher gesagt, dass § 178 S 1 UGB lediglich klarstellt, was ohnehin klar ist und daher ersatzlos gestrichen werden könnte.²⁴⁵

Gleichwohl muss eingestanden werden, dass die sprachliche Formulierung des Tatbestands in § 178 UGB in der Tat bei oberflächlicher Betrachtung Anlass zu Zweifeln

²⁴⁴ Vgl etwa RdW 1995; ÖBl 1999, 91; *Grillberger* in *Rummel*³ § 1175 Rz 23; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 232.

²⁴⁵ Zutr *Keinert*, Unternehmensrecht Rz 104; *Riedler*, wbl 2007, 515 (520).

bieten könnte und hier eine andere Wendung diese Zweifel mitunter von Beginn an ausgeräumt hätte.²⁴⁶ Damit wäre aber die Gleichschaltung des § 178 UGB mit den §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB konterkariert worden, war doch mit dem in diesen beiden Bestimmungen verwendeten Terminus „Name“ gerade bezweckt, ein Handeln im Namen der fertigen Gesellschaft zu fassen.²⁴⁷ Wird er jedoch - wie soeben gezeigt wurde - im Lichte der „Entstehungsgeschichte“ und der damit bezweckten Gleichschaltung sowie vor allem auch im Lichte der Rechtsfolge des § 178 UGB gelesen, kann mE kein Zweifel daran übrig bleiben, dass die unternehmerisch tätige GesbR nicht rechtsfähig ist, uz weder voll- noch teilrechtsfähig.²⁴⁸

Somit ist das Namensrecht weiterhin den Gesellschaftern der GesbR zugehörig und sind die aus einer Verletzung dieses Rechtes resultierenden Ansprüche auch von den Gesellschaftern in ihrer Eigenschaft als Rechtsträger der Gesellschaft geltend zu machen. Überhaupt legt *Steiner* bei seiner Argumentation zuviel Gewicht auf den Tatbestand. Sein Hauptaugenmerk gilt dem Auftreten der Gesellschafter im „Namen“ der Gesellschaft, während er die maßgebliche Rechtsfolge, nämlich die Berechtigung und Verpflichtung aller Gesellschafter, sohin deren Position als Vertragspartner des Dritten, vernachlässigt.²⁴⁹ Die unternehmerisch tätige GesbR, ebenso wie die nicht unternehmerisch tätige GesbR, aber auch die Vor-OG und Vor-KG sind daher nicht rechtsfähig.

Im Hinblick auf die Vor-OG und Vor-KG soll dieser gesetzgeberischen Entscheidung mE nochmals Beifall gezollt werden, weil damit insb die mit der

²⁴⁶ So auch *ders.*, Rechnungslegungspflicht auch bei der GesbR als „verdeckter juristischer Person“? *ecolex* 2007, 253 (255); *Riedler*, wbl 2007, 515 (517).

²⁴⁷ Zur Interpretation der unmittelbaren Bedeutung des Begriffes „Gesellschaft“ in den §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB vgl II.C.2.4.1.3.

²⁴⁸ So im Ergebnis auch *Riedler*, wbl 2007, 515 (518).

²⁴⁹ So auch die Kritik von *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 597.

Einführung des Normativsystems gewonnene Transparenz und Rechtssicherheit über das Entstehen der intendierten Gesellschaft als Zurechnungssubjekt und über deren Identität²⁵⁰ gewahrt bleibt.

Nimmt man bereits vor der konstitutiven Eintragung der Gesellschaft annehmen, dass diese bereits als der Rechtsträger auftritt, der sie erst werden soll, würde die Konstitutivität und die damit verbundenen Benefizien indes wieder verloren gehen.²⁵¹ Diesem Einwand könnte zwar durch die Meinung begegnet werden, dass der Rechtsträger im Vorstadium sich doch soweit von der eingetragenen Gesellschaft unterscheidet, dass von unterschiedlichen Zurechnungssubjekten ausgegangen werden kann, sodass der Konstitutivität ihre Bedeutung zurückgegeben würde; allerdings würde diese Annahme wiederum in offenen Konflikt zum Prinzip des gesellschaftsrechtlichen Typenzwangs geraten,²⁵² wonach Personen, die sich zu einer Gesellschaft zusammenschließen wollen, nur aus dem gesetzlich zur Verfügung stehenden Kreis der Gesellschaftsformen wählen können (sog. „Numerus clausus der Gesellschaftsformen“)²⁵³.

Dem halten die Vertreter der Identitätstheorie²⁵⁴ entgegen, dass es sich in Wahrheit nicht um eine neue Gesellschaft handelt, sondern vielmehr um ein notwendiges Vorstadium gerade jener Gesellschaft, die zur Firmenbucheintragung angemeldet wird

²⁵⁰ Vgl die EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40 (zu § 123 UGB).

²⁵¹ Vgl idZ die EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40 (zu § 123 UGB), die insb die mit dem Normativsystem bewirkte Erhöhung der „Klarheit und Rechtssicherheit“ betonen; idS auch *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 61 ff.

²⁵² Vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 60 f.

²⁵³ Siehe etwa *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 5 f.

²⁵⁴ *K. Schmidt* in Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz I⁹ (2006) § 11 Rz 25 f, 27f, 36; *ders*, Gesellschaftsrecht⁴ 300; *ders*, Theorie und Praxis der Vorgesellschaft nach gegenwärtigem Stand, GmbHR 1987, 77 (79ff, 84f); *Weilinger*, Aufstellung 102 f.

und dem Typenkatalog entspricht. Dabei darf aber - wie *Krejci*²⁵⁵ zutr herausstreicht - nicht übersehen werden, dass damit der konstitutiven Eintragung wiederum der Boden entzogen werden würde. Gerade diese Unsicherheiten über die Identität des Vertragspartners sollten durch die Neugestaltung des § 123 UGB vermieden werden.²⁵⁶

ME hat der Gesetzgeber gut daran getan, all diesen Schwierigkeiten auszuweichen und als Vorgesellschaft eine nicht rechtsfähige Außen-GesbR anzunehmen, deren Zurechnungssubjekt die Gesellschafter sind. Dies fügt sich mit dem Anspruch der Konstitutivität der Firmenbucheintragung und des Numerus clausus der Gesellschaftsformen zu einem harmonischen Gesamtbild. Abgesehen davon, sind Überlegungen, auch der Vor-OG oder Vor-KG (Quasi)Rechtspersönlichkeit zu attestieren, nicht von dieser besonderen Bedeutung, wie dies im Kapitalgesellschaftsrecht der Fall ist, weil die haftungsrechtlichen Folgen jenen nach Firmenbucheintragung entsprechen, uz nunmehr auch für den als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafter der Vor-KG.²⁵⁷

Dies wird auch in den Materialien zum HaRÄG 2005²⁵⁸ bestätigt. So sei es durchaus sachgerecht, die Gesellschafter als Folge der gesamthandschaftlichen Struktur und des Fehlens des Trennungsprinzips als Zurechnungssubjekt in die Pflicht zu nehmen. Während nämlich die Gründer einer Kapitalgesellschaft regelmäßig nicht Vertragspartner der im Namen der Gesellschaft eingegangenen Rechtsgeschäfte werden und ebenso wenig persönlich haften möchten, entspreche der Kern der Haftungsordnung

²⁵⁵ Vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 63.

²⁵⁶ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40 (zu § 123 UGB).

²⁵⁷ *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 597; vgl dazu II.C.2.6.2.6.

²⁵⁸ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40 (zu § 123 UGB).

der GesbR, nämlich die persönliche Haftung der Gesellschafter, jenem bei den eingetragenen Personengesellschaften.²⁵⁹

Die Gesellschafter werden also im Ergebnis behandelt wie nach der konstitutiven Eintragung. Sie haften für die im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäfte persönlich, mit der Einschränkung, dass sie im Stadium der Vorgesellschaft auch Vertragspartner werden.²⁶⁰ Auch dies erfährt allerdings eine Relativierung dadurch, dass von einem Teil der Lehre²⁶¹ die Erfüllungstheorie vertreten wird. Dies bedeutet, dass angenommen wird, dass die Gesellschafter einer OG sowie die Komplementäre einer KG nicht bloß haften, wie dies die Vertreter der Haftungstheorie behaupten,²⁶² sondern auch die Erfüllung schulden.²⁶³ Aber selbst dann, wenn man der Haftungstheorie den Vorzug geben möchte, könnte argumentiert werden, dass der Primat der schadenersatzrechtlichen Naturalrestitution diesfalls zumindest analog anzuwenden ist und die Erbringung der Leistung selbst für die Gesellschafter daher tunlich ist, soweit dies freilich auch zumutbar ist.²⁶⁴

²⁵⁹ So auch *Krejci*, JBl 2004, 10 (17 ff); *ders.*, Gesellschaftsrecht I 60.

²⁶⁰ Krit wurde von *U. Torggler* (Handelsrecht 48) idZ ua angemerkt, dass die Gesellschafter auch dann haften, wenn sie dem Geschäftsbeginn ihre Zustimmung verweigert haben; die Haftung der Gesellschafter tritt also unabhängig von deren Zustimmung ein. Seiner Auffassung nach hätte eine idS ausgewogene Regelung mutatis mutandis in Anlehnung an § 2 Abs 4 VerG 2002 folgendermaßen lauten können: „Für Handlungen im Namen der Gesellschaft vor ihrer Entstehung haften die Handelnden persönlich zur ungeteilten Hand (Gesamtschuldner). Rechte und Pflichten aufgrund solcher Handlungen werden, wenn sie mit Zustimmung aller Gesellschafter gesetzt oder nachträglich genehmigt wurden, mit der Entstehung der Gesellschaft ohne weiteres für diese wirksam. Dadurch werden die Handelnden von ihrer Haftung befreit.“

²⁶¹ Vgl etwa *Schauer* in *Schauer Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/498 ff.

²⁶² Siehe etwa *Koppensteiner* in *Straube*³ § 128 Rz 10a.

²⁶³ Siehe etwa *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 105 Rz 39.

²⁶⁴ So *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 105 Rz 39 f; ähnlich *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 692, die von einer „Umkehrung der Erfüllungstheorie“ sprechen.

Im Übrigen wird zutr darauf hingewiesen, dass auch wenn mit der als GesbR zu qualifizierenden Vorgesellschaft kein eigener Rechtsträger zur Verfügung steht, an den Sacheinlagen - allen voran Unternehmen - geleistet werden können, dies doch dadurch erträglich wird, dass Firmenbucheintragungen zur Gesellschaftsgründung bei den österreichischen Firmenbuchgerichten in kürzester Zeit durchgeführt werden.²⁶⁵

2.3 *Das Innenverhältnis der Vorgesellschaft*

2.3.1 *Rechtsquellen*

Wie es bisher der hL²⁶⁶ im Personengesellschaftsrecht entsprach, kann auch in Bezug auf die Vorgesellschaft nach UGB vom Bestehen eines abgestuften Regelungsbestandes an vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen im Hinblick auf das Innenverhältnis der Vorgesellschaft gesprochen werden, wobei die höhere Stufe die jeweils niedrigere ausschließt. Das HaRÄG 2005 hat insofern keine Änderung gebracht:

Vorrang genießen zunächst die im Gesellschaftsvertrag getroffenen Regelungen zum Gründungsstadium. Wurden solche nicht getroffen oder regeln sie den in Frage stehenden Sachverhalt nicht, kommen jene Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags zur Anwendung, die zur anstehenden Frage vom Recht der OG oder KG abweichende Regelungen für die fertige Gesellschaft vorsehen. Lassen sich auch solche vertragliche Bestimmungen nicht finden, greift das OG- oder KG-Recht. Konnten unter Heranziehung dieser Rechtsquellen noch keine Antwort gefunden werden, sind zuletzt die dispositiven Regelungen des GesbR-Rechts heranzuziehen.²⁶⁷

²⁶⁵ So *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 13 f.

²⁶⁶ Siehe II.B.3.

²⁶⁷ So auch *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/207.

Dass im Zweifel bereits das Recht der fertigen Gesellschaft auf das Innenverhältnis der Gesellschafter im Vorstadium anzuwenden ist, hat seinen Grund darin, dass die Gesellschafter eine bestimmte Gesellschaft gründen möchten und damit ihre Rechtsbeziehungen jedenfalls ab deren Gründung nach den dieser Rechtsform zugehörigen Bestimmungen regeln möchten. Im Zweifel wird aber dem hypothetischen Parteiwillen²⁶⁸ folgend anzunehmen sein, dass es diesfalls dann aber auch den Interessen der Gesellschafter besser entsprechen werde, dieses Regelungsregime bereits im Vorstadium zur Anwendung zu bringen.²⁶⁹

Dass wiederum die Regelungen des Gesellschaftsvertrages, die entweder in der expliziten Regelung des Gründungsstadiums oder in der Abweichung für den Bereich nach Gründung der Gesellschaft von dem entsprechenden dispositiven Bestimmungen des OG- oder KG-Rechts bestehen, vor letzteren Vorrang genießen, beruht ebenfalls auf dem hypothetischen Parteiwillen, da indiziert ist, dass die gesetzliche Regelung, dh das OG- oder KG-Recht, dem Parteiwillen nicht gerecht wird.²⁷⁰

²⁶⁸ Siehe dazu die zutr Ausführungen von *U. Torggler* (in FS Krejci 954), der die dogmatischen Unterschiede in der Ableitung des Vorziehens des Rechts der fertigen Gesellschaft, nämlich durch Lückenfüllung aufgrund eines Analogieschlusses bei Kapitalgesellschaften einerseits und aufgrund des hypothetischen Parteiwillens bei Personengesellschaften andererseits, relativiert, indem er sie auf die jeweilige gesetzliche Regelungsdichte der Gesellschaften zurückführt.

²⁶⁹ Vgl *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/207 mwN.

²⁷⁰ So *U. Torggler* in FS Krejci 954 mwN.

2.3.2 Das Gesellschaftsvermögen

2.3.2.1 Allgemeines

Zur Beantwortung der Frage nach der Vermögensordnung der Vorgesellschaft, wem also das Gesellschaftsvermögen im Vorstadium zuzuordnen ist, muss ein Schritt zurück zur Rechtsnatur der Vorgesellschaft gemacht werden. Wie unter II.C.2.2 ausführlich herausgearbeitet wurde, handelt es sich bei der Vor-OG und Vor-KG um nicht rechtsfähige Außen-GesbR. Damit ist auch die Antwort auf die Frage nach der Vermögensordnung gegeben. Mangels Rechtspersönlichkeit kann die GesbR niemals Rechtsträgerin des Gesellschaftsvermögens sein. Vielmehr ist den Gesellschaftern selbst das Gesellschaftsvermögen zuzurechnen.²⁷¹

2.3.2.2 Eigentumsfähige Sachen

Werden daher bereits vor der Eintragung der Personengesellschaft sachenrechtsfähige Gegenstände in die GesbR eingebracht, wird unter den Gesellschaftern Miteigentum zu ideellen Anteilen begründet.²⁷² Gesamthand Eigentum kann abseits der gesetzlich geregelten Fälle weiterhin nicht begründet werden.²⁷³

²⁷¹ So auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 13; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 600; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/217.

²⁷² *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 13; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/217.

²⁷³ Vgl nur *Koziol/Welser*, Bürgerlichen Rechts I¹³ 294 f.

2.3.2.3 *Forderungen*

Bringt ein Gesellschafter im Stadium der Vorgesellschaft eine Forderung in die Gesellschaft ein, wird diese im Wege des Forderungsbeitritts der übrigen Gesellschafter zu einer gemeinsamen Forderung.²⁷⁴ Eine solche gemeinsame Forderung wird bei der GesbR iZ als Gesamthandforderung qualifiziert.²⁷⁵

2.3.2.4 *Verbindlichkeiten*

Werden Verbindlichkeiten eines Gesellschafters in die Vorgesellschaft eingebracht, sind diese nach erfolgtem Schuldbeitritt der restlichen Gesellschafter als gemeinschaftliche Verbindlichkeiten zu qualifizieren. Diesfalls muss keine Zustimmung des Vertragspartners eingeholt werden, weil der Schuldbeitritt aufgrund des sohin erweiterten Haftungsfonds für den Gläubiger vorteilhaft ist.²⁷⁶

2.3.2.5 *Vertragspositionen*

Ganze Verträge werden durch entsprechende Vertragsbeitritte der übrigen Gesellschafter zu gemeinschaftlichen Vertragspositionen. Dafür ist allerdings die Zustimmung des Vertragspartners erforderlich.²⁷⁷ Werden bereits Unternehmen in die Vorgesellschaft eingebracht, sind die §§ 38 f UGB anwendbar.²⁷⁸

²⁷⁴ *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 13.

²⁷⁵ Vgl idZ auch II.C.2.4.1.10.2.

²⁷⁶ *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 13.

²⁷⁷ *Ders* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 13.

²⁷⁸ Zutr *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/217.

2.4 Das Außenverhältnis der Vorgesellschaft

2.4.1 Ausgangspunkt - § 123 UGB als Vertretungsregel

Wird nunmehr das Außenverhältnis der Personenvorgesellschaft einer eingehenden Prüfung unterzogen, ist zu deren besseren Darstellung angezeigt, zwischen Vor-OG und Vor-KG zu unterscheiden. Die folgenden Ausführungen widmen sich, soweit nicht ausdrücklich auch die Vor-KG erwähnt wird, ausschließlich dem Außenverhältnis der Vor-OG und behalten die Untersuchung des Außenverhältnisses der Vor-KG einem gesonderten Teil vor.²⁷⁹

Wie unter II.C.2.1. festgestellt wurde, ordnet die für das Außenverhältnis der Vor-OG zentrale Bestimmung des § 123 Abs 2 UGB²⁸⁰ an, dass die Gesellschafter berechtigt und verpflichtet werden, wenn diese oder zur Vertretung der Gesellschaft bestellte Personen nach Errichtung, aber vor Entstehung der Gesellschaft in deren Namen handeln. Dies gilt auch dann, sollte der handelnde Gesellschafter nicht, nicht allein oder nur beschränkt vertretungsbefugt sein. Mit Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch tritt die Gesellschaft in die Rechtsverhältnisse ein. Diese Norm gilt es nunmehr, einer eingehenden Analyse zu unterziehen.

Wie bereits unter II.C.2.2. herausgearbeitet wurde, handelt es sich bei § 123 Abs 2 UGB um eine Vertretungsregel, die als Rechtsfolge eine Zuordnung der im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäfte zu den Gesellschaftern vornimmt. Diese werden sohin Vertragspartner und damit Rechtsträger der geschlossenen Geschäfte.

²⁷⁹ Siehe II.C.2.6.2.

²⁸⁰ Zum Verhältnis von § 123 Abs 2 S 1 und § 176 Abs 1 UGB vgl II.C.2.6.2.5.

Insb aus dieser gesetzgeberischen Anordnung wird abgeleitet, dass es sich bei der Vor-OG und Vor-KG um eine Außen-GesbR handelt, der nach hA²⁸¹ keine Rechtsfähigkeit zukommt. Es darf idZ auf die obigen Ausführungen zur Rechtsnatur der Personenvorgesellschaften verwiesen werden.²⁸²

Im Folgenden sollen die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 123 Abs 2 S 1 UGB sowie dessen Rechtsfolge näher untersucht werden:

2.4.1.1 Handelnde Personen und getätigte Geschäfte

Vom persönlichen Anwendungsbereich des § 123 Abs 2 S 1 UGB werden die „Gesellschafter“ sowie die „zur Vertretung der Gesellschaft bestellten Personen“ erfasst. Wie sich aus einem systematisch-logischer Blick auf S 2 leg cit ergibt, sind mit dem Begriff „Gesellschafter“ zunächst nur die vertretungsbefugten Gesellschafter gemeint.²⁸³ Über den S 2 leg cit wird der persönliche Anwendungsbereich des § 123 Abs 2 S 1 UGB über dessen „ursprünglichen“ Gehalt hinaus nämlich auf nicht (ausreichend) vertretungsbefugte Gesellschafter erweitert; dies unter der Bedingung, dass der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht nicht kannte oder kennen musste. Die Grundlage der Vertretungsmacht ist dabei nicht entscheidend.²⁸⁴ Diese kann im Gesellschaftsvertrag vereinbart worden sein, sich aus dem § 1201 ABGB als für das Vertretungsregime der GesbR einschlägige Bestimmung ergeben oder auch durch Bevollmächtigung im Einzelfall erfolgt sein. Selbst bei rechtsgeschäftlicher Vollmachtserteilung an einen Gesellschafter ist dieser mE daher ein „Gesellschafter“ iSd § 123 Abs 2 S 1 UGB und nicht eine „zur Vertretung der Gesellschaft bestellte Person“; dies ist deswegen von

²⁸¹ Vgl die entsprechenden Nachweise bei der FN 220.

²⁸² Vgl II.C.2.2.

²⁸³ So auch *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/209.

²⁸⁴ *Ders* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/209.

großer Bedeutung, weil bei einer Vollmachtsüberschreitung eines Gesellschafters sehr wohl das Verkehrsschutzinstrument der Vermutung der (umfassenden) Einzelvertretungsbefugnis gem S 2 leg cit greift.²⁸⁵

Mit den „zur Vertretung der Gesellschaft bestellten Personen“ sind jene Personen gemeint, deren Vertretungsmacht auf einer rechtsgeschäftlichen Grundlage beruht.²⁸⁶ Diese Bevollmächtigung erfolgt, wie *Krejci*²⁸⁷ ausführt, „von und für die Gesellschafter der Vor-OG“. Mangels Rechtsfähigkeit der OG vor der entsprechenden Firmenbucheintragung könne diese nämlich noch keine Vertretungsmacht erteilen.²⁸⁸

Dem ist grs zuzustimmen. Allerdings übersieht *Krejci* mE dabei, dass selbst dann, wenn die Vollmacht von den Gesellschaftern der Vor-OG im Namen der OG erteilt wird, die Bevollmächtigung mE vor dem Hintergrund der ratio legis von § 123 Abs 2 S 1 UGB gültig sein muss. Handelt ein Vertreter im Rahmen seiner Vollmacht und schließt im Namen der OG ein Geschäft, werden alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet, uz wiederum nach § 123 Abs 2 S 1 UGB.²⁸⁹ Eine Beschränkung des § 123 Abs 2 UGB auf zweiseitige Rechtsgeschäfte, dh eine Interpretation, die ergibt, dass „handeln“ iSd 123 Abs 2 S 1 UGB lediglich den Abschluss von Verträgen meint, lässt sich dieser Bestimmung mE nämlich nicht entnehmen.

Die Rechtsfolge der Bestimmung deutet zunächst zwar in eine andere Richtung, da die Folge des rechtsgeschäftlichen Handelns der Gesellschafter und bevollmächtigten

²⁸⁵ Zur Vollmachtsvermutung vgl II.C.2.4.1.5. sowie II.C.2.6.2.3.

²⁸⁶ Vgl *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 18.

²⁸⁷ *Ders* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 18.

²⁸⁸ Zur schwierigen Abgrenzung zwischen einem Handeln im Namen der Vorgesellschaft zu jenem im Namen der fertigen Gesellschaft vgl II.C.2.4.1.3.

²⁸⁹ Zur Ausnahme des Prinzips der abstrakten Vollmacht, nämlich dem Kollisionsfall, vgl nur *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 214 f.

Vertreter in der Berechtigung und Verpflichtung aller Gesellschafter besteht. Berechtigt und verpflichtet werden die Gesellschafter nur aus zweiseitigen Rechtsgeschäften. Eine Bevollmächtigung ist hingegen ein einseitiges Rechtsgeschäft, das dem Vertreter ein rechtliches Können, aber kein Müssen auferlegt.²⁹⁰ Diese Tendenz scheinen auch die Gesetzesmaterialien zu bestätigen, wenn in den Materialien zum HaRÄG 2005²⁹¹ zu lesen ist, dass die OG mit der Firmenbucheintragung in die zuvor geschlossenen „Verträge“ eintritt.

Doch darf nicht das telos des § 123 Abs 2 UGB aus den Augen verloren werden. Dieses besteht darin, zum Schutz des Geschäftsverkehrs eine eindeutige Zuordnung der im Namen der Gesellschaft geschlossenen Geschäfte vorzunehmen und so die den Geschäftsverkehr behindernde schwebende Unwirksamkeit getätigter Geschäfte zu verhindern. Das Verkehrshindernis schwebender Unwirksamkeit erfasst aber auch einseitige Rechtsgeschäfte. Im Lichte des Gesetzeszweckes wäre es daher unsachgemäß, einseitige Rechtsgeschäfte von der Regelung als nicht umfasst zu qualifizieren. § 123 Abs 2 S 1 UGB und damit der gesamte Abs 2 leg cit ist daher auch auf einseitige Rechtsgeschäfte des Gesellschafters sowie einer zur Vertretung der Gesellschaft bestellten Person anzuwenden.

Bevollmächtigen daher - um zum obigen Ausgangsfall zurückzukehren - die Gesellschafter der Vor-OG im Namen der OG einen Dritten, für diese zu handeln, ist die Bevollmächtigung aufgrund von § 123 Abs 2 S 1 UGB für die Gesellschafter der Vorgesellschaft wirksam. Schließt der Vertreter im Rahmen der Vollmacht namens der Gesellschaft ein Geschäft, werden - wiederum gem § 123 Abs 2 S 1 UGB - alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet.

²⁹⁰ Siehe nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 204 f.

²⁹¹ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 41 (zu § 123 UGB).

2.4.1.2 *Nach Errichtung, aber vor Entstehung*

„Errichtung“ iSv § 123 Abs 2 S 1 UGB meint, wie bereits unter II.A. ausgeführt, den Abschluss des Gesellschaftsvertrages. Damit beginnt auch das Gesellschaftsverhältnis unter den Gründungsgesellschaftern. Im Zweifel fallen der Abschluss des Gesellschaftsvertrages und der Beginn des Gesellschaftsverhältnisses nämlich zusammen.²⁹² Die Möglichkeit von Bedingungen und Befristungen stehen den Gründungsgesellschaftern allerdings offen. Das Wirksamwerden des Gesellschaftsverhältnisses kann aber nicht über den Zeitpunkt des Geschäftsbeginns oder der Firmenbucheintragung der Gesellschaft hinaus aufgeschoben werden.²⁹³

IdZ stellt sich die Frage, was unter „Errichtung“ iSd § 123 Abs 2 S 1 UGB bei einem zeitlichen Auseinanderfallen vom Abschluss des Gesellschaftsvertrages und Wirksamwerden des Gesellschaftsverhältnisses unter den Gründungsgesellschaftern (aufgrund einer Bedingung oder Befristung) zu verstehen ist.

Um Wirkung unter den Gesellschaftern zu entfalten, ist der Beginn der Geschäfte nicht nötig. Es genügt, dass der Gesellschaftsvertrag darauf gerichtet ist, dass das Gesellschaftsverhältnis entstehen soll.²⁹⁴ Daraus lässt sich mE auch die Antwort auf obige Frage ableiten. Die Grundlage für die Entstehung der OG oder KG wird zwar bereits mit dem Abschluss des OG- oder KG-Gesellschaftsvertrag geschaffen, doch erst wenn dieser auch auf die Entstehung des Gesellschaftsverhältnisses gerichtet ist, wird er auch wirksam. Da die Anwendung von § 123 Abs 2 UGB schon nicht von der Zustimmung der Gesellschafter zur Aufnahme des Geschäftsbeginns abhängt,²⁹⁵ ist es

²⁹² Siehe *K Schmidt* in Schlegelberger, Handelsgesetzbuch III⁵ (1991) § 123 Rz 2.

²⁹³ Vgl *dens* in Schlegelberger, Handelsgesetzbuch⁵ § 123 Rz 2.

²⁹⁴ So *Hopt* in Baumbach/Hopt, HGB³³ § 123 Rz 16.

²⁹⁵ Vgl dazu II.C.2.4.1.9.

mE auch sachgerecht, zumindest das Wirksamwerden des Gesellschaftsverhältnisses als Anwendungsvoraussetzung für § 123 Abs 2 UGB festzusetzen.

„Entstehung“ iSv § 123 Abs 1 S 1 UGB meint - wie sich mE bereits aus dem systematischen Zusammenhang zu Abs 1 leg cit ergibt - die Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch.²⁹⁶

2.4.1.3 Das Handeln im Namen der Gesellschaft

2.4.1.3.1 Allgemeines

Stellt man sich die Frage, wessen Name der Gesetzgeber mit seiner Formulierung des Handelns „im Namen der Gesellschaft“ meinte, kommen mehrere Sachverhaltskonstellationen in Frage: So könnte ein Handeln im Namen der bereits entstandenen Gesellschaft, also der fertigen OG, angesprochen sein. Oder es könnte auf ein Handeln im Namen der Vorgesellschaft abgestellt werden. Schließlich wäre auch denkbar, ein Handeln sowohl im Namen der Vorgesellschaft als auch im Namen der Vorgesellschaft unter § 123 Abs 2 UGB zu subsumieren.

Ergänzend ist festzuhalten, dass die Abgrenzung zwischen einem Handeln im Namen der Vorgesellschaft und der fertigen Gesellschaft richtigerweise jeweils im Einzelfall getroffen werden muss. Diese Entscheidung wird sich in der Regel sehr schwierig gestalten, da sich die Parteien selbst nur in den seltensten Fällen bei Vertragsabschluss bewusst sein werden, ob sie gerade mit der Vorgesellschaft oder bereits mit der OG oder KG kontrahieren. Um doch zu einem Ergebnis zu gelangen, muss der geschlossene Vertrag nach § 914 ABGB entsprechend ausgelegt werden. Ein

²⁹⁶ So auch *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 596; aA *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 262 f.

Indiz für ein Handeln im Namen der Vorgesellschaft ist, dass der Vertrag unmittelbar nach Vertragsschluss oder zumindest vor der Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch erfüllt werden soll.²⁹⁷

Diese komplexen Abgrenzungsfragen würden hingegen an Bedeutung verlieren, wenn die §§ 123 Abs 2 S 1 und § 176 Abs 1 S 1 UGB unter „Gesellschaft“ sowohl die Vorgesellschaft als auch die fertige Gesellschaft umfassen würden (und auch der Eintritt der OG mit der Firmenbucheintragung in die davor geschlossenen Geschäfte nach § 123 Abs 2 letzter Satz leg cit - der auch für die KG gilt - davon unabhängig wäre). Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden:

2.4.1.3.2 *Handeln im Namen der fertigen Gesellschaft*

Zunächst soll ein Handeln im Namen der künftigen Gesellschaft, der dann als Firma in das Firmenbuch eingetragen werden soll, untersucht werden. Ein solches Auftreten wird nur dann anzunehmen sein, wenn dem Dritten aus dem Namen erkennbar ist, dass er es mit einer OG oder KG zu tun hat. Dies wird bei der künftigen Firma regelmäßig durch die verpflichtende Führung eines Firmenzusatzes ersichtlich sein, wie es das HaRÄG 2005 nunmehr vorsieht.²⁹⁸

Für diese Leseart des § 123 Abs 2 S 1 UGB bzw § 176 Abs 1 S 1 UGB spricht zunächst die grammatische Interpretation. Das Possessivpronomen in der Wendung „in deren Namen“ bezieht sich nämlich auf die Gesellschaft im unmittelbar vorangehenden Satzteil „nach Errichtung, aber vor Entstehung der Gesellschaft“. Wenn der Gesetzgeber von Errichtung und Entstehung der Gesellschaft spricht, kann lediglich die OG

²⁹⁷ Vgl dazu eingehend *Fantur*, Haftungssystem 44.

²⁹⁸ Vgl I.D.2.3.

angesprochen sein.²⁹⁹ Noch klarer wird dieses „erste“ Interpretationsergebnis, wenn man sich die Gesetzesmaterialien ansieht. So heißt es in den Materialien zu § 123 UGB³⁰⁰, dass „sobald die offene Gesellschaft durch Eintragung in das Firmenbuch entstanden ist, sie ohne weiteres rechtsgeschäftliches Zutun in die vor ihrem Entstehen in ihrem Namen (...) geschlossenen Verträge eintritt“. Damit wird ein klarer Konnex zwischen der fertigen Gesellschaft und den im Vorstadium in ihrem Namen geschlossenen Rechtsgeschäften hergestellt.

Diese Sichtweise findet aber insb auch in der ratio legis eine Stütze, wonach es dem Gesetzgeber vor allem darum ging, einen Rechtsträger für den Fall zur Verfügung zu stellen, dass im Vorstadium bereits im Namen der fertigen Gesellschaft gehandelt wird. Damit wird das Ergebnis schwebend unwirksamer Rechtsgeschäfte verhindert. Wäre demgegenüber auf ein Handeln der Gesellschafter oder der zur Vertretung bestellten Personen im Namen der Vorgesellschaft abzustellen, hätte sich eine spezielle Vertretungsregel erübrigt. Rsp und Lehre vertreten nämlich schon bisher die Ansicht, dass ein von wirksamer Vertretungsmacht gedecktes Handeln unter der Geschäftsbezeichnung einer GesbR alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet.³⁰¹

Ein Handeln im Namen der OG oder KG, der später als Firma in das Firmenbuch eingetragen werden soll, ist daher mE jedenfalls erfasst.³⁰² Wie oben festgestellt, muss aus dem Namen idZ jedenfalls erkennbar sein, dass es sich um eine OG oder KG handelt. Dies lässt sich mE auch aus einem Blick auf die Regelung des § 176 Abs 1 S 1 UGB zur

²⁹⁹ So auch *Roth/Fitz*, Gesellschaftsrecht² Rz 266; vgl zur grammatikalischen Interpretation der Bestimmung im Übrigen die Ausführungen zum Handeln in einem nicht eintragungsfähigen Namen unten...

³⁰⁰ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 41 (zu § 123 UGB).

³⁰¹ So auch hinsichtlich der Bestimmung des § 178 UGB *Riedler*, wbl 2007, 515 (518 f, 20 f).

³⁰² So im Ergebnis auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 14; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 599; *Schauer* in *Kalls/Nowotny*, Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/211; jeweils jedoch ohne nähere dogmatische Begründung.

Vor-KG und im Wege der systematisch-logischen Interpretation auch für § 123 Abs 2 S 1 UGB ableiten. Wenn das Gesetz den als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafter im Stadium der Vorgesellschaft nämlich lediglich begrenzt auf seine Haftsumme³⁰³ haften lässt, kann diese Einschränkung dem Dritten unter sachgerechter Betrachtung nur dann auferlegt werden, wenn ihm aus dem Auftreten der Gesellschaft erkennbar war, dass nicht alle Gesellschafter unbeschränkt in Anspruch genommen werden können.³⁰⁴ Dies gilt auch für ein Handeln im Namen der Vorgesellschaft, wie sogleich unter II.C.2.4.1.3.3 gezeigt werden wird.³⁰⁵

2.4.1.3.3 *Handeln im Namen der Vorgesellschaft*

Ebenso muss mE aber ein Sachverhalt dem Tatbestandselement „im Namen der Gesellschaft“ nach den §§ 123 Abs 2 S 1 und 176 Abs 1 S 1 UGB unterstellt werden, wenn dieser so gelagert ist, dass die Gesellschafter oder die zur Vertretung bestellten Personen im Namen der Vorgesellschaft Geschäfte abschließen.³⁰⁶ Dies ist dann der Fall, wenn dem Dritten offen gelegt wird, dass er mit einer OG oder KG vor deren Gründung durch Firmenbucheintragung kontrahiert. Oftmals wird dies in der Praxis durch den Zusatz „OG in Gründung“ oder „KG in Gründung“ angezeigt.³⁰⁷

³⁰³ Zu dem in § 176 Abs 1 UGB verwendeten Begriff der „Haftsumme“ vgl II.C.2.6.2.6.

³⁰⁴ Vgl auch *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 432 f.

³⁰⁵ Hinzuweisen ist darauf, dass das Auftreten unter zukünftiger Firma (sowohl jener der OG als auch KG) bereits im Vorstadium ob der fehlenden Firmenbucheintragung freilich unzulässig ist. Doch soll dies der hier vertretenen Ansicht nicht schaden, werden doch mit *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 433, damit lediglich die Wirkungen der späteren Firma vorweggenommen.

³⁰⁶ So auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 14; *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 433; *Schauer* in *Kalls/Nowotny/ Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/211.

³⁰⁷ Seit durch die Einführung des HaRÄG 2005 in das Firmenbuch eingetragene Unternehmer verpflichtend auf ihren Geschäftspapieren, Bestellscheinen und Webseiten ihre Firmenbuchnummer anzuführen haben, wird dem Geschäftsverkehr eher erkenntlich sein, es mit einer Gesellschaft im Vorstadium zu tun zu haben.

Ein Beleg für diese Interpretationsvariante lässt sich - für § 123 Abs 2 S 1 UGB anhand einer systemtisch-logischen Interpretation - insb in § 176 Abs 1 S 1 UGB finden. So wäre es unsachgemäß und auch am oben beschriebenen Gesetzeszweck vorbeigehend, würde der um die Widerspiegelung der tatsächlichen Verhältnisse bemühte Gesellschafter einer Vor-KG, der offen legt, dass die Gesellschaft noch nicht in das Firmenbuch eingetragen wurde, das Privileg der Haftungsbeschränkung nach § 176 Abs 1 S 1 UGB verlieren. Würde man diese Norm in diesem Fall nämlich nicht anwenden und das Handeln im Namen der Vorgesellschaft - der Qualifikation der Vorgesellschaft als nicht rechtsfähige GesbR folgend - als bloße Geschäftsbezeichnung auffassen, würde ein solches Handeln entsprechend allgemeinem GesbR-Recht zu einer Berechtigung und Verpflichtung aller Gesellschafter und folglich zur unbeschränkten Haftung auch der als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafter führen. Aufgrund des legislatischen Gleichklanges von § 176 Abs 1 UGB mit § 123 Abs 2 UGB und der idZ nicht anders lautenden Gesetzesmaterialien muss ein Handeln im Namen der Vor-OG ebenso ausreichend sein für die Anwendung des § 123 Abs 2 UGB wie ein Tätigwerden im Namen der Vor-KG für jene des § 176 Abs 1 UGB.

Als Ergebnis kann daher festgestellt werden, dass der Grundfall, den die §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB zu fassen versuchen, im Handeln im Namen der fertigen Gesellschaft, dh unter der künftigen Firma der Gesellschaft, liegt. Gleichfalls finden die Bestimmungen³⁰⁸ aber Anwendung, wenn im Namen der Vor-OG oder Vor-KG gehandelt wird.³⁰⁹

³⁰⁸ Dies gilt auch für die Vermutung der umfassenden Einzelvertretungsmacht nach den §§ 123 Abs 2 S 2 und 176 Abs 1 S 2 UGB sowie für den ex lege-Vermögensübergang nach § 123 Abs 2 letzter Satz UGB.

³⁰⁹ So im Ergebnis auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 14; *Schauer* in *Kalls/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/211; beide wiederum (vgl bereits FN 302) ohne nähere dogmatische Begründung; ähnlich *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 599, wobei diese bei einem Handeln im Namen der Vorgesellschaft § 178 UGB heranziehen möchten. Unterschied mache es nach deren Ansicht keinen. Abgesehen davon, dass dieser Fall bei richtigem dogmatischen Vorgehen, wie gezeigt, von den §§ 123 und 176 UGB erfasst wird, besteht sehr wohl ein

2.4.1.3.4 *Handeln in einem nicht eintragungsfähigen Namen*

Fraglich ist allerdings, was gelten soll, wenn der Name der zukünftigen Gesellschaft wegen Verstoßes gegen firmenrechtliche³¹⁰ Vorschriften im Zeitpunkt der Anmeldung zum Firmenbuch nicht eintragungsfähig sein wird. Werden auch dann alle Gesellschafter gemäß § 123 Abs 2 UGB berechtigt und verpflichtet? Und greift auch dann § 176 Abs 1 UGB?

Der Wortlaut der beiden Bestimmungen scheint mE - zumindest prima facie - nicht auf die Rechtskonformität des Gesellschaftsnamens abzustellen (arg „nach Errichtung, aber vor Entstehung der Gesellschaft in deren Namen“). Bei genauerer Betrachtung fällt allerdings auf, dass der Zeithorizont, in dem im Namen der Gesellschaft gehandelt werden muss, um die Bestimmung zur Anwendung zu bringen, zwischen Errichtung und Entstehung der Gesellschaft liegt. Wenn nun der Gesetzgeber von Entstehung spricht, setzt er aber stillschweigend voraus, dass der Name im Firmenbuch auch eintragungsfähig ist. Ebenso weist die systematisch-logische Interpretation von § 123 Abs 2 UGB in diese Richtung, thront doch über der gegenständlichen Norm die Überschrift „Entstehung der Gesellschaft“. Für diese ist eben eine eintragungsfähige Firma Voraussetzung.

Eindeutig ist dieses Zwischenergebnis jedoch nicht, da das Stadium der Vorgesellschaft ja gerade bedingt, dass die Gesellschaft noch nicht eingetragen wurde, also auch der Regelungskomplex der Vorgesellschaft nur dann zur Anwendung gelangt, wenn die Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch noch nicht stattgefunden hat.

großer Unterschied zwischen diesen beiden Ansichten: auf eine nicht unternehmerisch tätige Vorgesellschaft wäre § 178 UGB nämlich nicht anwendbar.

³¹⁰ Die nicht zulässige Eintragung in das Firmenbuch kann sich gleichfalls aus Verstößen gegen wettbewerbs-, marken- und/oder namensrechtliche Vorschriften ergeben.

Dies unterstreicht auch die Überschrift von § 176 UGB: „Haftungsumfang vor Eintragung der Gesellschaft, bei Eintritt in diese“. Weitere Zweifel ergeben sich aus der historisch-teleologischen Interpretation von § 123 UGB. So findet sich in den entsprechenden Materialien³¹¹ die Aussage, dass „sobald die offene Gesellschaft durch Eintragung in das Firmenbuch entstanden ist, sie ohne weiteres rechtsgeschäftliches Zutun in die vor ihrem Entstehen in ihrem Namen (...) geschlossenen Verträge eintritt“. Daraus erschließt sich ein Konnex zwischen der in das Firmenbuch unter notwendiger Verwendung einer eintragungsfähigen Firma eingetragenen OG und deren Eintritt in die zuvor unter dieser Firma geschlossenen Geschäfte. Daraus könnte wiederum abgeleitet werden, dass auch bereits im Vorstadium Eintragungsfähigkeit gegeben sein muss.

Ein letzter Blick ist abermals auf das telos der Bestimmung zu richten. Ziel der Regelung über die Vorgesellschaft ist es - wie bereits mehrfach erwähnt - aufgrund der den Rechtsverkehr belastenden Unsicherheiten, die mit schwebend unwirksamen Verträgen zwangsläufig verbunden sind, Rechtsträger zur Verfügung zu stellen, die aus einem solchen Handeln berechtigt und verpflichtet werden können. Gerade diesem Regelungsziel stünde es mE diametral entgegen, würde man in der hier interessierenden Fallkonstellation die Anwendung der §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB versagen. Voraussetzung muss lediglich sein, dass dem Dritten erkennbar war, dass er es mit einer OG oder KG (in Gründung) zu tun hat.³¹²

Zudem darf meiner Auffassung nach dem Gesetz unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten nicht unterstellt werden, dass es einen gegen die firmenrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten³¹³ verstoßenden Gesellschafter die

³¹¹ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40 (zu § 123 UGB).

³¹² Vgl idZ insb die Ausführungen unter II.C.2.4.1.3.2; so im Ergebnis auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 14.

³¹³ Selbiges gilt für Verstöße gegen wettbewerbs-, marken- oder namensrechtliche Bestimmungen.

Möglichkeit einräumen wollte, durch die Berufung auf sein gesetzwidriges Verhalten³¹⁴ die Position des Vertragspartners in zweifacher Hinsicht zu verschlechtern. Ersten wäre ein solches Rechtsgeschäft im Namen der fertigen Gesellschaft mangels Anwendbarkeit der §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB lediglich schwebend unwirksam³¹⁵ und mangels Eintragungsfähigkeit auch nicht genehmigungsfähig. Der handelnde Gesellschafter würde dem Dritten in diesem Fall lediglich als falsus procurator nach § 1019 ABGB haften und hätte demgemäß insb auch nur das Vertrauensinteresse zu ersetzen. Zweitens würde der Dritte auch die restlichen Gesellschafter als Vertragspartner und damit als auf das Erfüllungsinteresse Haftende verlieren. Vor diesem Hintergrund wird ersichtlich, dass eine solche Interpretation zu unauflösbaren Wertungswidersprüchen führen würde. Daher greift mE die Regelung des § 123 Abs 2 UGB sowie § 176 Abs 1 UGB auch im Falle des Handelns unter einer nicht eintragungsfähigen Firma.

Selbst dann, wenn der Sachverhalt so gelagert ist, dass ein künftiger Kommanditist ein Geschäft unter der künftigen Firma der KG schließt, in diese allerdings sein Name unter Verstoß gegen § 20 UGB aufgenommen wurde, bringt die hier vertretene Auffassung ein sachgerechtes Ergebnis; dies auch, wenn der Dritte gerade mit Blick auf den hinter dem finanziell potenten vermeintlichen (künftigen) Komplementär stehenden Haftungsfond mit der Gesellschaft (genauer: mit den Gesellschaftern) kontrahiert hat. Gemäß § 176 Abs 1 S 1 UGB werden zwar alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet, die künftigen Kommanditisten haften allerdings nur beschränkt auf die im Gesellschaftsvertrag einzutragende Haftsumme.³¹⁶ So könnte es passieren, dass der künftige Kommanditist, wegen dessen finanzkräftiger Situation, der Dritte das Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, seine Pflichteinlage bereits geleistet hat und dementsprechend seine Haftung ausscheidet. Davor wird der Dritte aber durch die Regeln über die Rechtsscheinhaftung geschützt. Der künftige Kommanditist hat nach

³¹⁴ Vgl zur prinzipiellen Unzulässigkeit der Firmenführung vor Firmenbucheintragung FN 305.

³¹⁵ Vgl nur II.A.

³¹⁶ Zum Verhältnis von § 123 Abs 2 S 1 UGB zu § 176 Abs 1 S 1 UGB vgl II.C.2.6.2.5.

außen den Schein gesetzt (künftiger) Komplementär zu sein und soll daher auch als solcher behandelt werden.³¹⁷

An dieser rechtlichen Beurteilung ändert sich mE auch dann nichts, wenn der Name der künftigen Gesellschaft in weiterer Folge an firmenrechtliche³¹⁸ Anforderungen angeglichen und insofern geändert wird.³¹⁹ Dies steht auch im Einklang mit der oberstgerichtlichen Judikatur. So hat der OGH³²⁰ zur Handelndenhaftung nach § 2 Abs 1 S 2 GmbHG ausgesprochen, dass diese durch eine Änderung des Namens der errichteten, aber noch nicht entstandenen GmbH keinen Abbruch erleidet. Dieser Entscheidung lag der Sachverhalt zugrunde, dass die zunächst im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Firma, unter der Verträge geschlossen wurden, wegen Täuschungseignung iSd § 18 Abs 2 HGB nicht eintragungsfähig war. Daraufhin wurde der Firmenwortlaut völlig geändert, während die Gründergesellschafter und ihre Stammeinlagen unverändert blieben, und die zuvor geschlossenen Rechtsgeschäfte durch die eingetragene GmbH genehmigt wurden. Trotz der mangelnden Eintragungsfähigkeit der ursprünglichen Firma, unter der die Gesellschafter handelten, sah der OGH keinen Grund, die Handelndenhaftung, die sowohl bei einem Kontrahieren im Namen der fertigen Gesellschaft als auch der Vorgesellschaft anwendbar ist, nicht greifen zu lassen.³²¹

³¹⁷ Wurde dieser Gesellschaftsname im Gesellschaftsvertrag hingegen nicht vereinbart und handelt der Gesellschafter insofern eigenmächtig, ist § 176 Abs 1 UGB mE erst gar nicht anwendbar, da es bereits an einem Handeln im Namen der Gesellschaft fehlt. In diesem Fall haftet der handelnde Gesellschafter wegen falsa procuratio gem § 1019 ABGB.

³¹⁸ Dies gilt auch für die Anpassung an marken-, namens- und/oder wettbewerbsrechtliche Bestimmungen.

³¹⁹ Wenn etwa der Name des künftigen Kommanditisten aus dem Namen der Gesellschaft entfernt wird.

³²⁰ OGH NZ 1987, 18.

³²¹ Wie der OGH in seiner Begründung aber klarstellt, gilt oben aufgezeigtes Ergebnis dann nicht, wenn der Firmenwortlaut für den Dritten von ausschlaggebendem Einfluss für den Vertragsschluss mit der GmbH war. Dann würde dem Dritten nämlich ein Vertragspartner aufgedrängt werden, den er beim Austausch der Rechtsgeschäftserklärungen nicht akzeptiert hätte. War für den Dritten hingegen, wie der OGH weiter ausspricht, lediglich entscheidend in rechtsgeschäftlichen Leistungsaustausch mit dem hinter der Firma stehenden Rechtsträger zu treten und hatte die Firma - wie im Regelfall - nur die Funktion, den

Auf den Fall der Vor-OG und Vor-KG gemünzt, bedeutet dies, dass die Rechtsfolge der §§ 123 Abs 2 S 1 und 176 Abs 1 S 1 UGB von einer Anpassung des Firmenwortlauts der Gesellschaft an die gesetzlichen Vorgaben noch vor deren Eintragung in das Firmenbuch nicht berührt wird. Würde die Berechtigung und Verpflichtung aller Gesellschafter nach § 123 Abs 2 S 1 UGB in einem solchen Fall nämlich nachträglich wegfallen, hätte dies zur Folge, dass der handelnde Gesellschafter nach § 1019 ABGB wegen falsa procuratio haften würde, da er die Existenz bzw das Entstehen des ursprünglichen Rechtsträgers mit Eintragung in das Firmenbuch durch das Handeln in dessen Namen garantiert hat und diese mit Änderung der Firma unmöglich wird. Eine solche Schlechterstellung des Dritten wäre aber mE sachlich nicht gerechtfertigt. Eine Änderung der Firma im Rahmen des Eintragungsverfahrens ändert also an der Berechtigung und Verpflichtung aller Gesellschafter nach § 123 Abs 2 S 1 UGB nichts.

Außerdem ließ der OGH die im Vorstadium unter der nicht eintragungsfähigen Firma abgeschlossenen Geschäfte durch Genehmigung der eingetragenen GmbH auf diese gem § 2 Abs 2 GmbHG übergehen. Dies harmoniert ebenfalls mit der hier vertretenen Ansicht, dass der ex lege-Eintritt der OG oder KG nach den §§ 123 Abs 2 S 3 und 176 Abs 1 S 3 UGB auch für unter nicht eintragungsfähigem Namen geschlossene Geschäfte gilt.³²²

2.4.1.3.5 *Handeln unter einer anderen Geschäftsbezeichnung*

Anders gelagert ist der Fall, wenn die Gesellschafter unter einer anderen Geschäftsbezeichnung handeln als jener, die sie zur Eintragung in das Firmenbuch anmelden werden. In dieser Konstellation ist dem Dritten nicht erkennbar, dass es sich

Vertragspartner eindeutig zu bezeichnen, berührt die Firmenabänderung weder das Wesen (die Identität) der bereits errichteten Gesellschaft noch die Umstände, die für den Vertragsschluss kausal gewesen sind.

³²² Vgl II.C.2.4.1.11.

bei der Gesellschaft um eine (künftige) OG oder KG handelt. Da sie diesfalls nicht im (mitunter auch nicht eintragungsfähigen) Namen der zukünftigen Gesellschaft auftreten, sondern vielmehr als schlichte, nicht als Vorgesellschaft begriffene GesbR, beurteilt sich der Sachverhalt im Hinblick auf eine nicht unternehmerisch tätige GesbR nach der Bestimmungen des § 1201 ABGB.³²³ Auf eine unternehmerisch tätige GesbR findet insb auch § 178 UGB Anwendung.³²⁴

2.4.1.4 Die Regelung der tatsächlichen Vertretungsmacht des Gesellschafters

Wie bereits unter II.C.2.4.1.1 nachgewiesen, meint § 123 Abs 2 S 1 UGB mit dem Begriff „Gesellschafter“ jene Gesellschafter, die vertretungsbefugt sind, ungeachtet dessen, auf welcher Grundlage die Vertretungsmacht beruht.

Fraglich ist in einem weiteren Schritt nun aber, ob das Vertretungsrecht der OG in das Vorstadium vorzuziehen ist. Die folgenden Erläuterungen beziehen sich auf lediglich die Vor-OG, während diese Fragestellung in Bezug auf die Vor-KG unter II.C.2.6.2.4 untersucht werden wird.

Für die Annahme eines Vorziehens des Vertretungsrechts der OG spricht eine Andeutung in den Gesetzesmaterialien zum HaRÄG 2005³²⁵. So findet sich darin die Aussage, dass „insb aus Verkehrsschutzgründen angenommen wird, dass er (Anm des Verfassers: gemeint ist „der Gesellschafter“) - wie bei einer bereits eingetragenen

³²³ Dies zeitigt insb Auswirkungen auf das Recht der Stellvertretung bei der nicht unternehmerisch tätigen GesbR. Siehe sogleich II.C.2.4.1.4.

³²⁴ Im Übrigen weist *Krejci* in *Krejci*, (Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 15) zutr darauf hin, dass auch das Vertrauen des Dritten darauf, als Vertragspartner eine „gewöhnliche GesbR“ zu haben, bei der alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet werden, und die entsprechenden Rechtsgeschäfte nicht plötzlich auf eine mit Firmenbucheintragung neu gegründete Gesellschaft übergehen, verletzt werden würde, entschiede man sich auch in einem solchen Fall zur Anwendung des § 123 Abs 2 UGB.

³²⁵ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40 (zu § 123 UGB).

Gesellschaft - schon aufgrund seiner Gesellschafterstellung vertretungsbefugt sein soll“. Damit ist das Prinzip der Selbstorganschaft nach § 125 UGB angesprochen, wonach der Gesellschafter, wenn nichts anderes vereinbart worden ist, schon aufgrund seiner Stellung als Gesellschafter vertretungsbefugt, uz alleinvertretungsbefugt,³²⁶ sein soll.³²⁷

ME hat diese Aussage in den Materialien allerdings lediglich Bedeutung für die Vermutung der Vertretungsmacht in § 123 Abs 2 S 2 UGB, die noch unter II.C.2.4.1.5 eingehend analysiert werden wird. Diese Vermutung findet ihre sachliche Rechtfertigung im Auftreten des handelnden Gesellschafters im Namen der OG. Handelt er nämlich in deren Namen soll angenommen werden, dass der Gesellschafter wie bei der fertigen Gesellschaft bereits aufgrund seiner Gesellschafterstellung vertretungsbefugt sein soll. Damit ist aber lediglich die Regelung der Vollmachtsvermutung angesprochen, nicht hingegen die Regelung der tatsächlichen Vertretungsmacht. Diese Bezugnahme auf die Vollmachtsvermutung des S 2 leg cit wird auch vor dem Hintergrund des auf die oben wiedergegebene Aussage in den Materialien zum HaRÄG 2005 unmittelbar folgenden Satzes³²⁸ bestätigt: „Wurde im Gesellschaftsvertrag seine Vertretung (Anm des Verfassers: gemeint ist „die Vertretungsmacht des Gesellschafters“) ausgeschlossen, für ihn eine (gemischte) Gesamtvertretung vorgesehen oder sonst seine Vertretungsmacht beschränkt, kommt das Rechtsgeschäft mit ihm und den übrigen Gesellschaftern folglich dennoch rechtswirksam zustande.“. Insb mit dem Wort „folglich“ wird der Konnex zur Vollmachtsvermutung nach § 123 Abs 2 S 2 UGB hergestellt.

³²⁶ Siehe nur *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/415 f.

³²⁷ Zur organschaftlichen Vertretungsmacht bei der OG vgl nur *dens* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/403 ff.

³²⁸ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40 (zu § 123 UGB).

Daher kann Folgendes festgehalten werden:

Erstens wird damit ersichtlich, dass das Prinzip der Selbstorganschaft gem § 125 UGB nicht in das Vorstadium vorgezogen wird. Der Gründungsgesellschafter ist daher nicht tatsächlich bereits aufgrund seiner Gesellschafterstellung zur (Allein-)Vertretung der Gesellschaft, oder genauer gesagt, der übrigen Gründungsgesellschafter, berechtigt. Vielmehr wird dieses nur gegenüber einem Dritten vermutet, sofern dieser von einer bestehenden Beschränkung der Vertretungsmacht des Gesellschafters nicht wusste und auch nicht wissen musste. Die tatsächliche Vertretungsmacht des Gesellschafters beurteilt sich demgegenüber mangels abweichender vertraglicher Regelung für das Vorstadium nach der einschlägigen Bestimmung des GesbR-Rechts, namentlich nach § 1201 ABGB, wie unten noch ausführlich dargelegt werden wird.

Weiters kann aus der oben erwähnten Aussage des Gesetzgebers in den Materialien zur Vollmachtsvermutung gefolgert werden, dass die Vertretungsmacht inhaltlich beschränkt werden kann. Dies widerspricht dem Vertretungsrecht der OG - oder genauer gesagt - dem Wesen der Formalvollmacht,³²⁹ wie es in § 126 Abs 2 UGB vorgesehen ist. Dem Prinzip der Formalvollmacht entsprechend kann nach Entstehen der Gesellschaft durch Eintragung in das Firmenbuch die Vollmacht der Gesellschafter hinsichtlich des Umfanges nur mit Innenwirkung beschränkt werden. Eine Außenwirkung kann eine solche interne Umfangsbeschränkung der Vollmacht gem § 126 Abs 2 UGB hingegen nicht entfalten. Eine einzige gesetzliche Ausnahme besteht für die Beschränkung der Vollmacht auf den Betrieb einzelner Niederlassungen.³³⁰ Aus der möglichen umfangsmäßigen Beschränkung der Vollmacht wird ersichtlich, dass der Gesetzgeber der

³²⁹ Zur organschaftlichen Vertretungsmacht allgemein vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 151 ff.

³³⁰ Siehe zudem zwei Sonderfälle, in denen die inhaltliche Beschränkung der Vollmacht außenwirksam ist; iS einer doppelten teleologischen Reduktion gilt dies einerseits für Grundlagengeschäfte, andererseits für den Missbrauch der Vertretungsmacht; vgl *K. Schmidt* in MünchKomm § 126 Rz 16.

Vor-OG im Gegensatz zur fertigen OG³³¹ keine organschaftliche Formalvollmacht³³² zugestehen wollte. Nach *Krejci*³³³, dem in dieser Frage mE zuzustimmen ist, sei der Gesetzgeber vor diesem Schritt deswegen zurückgewichen, weil er dann konsequenterweise auch für die gewöhnliche GesbR die Wohltat der Formalvollmacht hätte vorsehen müssen. Es sei aber nicht Ziel des HaRÄG 2005 gewesen, das Recht der GesbR derart tiefgreifend zu ändern.

Im Vorstadium kann also sehr wohl die Vertretungsmacht beschränkt werden. Die Möglichkeiten, die Vollmachtsbeschränkung Dritten gegenüber mitzuteilen, sind mangels Möglichkeit der Firmenbucheintragung jene, die nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln zur Verfügung stehen.³³⁴ Wusste der Dritte aufgrund der tatsächlich ergriffenen Mitteilungsmöglichkeiten von der Vollmachtsbeschränkung oder musste er davon zumindest wissen, ist die Beschränkung nach außen wirksam. In der gesetzgeberischen Anordnung, inhaltliche Vollmachtsbeschränkungen im Vorstadium zuzulassen, kann ein weiterer Beleg dafür gesehen werden, dass der Gesetzgeber nicht das Stellvertretungsrecht der fertigen Gesellschaft an sich in das Vorstadium vorziehen, sondern das Vertretungsrecht in der Vor-OG lediglich durch die Vermutung der Vertretungsmacht nach § 123 Abs 2 S 2 UGB am Vertretungsrecht der OG anlehnen wollte.³³⁵

³³¹ Vgl aber die Vertretungsregeln der eingetragenen Gesellschaft, die in § 126 Abs 2 UGB die Formalvollmacht vorsehen.

³³² Das Wesen der organschaftlichen Formalvollmacht macht die Unbeschränkbarkeit der Vollmacht Dritten gegenüber sowie die klare Umschreibung des Vollmachtsinhalts aus; vgl nur *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 151 ff.

³³³ *Krejci* in *Krejci*, Refor-Kommentar UGB § 123 Rz 16.

³³⁴ Zutr *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht, 184, Rz 599.

³³⁵ Insofern zu wenig ausdifferenziert ist mE daher die generelle Aussage von *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 267, derzufolge die vertretungsrechtliche Regel des § 123 Abs 2 UGB als „Vorziehen des OG-Rechts ins Stadium der Vorgesellschaft“ zu verstehen ist.

Die Vermutung der Vertretungsmacht wird - wie bereits erwähnt - unter II.C.2.4.1.5 noch eingehend beleuchtet werden, doch kann mE bereits an dieser Stelle festgestellt werden, dass der Gesetzgeber zum Zwecke des Verkehrsschutzes im Vertretungsrecht der Vorgesellschaft einen mE beifallswerten Mittelweg zwischen dem reformbedürftigen Vertretungsrecht der GesbR und der organschaftlichen Formalvollmacht des OG-Rechts gefunden hat.³³⁶ Dass der Gesetzgeber im Übrigen durch die nunmehr gesetzlich angeordnete Vermutung der Einzelvertretungsbefugnis zudem den professionellen Geschäftsverkehr fördern wollte, zeigt die Beschränkung der größtenteils identischen Anordnung gem § 178 UGB im Bereich des GesbR-Rechts auf die unternehmerisch tätigen Gesellschaften.

Für die tatsächliche Vertretungsmacht ist - wie bereits oben erwähnt - angesichts der Qualifikation der Vor-OG als GesbR § 1201 ABGB maßgebend.³³⁷ Diese Bestimmung sieht vor, dass „ohne die ausdrückliche oder stillschweigende, rechtliche Einwilligung der Mitglieder oder ihrer Bevollmächtigten die Gesellschaft Dritten nicht verbindlich gemacht werden kann“. Der Wortlaut legt nahe, dass zum rechtsgültigen Abschluss eines Rechtsgeschäftes mit einem Dritten alle Gesellschafter (oder ihre Bevollmächtigten) zustimmen müssen.³³⁸ Damit würde aber das im Innenverhältnis für die Beschlussfassung geltende Mehrheitsprinzip³³⁹ über das Einstimmigkeitserfordernis der Beschlussrealisierung im Außenverhältnis ausgehebelt werden.³⁴⁰ Aus diesem Grund

³³⁶ So auch *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 16.

³³⁷ So auch im Ergebnis *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/212; aA Roth/Fitz, Unternehmensrecht² Rz 267; wohl auch *Duursma/Duursma-Kepplinger* M. /Roth, Gesellschaftsrecht Rz 599.

³³⁸ *Grillberger* in Rummel³ § 1201 Rz 1.

³³⁹ Siehe § 1188 ABGB.

³⁴⁰ Vgl Jabornegg/Resch in Schwimann³ § 1201 Rz 2.

wird heute von der hM³⁴¹ angenommen, dass sich die Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis und die Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis iZ decken.³⁴² Dies bedeutet, dass diejenigen Gesellschafter, die einem Beschluss, der die erforderliche Mehrheit erhalten hat, zugestimmt haben, auch berechtigt sind, die Gesellschaft im Außenverhältnis dementsprechend zu vertreten. Es ist daher als nächstes zu klären, welche Rechtsquelle für die Bestimmung des Umfangs der Geschäftsführungsbefugnis des einzelnen Gesellschafters, die strukturell zum Innenverhältnis der Gesellschaft ressortiert,³⁴³ maßgebend ist.

Bereits oben unter II.C.2.3 wurde ausführlich dargelegt, welche Hierarchie die für das Innenverhältnis unter den Gründungsgesellschaftern bestimmenden Rechtsquellen einnehmen. Dementsprechend genießen zunächst die im Gesellschaftsvertrag getroffenen Regelungen zum Gründungsstadium Vorrang. Wurden solche nicht getroffen oder regeln sie den in Frage stehenden Sachverhalt nicht, kommen jene Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags zur Anwendung, die zur anstehenden Frage vom Recht der OG oder KG abweichende Regelungen vorsehen. Lassen sich auch solche Bestimmungen nicht finden, greift das OG- oder KG-Recht. Konnte auch unter Heranziehung dieser Rechtsquellen auf die zu beantwortende Frage keine Antwort gefunden werden, sind die dispositiven Regelungen über die GesbR anzuwenden.³⁴⁴

Wurden demgemäß keine Regelungen zur Geschäftsführung im Gründungsstadium oder über vom OG-Recht abweichende Bestimmungen für die fertige Gesellschaft getroffen, so ist nach dem oben Gesagten mE anzunehmen, dass es dem hypothetischen

³⁴¹ Siehe SZ 26/8, 53/152 = GesRZ 1981, 100; wbl 1989, 338; *Grillberger* in Rummel³ § 1201 Rz 1; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 241; *Ostheim*, Rechtsfähigkeit 198, 209; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 66; *Riedler* in KBB² § 1201 Rz 2; *Jabornegg/Resch* in Schwimann³ § 1201 Rz 2.

³⁴² Vgl auch *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/52.

³⁴³ Vgl etwa *Rawert* in MünchnKomm HGB § 114 Rz 6 f.

³⁴⁴ So auch *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/207.

Parteiwillen der Gründungsgesellschafter entsprechen wird, auf das Innenverhältnis bereits im Vorstadium das Recht der fertigen Gesellschaft anzuwenden.

Die Geschäftsführungsbefugnis der Gesellschafter einer OG regeln die Bestimmungen der §§ 114 bis 117 UGB. Hiernach sieht das Gesetz gem § 114 Abs 1 UGB als Regelfall die Geschäftsführung aller Gesellschafter vor, die jedem Einzelnen Gesellschafter der OG infolge des Prinzips der Selbstorganschaft ipso iure zusteht.³⁴⁵ Aus dem systematischen Zusammenhang mit § 115 Abs 1 UGB wird klar, dass der Gesetzgeber vom Prinzip der Einzelgeschäftsführung ausgeht.³⁴⁶ Zum Zwecke des Schutzes des nicht geschäftsführenden Gesellschafters beschränkt sich die Geschäftsführungsbefugnis gem § 116 Abs 1 UGB auf gewöhnliche Geschäfte, während für außergewöhnliche Geschäfte ein Beschluss sämtlicher Gesellschafter notwendig ist (§ 116 Abs 2 UGB).³⁴⁷ Im Bereich gewöhnlicher Geschäfte ist der Gesellschafter befugt, alle Handlungen, die Geschäftsführungsmaßnahmen sind, alleine vorzunehmen und bedarf nicht der Zustimmung oder Mitwirkung der übrigen Gesellschafter. Er ist auch nicht weisungsgebunden.³⁴⁸ Eingeschränkt wird diese Einzelgeschäftsführungsbefugnis freilich durch das Recht der anderen geschäftsführenden Gesellschafter zur Erhebung eines Widerspruches nach § 115 Abs 2 HS 2 UGB.³⁴⁹

³⁴⁵ Vgl *dens* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/292.

³⁴⁶ Siehe etwa *dens* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/292; vgl auch *Rawert* in MünchnKommHGB § 114 Rz 17.

³⁴⁷ So *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/292; vgl auch *Jickeli* in MünchnKomm HGB § 116 Rz 2; auffallend ist idZ, dass jedoch auch im Bereich außergewöhnlicher Maßnahmen jeder Gesellschafter alleinvertretungsbefugt ist. Entsprechend dem Prinzip der Formalvollmacht kann dieser Vollmachtsumfang inhaltlich einem Dritten gegenüber nicht beschränkt werden; so *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 105 Rz 32.

³⁴⁸ Zutr *Rawert* in MünchnKomm HGB § 115 Rz 5.

³⁴⁹ Siehe *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/301 ff; vgl auch *Rawert* in MünchnKomm HGB § 115 Rz 1.

Dies bedeutet nun für die gegenständliche Ausgangsfrage nach der Vertretungsmacht der Gesellschafter der Vor-OG, dass dem Grundsatz in § 1201 ABGB folgend, wonach sich Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht iZ decken, die Gründungsgesellschafter daher mE über Einzelvertretungsmacht für jene Geschäfte verfügen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens nicht hinausgehen, sofern kein anderer Gesellschafter Widerspruch gegen die Geschäftsführungsmaßnahme erhoben hat. Zur wirksamen Vertretung bei außergewöhnlichen Geschäften bedarf es eines vorausgehenden Beschlusses sämtlicher Gesellschafter.

Freilich steht es den Gesellschaftern auch frei, die Vertretungsmacht im Vorstadium vertraglich von dem oben beschriebenen System abweichend zu gestalten.³⁵⁰ Die spezielle Vertretungsvariante der „unechten“ oder „gemischten Gesamtvertretung“, in der die Gesellschafter lediglich gemeinsam mit einem Prokuristen vertretungsbefugt sind, scheidet im Stadium der Vorgesellschaft mangels der Möglichkeit der Eintragung des (künftigen) Prokuristen in das Firmenbuch aus. Wird dennoch ein „Prokurist“ bestellt, ist er als Handlungsbevollmächtigter zu qualifizieren. In diesem Fall kann angenommen werden, dass seine Vollmacht umfangmäßig jener eines Prokuristen entspricht.³⁵¹

2.4.1.5 Vermutung der Vertretungsmacht

Wie bereits II.C.2.4.1.1 ausgeführt, meint der Ausdruck „Gesellschafter“ iSd § 123 Abs 2 S 1 UGB jene Gesellschafter, die für die in Frage stehenden Geschäfte (ausreichend) vertretungsbefugt sind. In dem Fall, in dem der handelnde Gesellschafter zu dem vorgenommenen Rechtsgeschäft nicht (ausreichend) vertretungsbefugt ist, tritt die Vollmachtsvermutung des § 123 Abs 2 S 2 UGB auf den Plan. Durch S 2 leg cit wird

³⁵⁰ Siehe nur Grillberger in Rummel³ § 1201 Rz 3.

³⁵¹ Zutr Krejci in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 18.

der „ursprüngliche“ persönliche Anwendungsbereich auf jene Gesellschafter erweitert, die nicht, nicht allein oder nur beschränkt vertretungsbefugt sind, sofern der Dritte den Mangel in der Vertretungsmacht des Gesellschafters weder kannte noch kennen musste. Der Gesetzgeber wollte hier mE eine vermittelnde Lösung zwischen dem intransparenten und daher unzweckmäßigen Vertretungsrecht der GesbR und der organschaftlichen Vertretungsmacht der fertigen Gesellschaft erzielen.³⁵² § 123 Abs 2 S 2 UGB sieht also vor, dass bei Vornahme des Rechtsgeschäftes durch den Gesellschafter vermutet wird, dass dieser allein und umfassend³⁵³ vertretungsbefugt ist, sofern der Dritte vom Vollmachtmangel nicht wusste oder wissen musste.³⁵⁴ Bezeichnend sprechen auch die Materialien³⁵⁵ davon, dass „insb aus Verkehrsschutzgründen angenommen wird, dass er (Anm des Verfassers: gemeint ist „der Gesellschafter“) - wie bei einer bereits eingetragenen Gesellschaft - schon aufgrund seiner Gesellschafterstellung vertretungsbefugt sein soll. Wurde im Gesellschaftsvertrag seine Vertretung (Anm des Verfassers: gemeint ist „die Vertretungsmacht des Gesellschafters“) ausgeschlossen, für ihn eine (gemischte) Gesamtvertretung vorgesehen oder sonst seine Vertretungsmacht beschränkt, kommt das Rechtsgeschäft mit ihm und den übrigen Gesellschaftern folglich dennoch rechtswirksam zustande.“³⁵⁶

Dies steht aus rechtsdogmatischer Sicht freilich im Widerspruch zu allgemein stellvertretungsrechtlichen Regeln, ist doch gerade Grundvoraussetzung einer wirksamen

³⁵² Zutr *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/214.

³⁵³ Zum Umfang der vermuteten Vertretungsmacht vgl II.C.2.4.1.7.

³⁵⁴ So auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 UGB Rz 17; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 599; aA offenbar *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/214, der bei § 123 Abs 2 S 1 UGB von einer Zwitterstellung zwischen Rechtsscheinhaftung und organschaftlicher Vertretung spricht, ohne dass jeweils einem Modell zur Gänze entsprochen werde; vgl weiters *Keinert*, Unternehmensrecht Rz 125, der in § 123 eine „bloße Rechtsscheinhaftung zugunsten des gutgläubigen Dritten“ sieht.

³⁵⁵ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40 (zu § 123 UGB).

³⁵⁶ Zur zutr Deutung dieser Gesetzesmaterialien vgl II.C.2.4.1.4.

Stellvertretung (ausreichende) Vertretungsmacht.³⁵⁷ Die Rechtfertigung für diesen Systembruch soll darin liegen, dass der handelnde Gesellschafter im Namen der fertigen Gesellschaft (oder zumindest im Namen der Vorgesellschaft, aus dem hervorgehen muss, dass es sich um eine künftige OG oder KG handelt)³⁵⁸ agiert und somit eine Vertrauenslage dahingehend schafft, dass er auch entsprechend dem Recht der eingetragenen Gesellschaft vertretungsbefugt sind.³⁵⁹ Zutr wird daher gesagt, dass hier das Vertrauensschutzinteresse, der Rechtssicherheitsaspekt und das Verkehrsinteresse überwiege.³⁶⁰

Zudem sollte durch die neu gestalteten Vertretungsregeln durch die Einführung des HaRÄG 2005, wie zwar den Materialien zu § 178 UGB³⁶¹ zu entnehmen ist, aber auch für die Vor-OG und Vor-KG gilt, die Belastung des Geschäftsverkehrs ausgeglichen werden, die dadurch entstanden wäre, dass mit der Einführung des HaRÄG 2005 die Haftung des falsus procurator auf das Erfüllungsinteresse gem Art 8 Nr 11 4. EVHGB entfiel. Die Situation des Dritten hat sich nunmehr gar verbessert, da er nach alter Rechtslage sein Erfüllungsinteresse gegenüber dem handelnden Gesellschafter geltend machen konnte, er nach neuer Rechtslage aber nicht nur auf die Geltendmachung des Erfüllungsinteresses verwiesen ist, sondern der Vertrag tatsächlich zustande kommt; überdies wird nicht nur der handelnde Gesellschafter selbst Vertragspartner, sondern es werden alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet. Ein weiterer Vorteil der neuen Rechtslage liegt darin, dass der Dritte bei fahrlässiger Unkenntnis des Vertretungsmangels des Scheinvertreters einen nach § 1304 ABGB geminderten

³⁵⁷ So auch *Geist/Lindner*, UGB (2006) 121; vgl zu § 178 UGB auch *Riedler*, wbl 2007, 515 (519 f).

³⁵⁸ Vgl oben II.C.2.4.1.3.3.

³⁵⁹ So insb die EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40 (zu § 123 UGB); aber auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 17; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 599; *Riedler*, wbl 2007, 515 (519).

³⁶⁰ *Riedler*, wbl 2007, 515 (519), allerdings mit der Kritik, dass diese Argumente für § 178 UGB nicht gelten.

³⁶¹ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 48 (zu § 123 UGB).

Ersatzanspruch behält (vgl § 1019 ABGB), während er nach alter Rechtslage gem Art 8 Nr 11 Abs 3 EVHGB seines Anspruchs verlustig gegangen ist.³⁶² Das für den Dritten im Vergleich zur alten Rechtslage günstige Ergebnis, dass der handelnde Gesellschafter Vertragspartner und damit Erfüllung schuldet und dies auch für die übrigen Gesellschafter gilt, stellt sich auch dann ein, wenn das abgeschlossene Geschäft kein Handels- bzw Unternehmergeschäft ist. Diesfalls würde der nicht (ausreichend) vertretungsbefugte Gesellschafter als falsus procurator gem § 1019 ABGB lediglich auf das Vertrauensinteresse haften.

2.4.1.6 Maßstab der Gutgläubigkeit

Da der Gesetzgeber nichts anderes angeordnet hat, ist davon auszugehen, dass bereits leichte Fahrlässigkeit des Dritten schadet und die Vollmachtsvermutung nach den §§ 123 Abs 2 S 1 und 176 Abs 1 S 2 UGB daher nicht Platz greift.³⁶³ Fraglich ist allerdings, welche Sorgfaltspflichten an den Dritten zu stellen sind, damit dieser nicht als schlechtgläubig zu qualifizieren ist. Es geht also um den Maßstab, der an die Gutgläubigkeit des Dritten zu legen ist.

Ausgangspunkt soll eine von *Keinert*³⁶⁴ - ihm folgend aber auch von anderen Autoren³⁶⁵ - vertretene Ansicht zu dieser Frage bilden. Dieser versucht das seiner Meinung nach de lege ferenda abzulehnende Instrument der Vermutung der ausreichenden Einzelvertretungsmacht gerade über die Anforderungen an die Gutgläubigkeit auch de lege lata auszuhebeln.

³⁶² Art 8 Nr. 11 EVHGB kam immer dann zur Anwendung, wenn das nicht zustande gekommene Geschäft ein Handelsgeschäft nach § 343 HGB gewesen wäre. Nach hA genügte dabei, dass einer der beiden hypothetischen Vertragspartner Kaufmannseigenschaft besaß und das fragliche Geschäft zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört hätte.

³⁶³ Zutr *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 17; so auch *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/213.

³⁶⁴ *Keinert*, Unternehmensrecht Rz 128 ff.

³⁶⁵ Wohl auch *Duursma/Dursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 599.

Der wesentliche Kritikpunkt *Keinert's* an der Vollmachtsvermutung nach den §§ 123 Abs 2 S 2 und 176 Abs 1 S 2 UGB setzt dabei an der seiner Ansicht nach unzulässigen Gleichbehandlung von (Vor-)OG und (Vor-)KG mit einer nicht unternehmerisch tätigen GesbR und deren Vollmachtsvermutung nach § 178 S 2 UGB an. Während sich die Gesellschafter beim Zusammenschluss zu einer OG oder KG nämlich einer Gesellschaftsform bedienen, die stets registriert ist und bei der sohin auch eine Offenlegung einer von der gesetzlichen Konzeption abweichenden Vertretungsregel durch Eintragung im Firmenbuch möglich ist, gelte dies für die GesbR gerade nicht. Diese sei stets unregistriert.

Außerdem bestehen OG und KG vor deren Firmenbucheintragung als Rechtsträger noch gar nicht, weshalb es vor diesem Zeitpunkt auch kein Haftungsrisiko aufgrund missbräuchlichen Handelns der Mitgesellschafter geben solle; dies sei (*de lege ferenda*) ungleich schutzwürdiger als die Erwartung eines Dritten, dass der im Namen der im Gründungsstadium befindlichen Gesellschaft handelnde Gesellschafter vertretungsbefugt sei. Dies gelte aber auch dann, wenn der handelnde Gesellschafter im Namen der fertigen Gesellschaft handelt, weil auch dem Dritten mangels Eintragung aus dem Firmenbuch ersichtlich sein müsse, dass die Gesellschaft noch nicht existiere; darin zeige sich aber gerade auch der Unterschied zu § 178 S 2 UGB, da dieser die Existenz der GesbR gerade voraussetze. *Keinert* schließt aus diesen Ausführungen, dass der Dritte, gesetzt den Fall, der handelnde Gesellschafter tritt bereits im Namen der (Vor-)Gesellschaft auf, jedenfalls nicht schutzwürdig sei. Er handle insofern auf eigene Gefahr.³⁶⁶

Diese *de lege ferenda* vertretene Auffassung versucht *Keinert* allerdings auch *de lege lata* verwirklichen zu können, indem er die in den §§ 123 Abs 2 S 2 und

³⁶⁶ So auch *Duursma/Dursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 599.

176 Abs 1 S 2 UGB geforderte Gutgläubigkeit bereits dann ausschließen möchte, wenn der handelnde Gesellschafter im Namen der (Vor-)Gesellschaft auftritt. Beim Dritten müsse in einem solchen Fall zumindest leichte Fahrlässigkeit angenommen werden.³⁶⁷

Diese Ansicht ist mE abzulehnen. Gerade deshalb, weil die Vor-OG und Vor-KG gerade noch nicht eingetragen sind und es daher noch keine Möglichkeit gibt, vom gesetzlichen Konzept abweichende Vertretungsregeln im Firmenbuch eintragen zu lassen, wollte der Gesetzgeber ein Vertretungsregime schaffen, das aus Verkehrsschutzgründen einen Mittelweg zwischen der Wohltat des organschaftlichen Vertretungsrechts der eingetragenen Gesellschaft und dem unbestritten reformbedürftigen GesbR-Vertretungsrechts bildet.

Zur besseren Analyse der Vertretungsregeln der §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB sollen diese der gleichfalls mit dem HaRÄG 2005 neu eingeführten Bestimmung des § 1019 ABGB über die Haftung des Scheinvertreters³⁶⁸ gegenüber gestellt werden. Dabei wird klar, dass hier von gesetzgeberischer Seite völlig verschiedene Wege beschritten wurden.

§ 1019 ABGB positiviert lediglich, was bereits aus den Regeln der culpa in contrahendo folgt, und steht damit im Einklang mit der bisher hA³⁶⁹ zur Haftung des falsus procurator. Ein gänzlich anderes Konzept verfolgt § 123 Abs 2 UGB, der trotz fehlender oder nicht ausreichender Vollmacht des handelnden Gesellschafters alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet, soweit der Dritte den Mangel nicht kannte oder kennen musste. Damit wird allerdings ein Stellvertretungsmodell geschaffen, das im

³⁶⁷ Ebenso *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 599.

³⁶⁸ *Perner*, Die Haftung des Scheinvertreters nach dem UGB (§ 1019 ABGB), RdW 2007, 14.

³⁶⁹ Vgl nur *dens*, RdW 2007, 14.

herrschenden System des Stellvertretungsrechts ein neuartiges Konstrukt darstellt,³⁷⁰ ist doch elementarste Voraussetzung einer wirksamen Stellvertretung die ausreichende Vertretungsmacht. Auch wenn aus dem Regelungsinhalt des § 123 Abs 2 UGB zweifelsfrei hervorgeht, dass der Gesetzgeber in diesem Stadium keine Formalvollmacht festschreiben wollte,³⁷¹ veranlassten die hinter dem Institut der Formalvollmacht stehenden Regelungsziele,³⁷² neben dem Vertrauensschutz insb der Verkehrsschutz, den Gesetzgeber mE doch, trotz Mangels der Vertretungsmacht das Geschäft für alle Gesellschafter wirksam werden zu lassen. Insofern wurde ein Kompromiss zwischen der Wohltat der unternehmensrechtlichen Formalvollmacht nach § 126 UGB und den in § 1019 ABGB fortgeschriebenen Regeln der Haftung aus culpa in contrahendo sowie dem unzweckmäßigen Vertretungsregime der GesbR, das einen Verkehrsschutz überhaupt nicht kennt, gefunden. Dass damit der Geschäftsverkehr positiv beeinflusst werden sollte, zeigt sich auch daran, dass die nahezu identische Stellvertretungsregel des § 178 UGB nur für unternehmerisch tätige GesbR gilt.

Aus diesen ausführlichen Darlegungen folgt, dass sich der Gesetzgeber in vollem Bewusstsein der mangelnden Eintragungsfähigkeit der Vertretungsregeln im Vorstadium, ja gerade aufgrund der mangelnden Eintragungsfähigkeit, für dieses Vertretungsmodell entschieden hat; so finden auch die Materialien zum HaRÄG 2005³⁷³ eindeutige Worte: „In Bezug auf den Gesellschafter wird also insb aus Verkehrsschutzgründen angenommen, dass er - wie bei einer bereits eingetragenen Gesellschaft - schon aufgrund seiner Gesellschafterstellung vertretungsbefugt sein soll. Wurde im Gesellschaftsvertrag seine Vertretung ausgeschlossen, für ihn eine (gemischte) Gesamtvertretung vorgesehen oder sonst seine Vertretungsmacht beschränkt, kommt das Rechtsgeschäft mit ihm und den übrigen Gesellschaftern folglich dennoch wirksam

³⁷⁰ Vgl dazu bereits II.C.2.4.1.5.

³⁷¹ Siehe dazu die Nachweise unter II.C.2.4.1.5.

³⁷² Vgl etwa *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 151.

³⁷³ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40 (zu § 123 UGB).

zustande.“. Gerade dann, wenn der handelnde Gesellschafter daher im Namen der (Vor-)Gesellschaft das Geschäft schließt, soll es gerechtfertigt sein, die Vertretungsmacht - so wie sie bei der fertigen Gesellschaft besteht - zu vermuten. Richtig ist sohin, dass die Anwendbarkeit der §§ 123 Abs 2 S 2 und 176 Abs 1 S 2 UGB nicht nur dann ausgeschlossen wird - wie Keinert dies verlangt - wenn der Gesellschafter im Namen der (Vor-)Gesellschaft auftritt, sondern ist ein solches Auftreten gerade Rechtfertigung und damit Voraussetzung für deren Anwendbarkeit. Daher würde der Interpretationsansatz von *Keinert* die lex lata-Grenze³⁷⁴ der §§ 123 Abs 2 S 2 und 176 Abs 1 S 2 UGB überschreiten und ist folglich abzulehnen.

Würde man im Übrigen tatsächlich die Auffassung *Keinert's* der Interpretation der gegenständlichen Bestimmungen zugrunde legen, würde dies jedenfalls zum gänzlichen Entfall deren Anwendungsbereich führen. Die §§ 123 Abs 2 S 2 und 176 Abs 1 S 2 UGB wären - kaum durch das HaRÄG 2005 eingeführt - schon totes Recht. Ein Interpretationsergebnis, das einer anderen Bestimmung jeglichen Anwendungsbereich nimmt ist abzulehnen.³⁷⁵

Außerdem kann in der Berechtigung und Verpflichtung aller Gesellschafter auch bei einem Handeln eines nicht (ausreichend) vertretungsbefugten Gesellschafters eine gewisse „Druckfunktion“ gesehen werden, alle für die Eintragung nötigen Maßnahmen und Rechtsgeschäfte möglichst schnell abzuschließen. Je eher nämlich die Gesellschaft zur Eintragung in das Firmenbuch ordnungsgemäß angemeldet wird, umso eher können die daraus resultierenden Vorteile genutzt werden.³⁷⁶ Dies gilt insbesondere für die

³⁷⁴ Zur lex lata-Grenze vgl *Bydlinski*, Methodenlehre² 541 f.

³⁷⁵ Vgl auch *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/213.

³⁷⁶ Vgl auch *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 599, die zwar auf die Druckfunktion des § 123 Abs 2 S 2 UGB hinweisen, gleichzeitig aber dieser Bestimmung den Anwendungsbereich nehmen, indem sie die Anwendbarkeit bei einem Handeln im Namen der OG/KG ausschließen; zur Druckfunktion der GesbR-Konstruktion der Vor-OG bzw (Vor-KG) vgl im Übrigen *Krejci* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 13.

Möglichkeit der Eintragung von Beschränkungen in das Firmenbuch der Alleinvertretungsmacht in das Firmenbuch. Der Entlass aus der Vertragsposition durch den Eintritt der eingetragenen Gesellschaft in die zuvor geschlossenen Geschäfte wird hingegen durch die richtiger Weise vorzuziehende Erfüllungstheorie in seiner Wirkung relativiert.³⁷⁷

Aber auch de lege ferenda ist - wie bereits unter II.C.2.2 ausgeführt - die Vollmachtsvermutung nach den §§ 123 Abs 2 S 2 und 176 Abs 1 S 2 UGB gelungen. Es ist nämlich mE zutr, dass das Vertrauensschutzinteresse, der Rechtssicherheitsaspekt und das Verkehrsinteresse überwiegen sollen gegenüber dem Schutz der übrigen Gesellschafter vor missbräuchlichem Handeln;³⁷⁸ dies trotz dem, dass die Vollmachtsvermutung - wie zu zeigen ein wird - unabhängig von der Zustimmung der übrigen Gesellschafter zur Geschäftsaufnahme greift.³⁷⁹

So ist mE ganz allgemein der von *Keinert* gebrachte Einwand, dass vor der Entstehung der Gesellschaft ein missbräuchliches Verhalten eines Gesellschafters ein Haftungsrisiko für die Mitgesellschafter nicht begründen können solle, unrichtig. Dass auch vor Eintragung der OG oder KG der Abschluss gewisser Geschäfte geboten ist, dürfte wohl außer Streit stehen. So etwa die Beauftragung eines Rechtsanwaltes zur Abwicklung der Gesellschaftsgründung oder die Beiziehung eines Steuerberaters, der den Gründungsvorgang steuerlich optimieren soll. Auch kann die Anmietung eines Geschäftslokales zur Abhaltung der Gründerversammlung ins Treffen geführt werden. Schließlich sind auch die Geschäfte aller Art zu nennen, die dazu dienen, den Betrieb eines als Sacheinlage eingebrachten Unternehmens, zu sichern.³⁸⁰ Wieso sollen für solche Geschäftsabschlüsse nicht auch die übrigen Mitgesellschafter mithaften, wenn dem

³⁷⁷ Zur Erfüllungs- und Haftungstheorie siehe II.C.2.2.

³⁷⁸ So auch *Riedler*, wbl 2007, 515 (519).

³⁷⁹ Vgl dazu II.C.2.4.1.9.

³⁸⁰ Vgl die Beispiele bei *Fantur*, Haftungssystem 40 f.

Dritten an der Unkenntnis des Vollmachtsmangels keine Unkenntnis vorzuwerfen ist? Sie waren immerhin diejenigen, die durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrages und die bewusste Entscheidung für eine personalistische Gesellschaftsform, die gerade aufgrund der Haftung nach § 128 UGB in viel stärkerem Maße vom Vertrauen der Gesellschafter untereinander abhängt, die Grundlagen für ein solches Auftreten des Scheinvertreters geschaffen haben. Vor diesem Hintergrund ist es mE nur gerecht, die Gesellschafter durch eine den Geschäftsverkehr schützende Vertretungsregel zu belasten.

Die Kritik *Keinert's* an der Vollmachtsvermutung in den §§ 123 Abs 2 S 2 und 176 Abs 1 S 2 UGB im Vergleich zur Regelung des § 178 S 2 UGB greift daher nicht. Vielmehr könnte mE Kritik an der Vollmachtsvermutung in § 178 S 2 UGB geübt werden. Der tragende Gesichtspunkt, welcher der Vollmachtsvermutung bei der Vor-OG und Vor-KG zugrunde liegt, nämlich das Vertrauen auf das organschaftliche Vertretungsrecht der fertigen Gesellschaft, greift bei der unternehmerisch tätigen GesbR gerade nicht. Die Vertretungsmacht des GesbR-Gesellschafters richtet sich nämlich nach § 1201 ABGB und orientiert sich an der Geschäftsführungsbefugnis.³⁸¹ Es besteht gerade keine gesetzlich fixierte Vertretungsmacht. Daher ist es aus diesem Gesichtspunkt heraus mE auch nicht sachgerecht, dass der Dritte auf die umfassende Einzelvertretungsbefugnis vertrauen darf.³⁸² Dies lässt sich nur damit begründen, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des § 178 UGB eine Gleichschaltung der (unternehmerisch tätigen) GesbR mit der als GesbR zu qualifizierenden Vor-OG und Vor-KG beabsichtigte.

Hinsichtlich des Gutgläubensmaßstabs des handelnden Gesellschafters einer Vor-OG oder Vor-KG ist nochmals festzuhalten, dass die Interpretation dieser Bestimmungen dem Willen des Gesetzgebers nur dann gerecht wird, wenn ohne gegenteilige

³⁸¹ Vgl II.C.2.4.1.4.

³⁸² Zutr *Riedler*, wbl 2007, 515 (519 f), der zudem kritisch darauf hinweist, dass der mit einer unternehmerisch tätigen GesbR kontrahierende Geschäftspartner nach § 178 UGB bei vollmachtslosem Handeln besser gestellt ist, als der mit einem Vertreter des Unternehmers kontrahierende Verbraucher nach § 10 KschG; letztere Bestimmung ist nämlich bei vollmachtslosem Handeln nicht anwendbar.

Anhaltspunkte die Gutgläubigkeit des Dritten iSd §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB nicht ausgeschlossen wird und sohin das Vertrauen auf das Vertretungsrecht der fertigen OG auch im Vorstadium geschützt sein soll.³⁸³ Weder das Auftreten im Namen der OG noch jenes im Namen der Vorgesellschaft begründen für sich allein einen Fahrlässigkeitsvorwurf, der die Gutgläubigkeit iSd §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB ausschließen würde.

Hinsichtlich der Sorgfaltspflichten, die an den Dritten zu stellen sind, wird man hingegen danach differenzieren müssen, ob der handelnde Gesellschafter im Namen der fertigen Gesellschaft oder der Vorgesellschaft auftrat.³⁸⁴

Agiert der Gesellschafter bereits im Namen der entstandenen Gesellschaft, sind dem Dritten keine anderen Sorgfaltspflichten aufzuerlegen, als ihn sonst bei einem Geschäftsabschluss mit einer OG oder KG treffen. Er wird daher vom Bestand einer unbeschränkten Vertretungsmacht ausgehen dürfen.³⁸⁵ Tritt der Gesellschafter hingegen im Namen der Vorgesellschaft auf, treffen den Dritten höhere Sorgfaltspflichten; dies insb dann, wenn es sich um intendierte Geschäfte handelt, die die ordentliche Verwaltung erkennbar übersteigen.³⁸⁶ Zutr wird aber gesagt,³⁸⁷ dass Unsicherheiten, die sich aus der Intransparenz im Mitgliederbestand und aus der Organisation der GesbR ergeben, nicht zulasten des Dritten ausschlagen dürfen; diese Grundwertung liege nämlich den §§ 123 Abs 2 S 2 und 176 Abs 1 S 2 UGB zugrunde.

³⁸³ So auch *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 267 f.

³⁸⁴ Zutr *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/213.

³⁸⁵ *Ders* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/213.

³⁸⁶ *Schauer* bringt dazu das Beispiel einer umfangreichen Kreditaufnahme im Gründungsstadium.

³⁸⁷ So *ders* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/213.

2.4.1.7 Was wird in § 123 Abs 2 S 2 UGB vermutet?

Ob Einzel- oder Gesamtvertretung bzw welcher Umfang der Vollmacht in § 123 Abs 2 S 1 UGB vermutet wird, legt das Gesetz nicht ausdrücklich fest, doch wird man in dieser Frage mE zum Ergebnis gelangen müssen, dass Einzelvertretungsmacht und ein Vollmachtsumfang für alle gewöhnlichen und außergewöhnlichen Rechtsgeschäfte vermutet wird.

Eine erste Tendenz lässt sich daraus ableiten, dass der Gesetzgeber in den Wortlaut der Bestimmung keine Einschränkung hinsichtlich einer Einzel- oder Gesamtvertretung bzw hinsichtlich des Umfanges der Vertretungsmacht aufgenommen hat. Dieses Ergebnis wird mE aber insb im Wege der historisch-teleologischen Interpretation bestätigt. So kann - wie bereits unter II.C.2.4.1.5 ausgeführt - den Gesetzesmaterialien die Aussage entnommen werden, dass die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter der Vorgesellschaft aus Verkehrsschutzerwägungen jener des OG-Gesellschafters entsprechen solle. Dieser Zweck kann aber nur dann voll zur Entfaltung kommen, wenn die Vertretungsmacht - wie bei der fertigen Gesellschaft - nach Maßgabe von § 125 Abs 1 UGB als jedem Gesellschafter alleine und in Anlehnung an § 126 UGB als umfassend beurteilt wird. Der Schutz des Verkehrs im Vorstadium ist im Vergleich zur eingetragenen Gesellschaft ohnehin bedeutend schwächer ausgefallen, wurde doch durch die Möglichkeit der inhaltlichen Vollmachtsbeschränkung dem Prinzip der Formalvollmacht eine Absage erteilt.

Aus umfänglicher Sicht sind von der Vertretungsbefugnis mE sohin nach Maßgabe des § 126 UGB, der den Umfang der Vertretungsmacht des OG-Gesellschafters regelt, „alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken“ erfasst. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass bei Geschäften im außergewöhnlichen Bereich höhere Sorgfaltspflichten an den Dritten zu stellen sind, wie unter II.C.2.4.1.6. festgestellt wurde. Die in § 126 UGB zudem enthaltene Befugnis des OG-Gesellschafters zur

Erteilung und zum Widerruf der Prokura kann im Stadium der Vorgesellschaft hingegen mangels Möglichkeit der Firmenbucheintragung keine Anwendung finden. Eine trotzdem eingeräumte Prokura wird als Handlungsvollmacht aufgefasst werden können.³⁸⁸

2.4.1.8 *Verhältnis des Vertretungsrechts von Personenvorgesellschaft und unternehmerisch tätiger GesbR*

Nunmehr soll das Verhältnis von § 123 Abs 2 S 1 und 2 UGB bzw § 176 Abs 1 S 1 und 2 UGB einerseits zu § 178 UGB andererseits de lege lata insb in Bezug auf eine mögliche normverdrängende Gesetzeskonkurrenz untersucht werden, da beide die Vertretung bei der GesbR regeln. Während die §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB sowohl unternehmerisch tätige als auch nicht unternehmerisch tätige GesbR erfassen, richtet sich § 178 UGB lediglich an unternehmerisch tätige.

Die Antwort nach dem Verhältnis von §§ 123 Abs 2 S 1 und 2 und 176 Abs 1 S 1 und 2 UGB zu § 178 UGB lässt sich mE aus der systematisch-logischen Interpretation der gegenständlichen Bestimmungen ableiten. In diesem Fall greift mE nämlich das methodische Prinzip „lex specialis derogat legi generali“,³⁸⁹ da die §§ 123 Abs 2 S 1 und S 2 und 176 Abs 1 S 1 und 2 UGB eine spezielle(re) Situation vor Augen haben, nämlich die Regelung der Vertretung im Stadium zwischen Errichtung und Eintragung der Gesellschaft. Dieser speziellere Sachverhalt materialisiert sich auch in einem entsprechenden zusätzlichen Tatbestandselement. Somit hat das Stellvertretungsrecht seine Harmonie oder zumindest Widerspruchsfreiheit zurückerlangt. Die nicht-unternehmerisch tätige Vorgesellschaft ist im Stadium zwischen Errichtung und Entstehung nach den §§ 123 Abs 1 und 176 Abs 2 UGB zu beurteilen. Anderes muss

³⁸⁸ Vgl *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 18.

³⁸⁹ Zur lex specialis-Regel vgl *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 465: Das methodische Instrument der lex posterior-Regel kann in diesem Fall hingegen nichts zur Lösung beitragen, weil alle in Frage stehenden Bestimmungen mit dem HaRÄG 2005 eingeführt wurden.

freilich gelten, wenn die Gesellschafter im Vorstadium unter einer anderen Geschäftsbezeichnung als dem Namen der fertigen Gesellschaft oder der Vorgesellschaft auftreten. Diesfalls handelt es sich, wie unter II.C.2.4.1.3.5 herausgearbeitet, um eine „gewöhnliche“ GesbR, auf die im Falle der unternehmerischen Tätigkeit die Vertretungsregel des § 178 UGB Anwendung findet.

2.4.1.9 Zustimmung zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit im Vorstadium

Es entsprach der bislang hM,³⁹⁰ dass die Aufnahme der Geschäfte an die Zustimmung aller Gesellschafter gebunden ist, um das Handeln eines Gesellschafters nicht zulasten der übrigen Gesellschafter, die ansonsten mit ihrem eigenen Vermögen der unbeschränkten Haftung für die eingegangenen Gesellschaftsschulden unterliegen würden, wirken zu lassen. Abgeleitet wurde dies aus § 107 HGB, der für das Entstehen der Gesellschaft die Mitwirkung aller Gesellschafter vorsieht. Diese müssen nämlich gemeinsam die Anmeldung der Gesellschaft zum Firmenbuch vornehmen.

An dieser Rechtslage hat sich zumindest prima facie auch nichts geändert, sieht doch § 107 UGB nach wie vor die Pflicht zur Anmeldung der Gesellschaft beim Firmenbuch durch alle Gesellschafter vor. Eine ausdrückliche Klarstellung ist der Gesetzgeber in dieser Frage auch im HaRÄG 2005 schuldig geblieben. Die Lösung wird sich, wie auch *Roth/Fitz*³⁹¹ zutr. ausführen, aus wertungsrechtlichen Gesichtspunkten der vertretungsrechtlichen Anordnung des Gesetzgebers in § 123 Abs 2 UGB erschließen. Denn das hinter dieser Bestimmung stehende telos, den Geschäftsverkehr gerade dadurch zu schützen, dass die umfassende Alleinvertretungsmacht in Anlehnung an das Vertretungsrecht der fertigen Gesellschaft vermutet wird, würde gerade konterkariert

³⁹⁰ Siehe etwa *Koppensteiner* in *Straube*³ 123 Rz 16; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 123 Rz 18.

³⁹¹ *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 271.

werden, wenn dieses den Geschäftsverkehr erleichternde Konzept von der für den Dritten nicht ersichtlichen Zustimmung zur Geschäftsaufnahme abhängig gemacht wird. Im Lichte dieses Gedankens darf das Einverständnis aller Gesellschafter zur Aufnahme der Geschäfte daher kein Erfordernis mehr darstellen.³⁹²

2.4.1.10 Rechtsfolge der Vertretungsregel - Berechtigung und Verpflichtung aller Gesellschafter

Wiederum ist der Blick auf die Bestimmung des § 123 Abs 2 S 1 UGB zu richten und zu fragen, ob sich daraus Antworten ableiten lassen, wie die Rechte und Pflichten aus einem Handeln im Vorstadium der Gesellschaft der Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern zuzuordnen ist.³⁹³ § 123 Abs 2 S 1 UGB lässt sich aber nur die Aussage entnehmen, dass alle Gesellschafter aus dem Handeln eines Gesellschafters oder einer zur Vertretung der Gesellschaft bestellten Person im Namen der Gesellschaft berechtigt und verpflichtet. Mehr Anhaltspunkte darüber, wie diese Berechtigung und Verpflichtung im Einzelnen ausgestaltet sein soll, liefert der Gesetzeswortlaut nicht.³⁹⁴ Zur weiteren Erörterung scheint es zweckmäßig, die Qualifikation der Berechtigung und Verpflichtung nacheinander zu behandeln, wobei mit der Analyse der Gesellschafterverpflichtung begonnen werden soll, wobei die Berechtigung und Verpflichtung der künftigen Kommanditisten unter II.C.2.6.2.5 gesondert behandelt werden wird.

³⁹² AA Riedler, wbl 2007, 515 (517).

³⁹³ Vgl Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/215.

³⁹⁴ Vgl Krejci in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 19; Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/216.

2.4.1.10.1 *Verpflichtung*

Wie bereits angedeutet, lässt sich aus den verba legalia des § 123 Abs 2 S 1 UGB zur Frage, ob die Gesellschafter als Teil-, Solidar- oder etwa als Gesamthandschuldner schulden und folglich auch in dieser Weise haften, nichts gewinnen.³⁹⁵

Fündig wird man hingegen in den Gesetzesmaterialien.³⁹⁶ Diese enthalten zunächst die Aussage, dass die Gesellschaft mit deren Eintragung in das Firmenbuch in alle zuvor in Ihrem Namen durch die Gesellschafter oder bevollmächtigten Personen geschlossenen Rechtsgeschäfte eintritt. Im sich unmittelbar anschließenden Satz, und dieser ist für die gegenständliche Frage entscheidend, stellt der Gesetzgeber klar, dass sich durch diesen Eintritt „an der Haftung der Gesellschafter nichts ändert“. Nach Entstehung der OG haften die Gesellschafter als Gesamtschuldner (§ 128 UGB), sodass die Regel über die Gesamtschuldverhältnisse (§§ 891 ff ABGB) im Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gläubiger Anwendung finden.³⁹⁷ Damit muss auch die Haftung der Gesellschafter im Vorstadium als unbeschränkt qualifiziert werden. Durch diese Feststellung lässt sich auch die einen Schritt zuvor angesiedelte Frage beantworten, wie die Gesellschafter schulden. Eine solidarische Haftung kann sie idR nämlich nur dann treffen, wenn sie auch Solidarschuldner sind. § 123 Abs 2 S 2 UGB ist idS zu lesen.³⁹⁸

Die Annahme einer Gesamtschuld der Gesellschafter der Vor-OG für Gesellschaftsschulden liegt auch auf Linie der hA³⁹⁹ zur Verpflichtung der Gesellschafter einer gewöhnlichen GesbR, als solche die Vor-OG ja aufzufassen ist. Wird nämlich

³⁹⁵ Vgl auch *Geist/Lindner*, UGB 121; *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 269.

³⁹⁶ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40 f (zu § 123 UGB).

³⁹⁷ Siehe nur *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/510.

³⁹⁸ So auch *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 268 f; aA *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 216.

³⁹⁹ Vgl nur SZ 27/299; EvBl 1965/341; EvBl 1967/86; NZ 1971/127; wbl 1989, 221.

durch mehrere Personen aufgrund eines einheitlichen Vertrages eine - wenn auch teilbare⁴⁰⁰ - Schuld eingegangen, gilt diese iZ als Solidarverpflichtung. Das Ergebnis der Solidarverpflichtung wendet die hM⁴⁰¹ gerade auch auf die GesbR an, sofern es sich um deren rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten handelt. Sie löst sich daher - zumindest im Falle einer nicht unternehmerisch tätigen GesbR - von dem gesetzlichen Regelfall, der in der Anteilhaftung der Gesellschafter nach § 1203 S 2 ABGB besteht. Begründet wird dies mit der Annahme einer entsprechenden Verkehrssitte⁴⁰² bzw mit einer gewohnheitsrechtlichen Abänderung der §§ 891 und 1203 S 2 ABGB.⁴⁰³

In Bezug auf eine unternehmerisch tätige GesbR kann zudem auf die Bestimmung des § 348 UGB verwiesen werden,⁴⁰⁴ wonach mehrere Unternehmer iZ als Gesamtschuldner haften, wenn sie sich gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung verpflichten. Im Übrigen ist auch § 1203 S 2 so zu deuten, dass unter dem Begriff „Handelsleute“ nunmehr Unternehmer iSd §§ 1 ff UGB zu verstehen sind.⁴⁰⁵

Freilich würde die Außerachtlassung der Klarstellung in den Gesetzesmaterialien zur Solidarhaftung dann zu einem anderen Ergebnis führen, wenn es sich bei den Gesellschaftern um natürliche Personen handelt. Schließen diese nämlich Vorbereitungsgeschäfte (und um solche handelt es sich idR bei den vorgenommenen

⁴⁰⁰ Unteilbare Leistungen gelten hingegen nach § 890 S 1 ABGB allgemein als Solidarverpflichtung.

⁴⁰¹ SZ 41/68; JBl 1969, 556; *Welser*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gläubiger und Schuldner, GesRZ 1978, 144; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 59 f; kritisch *Rummel*, Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte (1972) 54 ff; *Grillberger* in *Rummel*³ §§ 1202, 1203 Rz 6.

⁴⁰² Siehe nur HS 29.478.

⁴⁰³ Vgl etwa *Jabornegg/Resch* in *Schwimann*³ § 1203 ABGB Rz 6.

⁴⁰⁴ Vgl *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 2/216.

⁴⁰⁵ Vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 230; *Riedler*, KBB² § 1203 Rz 6; *ders*, wbl 2007, 515 (518).

Geschäften im Vorstadium), sind sie noch nicht als Unternehmer aufzufassen, sehr wohl hingegen Gesellschaften, die juristische Personen sind.⁴⁰⁶

2.4.1.10.2 *Berechtigung*

Auch zur Frage, ob die Berechtigung der Gesellschafter bei einem Handeln im Namen der Gesellschaft als Teil-, Gesamt- oder Gesamthandforderung zu qualifizieren ist, lässt sich aus dem Wortlaut des § 123 Abs 1 UGB nichts gewinnen. Im Gegensatz zur Art der Verpflichtung der Gesellschafter ist hier auch der Blick in die Gesetzesmaterialien unergiebig.

Das Schweigen des Gesetzgebers in dieser Frage ist im Hinblick auf das Regelungsziel mE aber wenig überraschend. War dieser bei der Anordnung der Berechtigung und Verpflichtung aller Gesellschafter doch lediglich von der Vorstellung getragen, einer der zentralen Fragen der Vorgesellschaftsproblematik, jene nach dem Zurechnungssubjekt bei einem Handeln im Namen der fertigen Gesellschaft, einer Lösung zuzuführen. Er wollte das für die Geschäftswelt belastende Ergebnis schwebend unwirksamer Verträge bei einem Handeln im Namen der Gesellschaft verhindern und klare Zurechnungssubjekte schaffen. In diesem Sinn muss die Berechtigung und Verpflichtung aller Gesellschafter verstanden werden. Freilich wäre es wünschenswert gewesen, hätte sich der Gesetzgeber auch zu einer Aussage der Art und Weise der Berechtigung der Gesellschafter nach § 123 Abs 2 S 1 UGB - zumindest in den Gesetzesmaterialien wie bei den obigen Ausführungen zur Verpflichtung - durchringen können.

⁴⁰⁶ Siehe *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/216.

Somit müssen zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage die allgemeinen Bestimmungen des GesbR-Rechts zur Frage der Qualifikation von Gesellschaftsforderungen bemüht werden. Das gesetzliche Konzept in dieser Hinsicht sieht vor, dass gem § 1203 S 2 ABGB jeder Gesellschafter bei Forderungen, die nicht an sich unteilbar sind,⁴⁰⁷ nur berechtigt ist, den nach Maßgabe seiner Gesellschaftsbeteiligung zu berechnenden Teil der Forderung zu beanspruchen. Dies gilt hingegen nicht für den Fall, dass es sich bei den Gesellschaftern um „Handelsleute“, unter die nunmehr, wie unter II.C.2.4.1.10.1 gezeigt, Unternehmer iSd §§ 1 ff UGB zu subsumieren sind, handelt. Diesfalls ist von einer Gesamtgläubigerschaft iSd 892 ABGB auszugehen.⁴⁰⁸

Wiederum aber löst sich die hM⁴⁰⁹ vom eindeutigen Gesetzeswortlaut und nimmt bei Forderungen der GesbR-Gesellschafter generell Gesamthandforderungen an. Erklärt wird dieses von der Rsp teils gar nicht, teils⁴¹⁰ unter Verweis auf § 848 ABGB und teils⁴¹¹ als typologisch abgestufte Annäherung an eine juristische Person.⁴¹² Die Lehre⁴¹³ beruft sich zur Rechtfertigung der Gesamthandschaft unter Verweis auf § 848 ABGB auf ansonsten bestehende Wertungswidersprüche in der Gesamtregelung von Gesellschaft

⁴⁰⁷ Unteilbare Forderungen sind hingegen nach § 890 ABGB als Gesamthandforderungen zu qualifizieren.

⁴⁰⁸ Vgl etwa *Jabornegg/Resch* in Schwimann³ § 1203 Rz 3 f.

⁴⁰⁹ SZ 7/25; 36 /100; 50/151; JBl 1984, 612 = NZ 1984, 218; JBl 2003, 327; *Welser*, GesRZ 1978, 145; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 59; *Grillberger* in Rummel³ §§ 1202, 1203 Rz 8; *Ostheim*, Rechtsfähigkeit 234 ff; *Jabornegg/Resch* in Schwimann³ § 1203 Rz 43 f.

⁴¹⁰ SZ 36/100.

⁴¹¹ HS 27.611.

⁴¹² Siehe *Jabornegg/Resch* in Schwimann³ § 1203 Rz 3.

⁴¹³ *Welser*, GesRZ 1978, 146 f; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 59; *Grillberger* in Rummel³ §§ 1202, 1203 Rz 9; *Ostheim*, Rechtsfähigkeit 234 ff; *Jabornegg/Resch* in Schwimann³ § 1203 Rz 43 f.

und Gemeinschaft. Mitunter wird auch mit einer gewohnheitsrechtlichen Abänderung des § 1203 S 2 ABGB argumentiert.⁴¹⁴

Relativiert wird dieses Ergebnis allerdings in Bezug auf die Vor-OG. Hier wird nämlich im Schrifttum⁴¹⁵ zutr vorgebracht, dass aufgrund der Regelung des § 123 Abs 2 S 3 UGB jeder Gesellschafter als eine Person, welche die Gemeinschaft iSd § 848 ABGB „ordentlich vorstellt“, anzusehen ist. Damit kann an jeden Gesellschafter schuldbefreiend geleistet werden.

2.4.1.10.3 Die Rechtsfolge bei Erkennbarkeit oder Kenntnis des Dritten vom Vollmachtsmangel

Gem § 123 Abs 2 S 2 UGB werden die Gesellschafter auch dann berechtigt und verpflichtet, wenn der handelnde Gesellschafter zwar bei Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht oder nicht ausreichend vertretungsbefugt war, jedoch „der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht weder kannte noch kennen musste“. Da der Gesetzgeber keinen bestimmten Grad der Fahrlässigkeit für das „Kennen-Müssen“ angenommen hat, schadet bereits leicht fahrlässiges Handeln.⁴¹⁶ Dies ist aber jedenfalls nicht schon dann anzunehmen, wenn der Dritte aus der mangelnden Firmenbucheintragung hätte wissen müssen, dass er es mit einer Gesellschaft in Gründung zu tun hat.⁴¹⁷

Hat der Dritte vom Vollmachtsmangel in vorwerfbarer Weise, d.h. leicht oder grob fahrlässig, nicht gewusst oder wusste er gar davon, ist die Vermutung der

⁴¹⁴ So *Jabornegg/Resch* in *Schwimann*³ § 1203 Rz 3.

⁴¹⁵ So *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/215.

⁴¹⁶ Vgl *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 17; vgl auch *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/213; vgl auch II.C.2.4.1.6.

⁴¹⁷ Siehe dazu II.C.2.4.1.6; so im Ergebnis auch *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/213.

Vertretungsmacht nach den §§ 123 Abs 2 S 2 und 176 Abs 1 S 2 UGB nicht anwendbar. Daher kommt auch die Rechtsfolge des § 123 Abs 2 S 2 iVm S 1 und 176 Abs 1 S 2 iVm S 1 UGB,⁴¹⁸ nämlich die Berechtigung und Verpflichtung aller Gesellschafter und die betragsmäßige Beschränkung der Haftung des Kommanditisten, nicht zum Tragen. Mangels einer spezielleren Norm beurteilt sich dieser Sachverhalt nach den Regeln über Scheinvertreterhaftung gem § 1019 ABGB, sofern nicht die Regeln über die Anscheinsvollmacht, die Nachwirkung einer entzogenen Vollmacht oder die nachträgliche Genehmigung durch die Gesellschaft anwendbar sind.⁴¹⁹

Die Haftung wegen falsa procuratio wurde durch das HaRÄG 2005 einer selbstständigen Regelung in § 1019 ABGB zugeführt. Diese Bestimmung positiviert allerdings lediglich, was bereits aus den Regeln der culpa in contrahendo folgt, und steht damit im Einklang mit der bisher hA⁴²⁰ zur Haftung des falsus procurator. Der Gewalthaber, der zu fraglichem Geschäft nicht oder nicht ausreichend bevollmächtigt ist, haftet demnach dem Dritten für den Schaden, den dieser im Vertrauen auf die Vertretungsmacht erleidet, sofern der Gewaltgeber das Geschäft weder durch Willenserklärung noch durch Vorteilszuwendung iSd § 1016 ABGB genehmigt.⁴²¹ Bei Kenntnis des Dritten vom Vertretungsmangel entfällt der Schadenersatzanspruch zur Gänze, während (bloße) Fahrlässigkeit als Mitverschulden nach § 1304 ABGB zur Schadensteilung führt.⁴²² Zu ergänzen ist an dieser Stelle, dass in den Materialien - konform gehend mit den allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts - das

⁴¹⁸ § 176 Abs 1 S 1 UGB sagt hingegen über die grs Zuordnung der im Namen der Gesellschaft geschlossenen Geschäfte - wie unter II.C.2.6.2.5 nachgewiesen werden wird - nichts aus.

⁴¹⁹ Vgl *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 17; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/219.

⁴²⁰ Grundlegend *Welser*, Vertretung 127 ff; OGH JBl 1978, 32; SZ 55/84; 64/104.

⁴²¹ *Grillberger* in *Rummel*³ § 1201 Rz 4; *Riedler* in *KBB*² § 1201 Rz 4.

⁴²² *Welser*, Vertretung 150 ff, 205 ff.

Erfordernis des Verschuldens des Scheinvertreters als anspruchsbegründend festgehalten wird.⁴²³ Mit Verschulden des Scheinvertreters ist gemeint, dass diesem der Vollmachtsmangel erkennbar war und er trotzdem in vorwerfbarer Weise über diesen Mangel nicht aufgeklärt hat.⁴²⁴

Wusste der Dritte daher - bezogen auf den in Frage stehenden Fall - bei Vornahme des Rechtsgeschäftes durch den Gesellschafter von dessen Vollmachtsmangel, kommt der Vertrag mit den Gesellschaftern gem § 123 Abs 2 S 2 iVm S 1 und die Haftungsbeschränkung nach § 176 Abs 1 S 2 iVm S 1 UGB jedenfalls nicht zustande. Der Sachverhalt beurteilt sich nach § 1019 ABGB. Dementsprechend kann aber auch der Dritte vom Scheinvertreter nach dem oben Gesagten gem § 1019 ABGB keinen Ersatz seines Vertrauensschadens verlangen. Blieb dem Dritten der Mangel der Vollmacht verschuldet verborgen, d.h. hätte er ihm auffallen müssen, und ist auch dem Scheinvertreter hinsichtlich der unterlassenen Aufklärung über den Vollmachtsmangel ein Vorwurf zu machen, kommt es gem § 1304 ABGB zur Schadensteilung. Trifft den falsus procurator hingegen an der mangelnden Aufklärung über den Vollmachtsmangel kein Verschulden, entfällt nach § 1019 ABGB auch dessen Haftung. Der Dritte kann keinen Ersatz des bei ihm eingetretenen Schadens begehren.

Keine Aussage treffen die §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB hingegen darüber, ob dem vollmachtslos oder vollmachtsüberschreitend handelnden Gesellschafter auch nach den §§ 123 Abs 2 S 2 und 176 Abs 1 S 2 UGB die unterlassene Aufklärung über den Vollmachtsmangel vorwerfbar sein muss, um die entsprechende Rechtsfolge, d.h. die Berechtigung und Verpflichtung aller Gesellschafter, auszulösen. Der Gesetzeswortlaut und auch die Materialien schweigen in dieser Frage. Auch in Rsp und Lehre wurde diese Frage bislang - soweit ersichtlich - nicht behandelt.

⁴²³ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 71, 82; vgl auch zutr *Perner*, RdW 2007, 14 (15).

⁴²⁴ Vgl nur 1 Ob 597/82 = SZ 55/84.

Schlagend wird diese Frage in der Konstellation, in der ein Gesellschafter der Vorgesellschaft im Namen der Gesellschaft handelt, ohne dazu (ausreichend) vertretungsbefugt zu sein, ihm die unterlassene Aufklärung über diesen Vollmachtsmangel allerdings nicht vorwerfbar ist, da dieser für ihn nicht erkennbar war. Musste dem Dritten der Mangel ebenfalls nicht bekannt sein, werden entweder alle Gesellschafter nach § 123 Abs 2 S 2 iVm S 1 berechtigt und verpflichtet bzw greift die Haftungsbeschränkung nach § 176 Abs 1 S 2 iVm S 1 UGB, sieht man vom Erfordernis eines Verschuldens beim handelnden Gesellschafter ab. Vertritt man hingegen die Auffassung, dass die Vermutung der Vertretungsmacht nur bei Verschulden des handelnden Gesellschafters anwendbar ist, ist ein solcher Fall nach § 1019 ABGB zu beurteilen. Das Resultat wäre diesfalls, dass auch der handelnde Gesellschafter selbst mangels Verschulden nicht haften würde.

ME muss diese Frage so beantwortet werden, dass ein Verschulden des handelnden Gesellschafters nicht Voraussetzung der Vermutung der Vertretungsmacht nach den §§ 123 Abs 2 S 2 und 176 Abs 1 S 2 UGB⁴²⁵ ist. Der Gesetzgeber erwähnt weder in den verba legalia noch in den Materialien, dass die Vermutung der Vertretungsmacht nach den §§ 123 Abs 2 S 2 und 176 Abs 1 S 2 UGB vom Erfordernis eines Verschuldens beim handelnden Gesellschafter abhängig gemacht werden soll. Außerdem handelt es sich bei diesen Bestimmungen um Vertretungsregeln als Instrument zum Schutz des Geschäftsverkehrs. Die Funktion dieser Instrumente besteht in der Zuordnung der im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäfte und nicht wie bei § 1019 ABGB in einer Haftungsanordnung. Solange dem Dritten an der Unkenntnis des Vollmachtsmangels kein Vorwurf gemacht werden kann, werden die §§ 123 Abs 2 S 2 und 176 Abs 1 S 2 UGB daher mE von § 1019 ABGB und dessen Schuldnerfordernis als anspruchsbegründendes Element für die Haftung des

⁴²⁵ Ebenso wenig enthält der Wortlaut des § 178 UGB oder die entsprechenden Materialien dafür Anzeichen.

Scheinvertreter nicht verdrängt. Kann daher weder dem handelnden Gesellschafter an der unterlassenen Aufklärung über den Vollmachtmangel ein Vorwurf gemacht werden, noch dem Dritten an seiner Unkenntnis des Mangels der Vertretungsmacht, werden alle Gesellschafter gem § 123 Abs 2 S 1 UGB berechtigt und verpflichtet und die Haftungsbeschränkung nach § 176 Abs 1 S 2 iVm S 1 UGB ist wirksam.⁴²⁶

2.4.1.11 Eintritt der Gesellschaft in die in deren Namen geschlossenen Rechtsverhältnisse

In der Vergangenheit bereitete die Frage des Eintritts der fertigen Gesellschaft im Wege der Singularsukzession, Universalsukzession oder identitätswahrenden Umwandlung insb in Bezug auf Kapitalvorgesellschaft Schwierigkeiten. Unproblematisch war hingegen die Situation mit der Rsp⁴²⁷ und dem überwiegenden Teil der Lehre⁴²⁸ bei der Entstehung einer OHG oder KG aus einer GesbR heraus.⁴²⁹ Zwar bezog sich die Entscheidung des OGH⁴³⁰, in der er den identitätswahrenden Rechtsformwechsel von einer GesbR hin zu einer OHG anerkannte, auf den Betrieb eines volkaufmännischen Grundhandelsgewerbes, wo sohin eine konstitutive Firmenbucheintragung nicht vorgesehen war. Nichtsdestotrotz ließ sich aber aus dieser Entscheidung die Feststellung ableiten, dass der OGH jedenfalls in den unterschiedlichen

⁴²⁶ § 176 UGB sagt hingegen über die grs Zuordnung der im Namen der Gesellschaft geschlossenen Geschäfte - wie unter nachgewiesen werden wird - nichts.

⁴²⁷ Vgl 8 Ob 96/03b, GesRZ 2003, 346 = ZIK 2004/133.

⁴²⁸ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 54; *Roth/Fitz*, Handels- und Gesellschaftsrecht (2000) 84, Rz 225; *Grillberger*, in Rummel³ § 1175 Rz 39; *Jabornegg/Resch* in Schwimann³ § 1175 Rz 33, aA *Grünwald*, Rechtsfolgen des Erwerbs bzw Verlusts der Vollkaufmannseigenschaft bei Personengesellschaften (II), GesRZ 1993, 225; *Krejci*, EGG § 3 Rz 11.

⁴²⁹ Vgl *Roth/Fitz/Beiser*, Der Übergang von der GesbR zur OG gemäß § 8 Abs 3 UGB, JBl 2007, 341 (342 f), die zudem darauf hinweisen, dass eine Unterscheidung zwischen automatischem und vom Gesetz erzwungenen Rechtsformwechsel nicht gerechtfertigt erscheine.

⁴³⁰ Vgl FN 427; der OGH hat aber auch die identitätswahrende Umwandlung einer OHG zur GesbR bejaht, siehe OGH JBl 1986, 581.

Vermögensordnungen der Gesellschaften - Miteigentum der GesbR-Gesellschafter auf der einen Seite und Gesamthandeigentum der OHG-Gesellschafter auf der anderen Seite - keinen Grund erblickte, eine identitätswahrende Umwandlung auszuschließen.⁴³¹ Teilweise wurde im Schrifttum⁴³² sogar eine identitätswahrende Umwandlung für jene Gesellschaften angenommen, die auf den Betrieb eines Gewerbes nach den §§ 2,3 HGB gerichtet waren und daher durch konstitutive Firmenbucheintragung entstanden.

Nunmehr hat der Gesetzgeber in § 123 Abs 2 letzter Satz UGB *expressis verbis* ausgesprochen, dass die Gesellschaft „mit Eintragung in das Firmenbuch in die Rechtsverhältnisse eintritt“.⁴³³ Dieser Eintritt vollzieht sich *eo ipso*, wie in den Materialien⁴³⁴ bestätigt wird: „Sobald die offene Gesellschaft durch Eintragung in das Firmenbuch entstanden ist, tritt sie ohne weiteres rechtsgeschäftliches Zutun automatisch in die vor ihrem Entstehen in ihrem Namen - idR von den Gesellschafter, aber auch von bevollmächtigten Dritten - geschlossenen Verträge ein.“. Aus dieser Aussage der Materialien wird auch bekräftigt, was schon der systemtische Zusammenhang mit den S 1 und 2 *leg cit* legt nahe, nämlich den Eintritt auf die von den Gesellschaftern oder den zur Vertretung der Gesellschaft bestellten Personen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte zu beziehen.

Doch erscheint es sachgerecht, auch die von den Gesellschaftern erbrachten Leistungen *quoad dominium*, die im Miteigentum der Gesellschafter der Vorgesellschaft stehen, von dem *ex lege*-Eintritt als mitumfasst zu betrachten.⁴³⁵ Der weite Begriff der

⁴³¹ Zutr *Roth/Fitz/Beiser*, JBl 2007, 241 (342 f).

⁴³² Vgl etwa *Kastner /Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 53 f; aA *Krejci*, EGG § 3 Rz 11.

⁴³³ Krit dazu *Keinert*, Unternehmensrecht Rz 127, 133.

⁴³⁴ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40 (zu § 123 UGB).

⁴³⁵ Zutr *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/221.

„Rechtsverhältnisse“, in welche die Gesellschaft bei Firmenbucheintragung eintritt, bietet auch genügend Raum, nicht nur das juristische Band zwischen Personen untereinander zu erfassen, sondern auch jenes zwischen Personen und Objekten.⁴³⁶ Daher ist von einer direkten Anwendung von § 123 Abs 2 letzter S UGB auf Sachenrechte und andere absolute Rechte auszugehen.⁴³⁷ Mit der Eintragung geht daher das gesamte Gesellschaftsvermögen der Vor-OG bzw der Vor-KG (gem den §§ 161 Abs 2 iVm 123 Abs 2 letzter Satz UGB), besser gesagt, das von den Gesellschaftern der GesbR gebildete und ihnen gemeinsam zuzurechnende, der Tätigkeit der GesbR gewidmete Sondervermögen,⁴³⁸ uno actu auf die OG oder KG in deren Alleineigentum über. Dazu zählen Sachenrechte und Immaterialgüterrechte ebenso wie Vertragspositionen, einzelne Forderungen oder Verpflichtungen.⁴³⁹ Der ex lege-Eintritt in die Rechtsverhältnisse ist zwingend.⁴⁴⁰

Aus rechtsdogmatischer Sicht bietet die Formulierung dieses ex lege-Eintritts Raum für eine zweifache Deutung: Einerseits könnte darin eine gesetzlich angeordnete Gesamtrechtsnachfolge („Universalsukzession“)⁴⁴¹ gesehen werden, oder aber ein Fall eines identitätswahrenden Rechtsformwechsels⁴⁴². Auch wenn aus praktischen Gesichtspunkten der Unterschied vernachlässigbar ist,⁴⁴³ muss dogmatisch doch zwischen den beiden Varianten getrennt werden. Bei der Universalsukzession kommt es

⁴³⁶ Vgl nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 49.

⁴³⁷ Zutr *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/221.

⁴³⁸ So *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 22.

⁴³⁹ Vgl *ders* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 22.

⁴⁴⁰ Zutr *Keinert*, Unternehmensrecht Rz 127,133.

⁴⁴¹ So insb *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 22 f; vgl auch *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth M.*, Gesellschaftsrecht Rz 602; *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/222.

⁴⁴² Diese Ansicht vertreten hingegen *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 272 ff; *Roth/Fitz/Beiser*, JBl 2007, 341 (344 f).

⁴⁴³ Siehe etwa *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² 274.

nämlich zu einer Vermögensübertragung von einem Rechtsträger auf einen anderen, ohne dass es dazu einzelner Verfügungsgeschäfte über die Vermögensbestandteile bedarf. Auch bei der identitätswahrenden Umwandlung ist der zentrale Aspekt der Vermögensübergang ohne Übertragungsakt, allerdings darf nicht übersehen werden, dass es sich dabei stets um denselben Rechtsträger handelt.

ME ist in dieser Frage der Annahme einer Universalsukzession der Vorrang zu geben. Die Begründung dafür liegt mE aber nicht in der unterschiedlichen Vermögenszuordnung, die sich nun dadurch noch verstärkt hat, dass das Vermögen nunmehr im Alleineigentum der fertigen Gesellschaft und nicht mehr im Gesamthandeigentum der Gesellschafter steht.⁴⁴⁴ Der Grund liegt mE vielmehr darin, dass der Gesetzgeber - wie oben unter II.C.2.2 ausführlich dargelegt - in Bezug auf die Vor-OG bzw Vor-KG einerseits und der fertigen Gesellschaft andererseits vom Vorliegen zweier Gesellschaften ausgegangen ist. Es besteht daher keine Identität der Rechtssubjektivität.⁴⁴⁵ Die Gesellschafterschuld wird durch ex lege-Eintritt zu einer privativen Gesellschafterschuld.⁴⁴⁶ Die persönliche Haftung der Gesellschafter bleibt auch nach Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch in Form des § 128 UGB als Haftung der OG-Gesellschafter (bzw in Form des § 171 UGB als Haftung der Kommanditisten) für die übernommenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft erhalten.⁴⁴⁷

Fraglich ist weiters, in welche Rechtsverhältnisse die Gesellschaft nach § 123 Abs 2 letzter Satz UGB nach der Firmenbucheintragung eintreten soll. Sind „Rechtsverhältnisse“ iS dieser Bestimmung lediglich die im (auch nicht

⁴⁴⁴ So aber zumindest für den Vermögensübergang nach § 8 Abs 3 UGB *Dehn* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 8 Rz 29 f.

⁴⁴⁵ So auch *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/222.

⁴⁴⁶ Zutr *Keinert*, Unternehmensrecht Rz 127.

⁴⁴⁷ Zutr *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth M.*, Gesellschaftsrecht Rz 602.

eintragungsfähigen)⁴⁴⁸ Namen der fertigen Gesellschaft oder auch jene im Namen der Vorgesellschaft geschlossenen Rechtsgeschäfte.⁴⁴⁹ Zu klären ist auch, inwiefern es einen Unterschied macht, ob der handelnde Gesellschafter zum Abschluss des Geschäftes vertretungsbezugt war oder aber die Vermutung der Vertretungsmacht nach den §§ 123 Abs 2 S 2 und 176 Abs 1 S 2 UGB zur Anwendung gelangte.

Die Beantwortung dieser Fragen ergibt sich mE aus folgender Überlegung: Bereits der systematische Aufbau des § 123 Abs 2 UGB legt nahe, den Eintritt in alle oben angesprochenen Geschäfte anzunehmen, unabhängig davon, ob im (auch nicht eintragungsfähigen) Namen der fertigen Gesellschaft oder Vorgesellschaft gehandelt wurde. Wie unter II.C.2.4.1.3 ausführlich nachgewiesen wurde, ist mit dem Handeln im Namen der Gesellschaft in § 123 Abs 2 S 1 UGB nämlich sowohl die Vorgesellschaft als auch die fertige Gesellschaft gemeint. Ebenso losgelöst muss die Frage des Eintrittes vom Vorliegen ausreichender Vollmacht betrachtet werden, da sich die vermutete Vertretungsmacht des S 2 leg cit unmittelbar auf S 1 leg cit bezieht und der letzte Satz leg cit wiederum (auch) auf die beiden vorangehenden Sätze Bezug nimmt.

Aber auch teleologische Überlegungen sprechen dafür. So kann der Entlass aus der Vertragsposition der das Rechtsgeschäft nicht abschließenden Gesellschafter, das allein aufgrund der Gutgläubigkeit des Dritten nach § 123 Abs 2 S 2 UGB zustande gekommen ist, auch als Ausgleich dafür gesehen werden, dass sie durch ein solches vollmachtsloses Handeln überhaupt berechtigt und verpflichtet werden können. Ist ihnen doch die Eintragung abweichender Vertretungsregeln im Stadium der Vorgesellschaft mangels Möglichkeit der Firmenbucheintragung verwehrt und das Eingreifen des § 123 Abs 2 UGB auch von der Zustimmung zur Aufnahme des Betriebes unabhängig.⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ Vgl II.C.2.4.1.3.4.

⁴⁴⁹ Zu den im Namen der Vorgründungsgesellschaft geschlossenen Geschäften vgl II.C.2.5.

⁴⁵⁰ Vgl II.C.2.4.1.9.

Freilich haften die Gesellschafter aber nach der Gesamtrechtsnachfolge für die Schulden der Gesellschaft nach § 128 UGB weiter.⁴⁵¹

Es kann zudem für diese Ansicht auch ins Treffen geführt werden, dass der Gesetzgeber mit der bewusst weit formulierten Umschreibung „Eintritt in die Rechtsverhältnisse“ einen friktionsfreien und raschen Übergang sämtlicher die Vorgesellschaft und fertige Gesellschaft betreffenden Rechtsverhältnisse erreichen wollte, ohne bei jedem einzelnen Rechtsverhältnis langwierige Prüfungen anstellen zu müssen.⁴⁵²

Diese Überlegungen gelten auch für im Namen der Vor-KG oder KG abgeschlossene Rechtsgeschäfte; dies auch unabhängig davon, ob der handelnde Gesellschafter für das vorgenommene Rechtsgeschäft vertretungsbefugt war oder dieses über die Vermutung der Vertretungsmacht wirksam wurde.

Besonders hervorgehoben werden muss noch der Fall, dass Liegenschaften auf die OG bzw KG mit der Eintragung in das Firmenbuch übertragen werden, weil § 123 Abs 2 letzter Satz UGB damit implizit einen weiteren Fall des außerbücherlichen Eigentumserwerbs schafft.⁴⁵³ Da der Grundbuchsstand die Rechtsverhältnisse des Eigentümers unrichtig wiedergibt, erschließen sich die wahren Verhältnisse bis zur entsprechenden Grundbuchsberichtigung lediglich aus dem Firmenbuch.⁴⁵⁴

⁴⁵¹ Vgl *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/222; zur Diskussion um die zutr. Einordnung der Gesellschafterhaftung zwischen Erfüllungs- und Haftungstheorie vgl II.C.2.2.

⁴⁵² Vgl *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth M.*, Gesellschaftsrecht Rz 602; *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/221.

⁴⁵³ *Krejci* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 22; *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/222.

⁴⁵⁴ Vgl *Roth/Fitz/Beiser*, JBl 2007, 341.

Schließlich ist noch iZm der Gesamtrechtsnachfolge des § 123 Abs 2 letzter Satz UGB die Frage zu beleuchten, wie sich der Vermögenstransfer zwischen den Gesellschaftern einer GesbR, die den Schwellenwert des § 189 UGB überschreitet und daher als OG oder KG in das Firmenbuch von den Gesellschaftern einzutragen ist, auf diese beurteilt. Fraglich ist insb, ob die Gesamtrechtsnachfolge des § 123 Abs 2 letzter Satz UGB (zumindest analog) auf diesen Fall angewendet werden kann.

Diese Frage wird im Schriftum unterschiedlich beantwortet.⁴⁵⁵ Nach richtiger Ansicht wird § 123 Abs 2 letzter Satz für den Vermögensübergang von GesbR auf OG oder KG nicht fruchtbar gemacht werden können. Der Grund liegt darin, dass der Eintritt in die Rechtsverhältnisse nach dem gesetzgeberischen Modell nur im Stadium zwischen Errichtung und Entstehung Platz greifen soll, uz dann, wenn bereits im Namen der (Vor-)Gesellschaft gehandelt wird. Nur dann nämlich geht der Geschäftsverkehr zutr davon aus, dass er es mit einer OG bzw KG als Vertragspartner zu tun hat. Auch nur in dieser Situation scheint der Übergang der Rechtsverhältnisse auf die OG bzw KG gerechtfertigt;⁴⁵⁶ nicht hingegen, wenn der Dritte ein Geschäft mit einem im Namen einer „gewöhnlichen“ GesbR auftretenden Gesellschafter schließt.⁴⁵⁷ Dies bestätigen auch schon die Materialien⁴⁵⁸, wenn sie in Bezug auf den Rechtsübergang Folgendes festhalten: „Dieses Ergebnis lässt sich schon bei redlicher Vertragsinterpretation gewinnen, denn wer mit jemandem kontrahiert, der im Namen einer noch nicht bestehenden offenen Personengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auftritt, erklärt

⁴⁵⁵ Bejahend *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/196; dagegen *Dehn* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 8 Rz 32.

⁴⁵⁶ Zutr *dies* in Krejci, Refomr-Kommentar UGB § 8 Rz 32.

⁴⁵⁷ Vgl idZ II.C.2.4.1.3.5 zur Unanwendbarkeit der §§ 123 Abs 2 S 1 und 2, 176 Abs 1 S 1 und 2 UGB bei einem Handeln im Namen einer GesbR, bei der nicht ersichtlich ist, dass es sich um eine werdende OG oder KG handelt.

⁴⁵⁸ EB des ME (AT, III.4.d.).

sich zumindest schlüssig damit einverstanden, das Geschäft mit der Gesellschaft schließen zu wollen.“.

Der Vermögensübergang des von dem von den Gesellschaftern der GesbR gebildeten und ihnen gemeinsam zuzurechnenden und der Tätigkeit der GesbR gewidmeten Sondervermögens⁴⁵⁹ auf die OG bzw KG vollzieht sich daher mE im Wege der Einzelrechtsnachfolge. Im Verhältnis zu Dritten bietet zumindest § 38 f UGB Abhilfe, wobei freilich das Widerspruchsrecht nach § 38 Abs 2 UGB hinderlich sein kann.⁴⁶⁰

2.5 *Die Vorgründungsgesellschaft*

2.5.1 *Allgemeines*

Die OG und KG werden im Innenverhältnis bereits durch den Abschluss des entsprechenden Gesellschaftsvertrages errichtet. Mangels Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch sind OG und KG im Außenverhältnis allerdings noch nicht entstanden. Nach außen tritt vielmehr die vor Eintragung bestehende Vorgesellschaft auf, die, wie unter II.C.2.2 gezeigt wurde, als nicht rechtsfähige Außen-GesbR zu qualifizieren ist.

Nun stellt sich aber die Frage, was gelten soll, wenn schon vor Abschluss des OG- bzw KG-Gesellschaftsvertrages eine Vereinigung der künftigen Gesellschafter besteht. Kann hier bereits von einer Gesellschaft gesprochen werden? Und bejahendenfalls, welches Rechts ist auf eine solche Gesellschaft im Innen- bzw. Außenverhältnis anwendbar?

⁴⁵⁹ So *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 123 Rz 22.

⁴⁶⁰ *Zutr Dehn* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 8 Rz 31.

In der Tat wird angenommen, dass in einem solchen Fall bereits vor Errichtung der einzutragenden Gesellschaft eine eigene Gesellschaft besteht, deren Zweck darin liegt, in Zukunft eine andere Gesellschaft zu gründen. Eine solche Vereinigung wird als sog. „Vorgründungsgesellschaft“ bezeichnet.⁴⁶¹ Gem der Rechtslage vor Einführung des HaRÄG 2005 war diese bei Betrieb eines vollkaufmännischen Grundhandelsgewerbes OHG oder KG, ansonsten GesbR.⁴⁶² Da durch das HaRÄG 2005 allerdings das Entstehen der OG und KG ausnahmslos an die Eintragung in das Firmenbuch geknüpft wird, kann die Vorgründungsgesellschaft nunmehr lediglich GesbR sein.⁴⁶³ Anderes gilt nur, wenn für das Vorgründungsstadium eine Gesellschaftsform gewählt wird, die selbst in das Firmenbuch eingetragen werden muss. Allerdings wird dies ob des dadurch verursachten Kostenaufwandes idR nicht zweckmäßig sein.⁴⁶⁴

Bei der Beurteilung als Vorgründungsgesellschaft ist jedoch Vorsicht geboten. Wird nämlich ein Vertrag abgeschlossen, in dem sich die Vertragspartner verpflichten, hinkünftig eine Gesellschaft zu gründen, die bestimmten Zielsetzungen entsprechen soll, liegt darin noch nicht zwangsläufig auch bereits eine Vorgründungsgesellschaft. Dazu müssen nämlich alle für eine Gesellschaft maßgeblichen Tatbestandsmerkmale gegeben sein. Der Vertrag kann daher auch als bloßer Vorvertrag iSv § 936 ABGB zu qualifizieren sein.⁴⁶⁵ Ein Vorvertrag wird aber häufig ob der schwächeren

⁴⁶¹ Vgl bereits *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 30 f; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 69 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ (2007) § 2 Rz 7; siehe auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 290 ff.

⁴⁶² Auch die Vorgründungsgesellschaft in Bezug auf einen erst abzuschließenden GmbH-Gesellschaftsvertrag oder eine erst abzuschließende AG-Satzung wurde als OHG oder als GesbR gedeutet, vgl etwa *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 2 Rz 7; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/180.

⁴⁶³ Dies gilt im Übrigen auch für die ins Auge gefasste Errichtung einer GmbH (oder AG), siehe nur *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 2 Rz 7.

⁴⁶⁴ Siehe *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 69.

⁴⁶⁵ Siehe bereits II.A.

Bindungswirkung aufgrund der für Vorverträge geltenden *clausula rebus sic stantibus*⁴⁶⁶ und befristeten Geltung des Vorvertrages auf ein Jahr⁴⁶⁷ nicht zielführend sein.⁴⁶⁸ Verpflichten sich die Gesellschafter durch einen Vertrag, die vertraglichen Grundlagen der künftigen Gesellschaft erst auszuarbeiten, scheidet eine Qualifikation als Vorvertrag aber bereits mangels Bestimmtheit⁴⁶⁹ aus.⁴⁷⁰

Wird eine Gesellschaft geschlossen, deren Aufgabe es ist, erst zu prüfen, ob die angedachte Idee der künftigen Gründung eines Unternehmens überhaupt zweckmäßig ist, spricht man nicht von einer Vorgründungsgesellschaft. Eine solche Gesellschaft wird als sog. „Projekt- oder Studiengesellschaft“ bezeichnet und hat mit der Vorgründungsgesellschaft lediglich gemein, dass sie bloße Gelegenheitsgesellschaften sind.⁴⁷¹

2.5.2 Rechtsgeschäftliches Tätigwerden im Stadium der Vorgründungsgesellschaft

Werden die Vorgründungsgesellschafter nun vor Abschluss des OG- oder KG-Gesellschaftsvertrages im Namen der Vorgründungsgesellschaft, im Namen der Vorgesellschaft oder im Namen der fertigen Gesellschaft rechtsgeschäftlich tätig, ist zu fragen, wer durch ein solches Handeln berechtigt und verpflichtet wird.

⁴⁶⁶ Siehe etwa *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 143.

⁴⁶⁷ Vgl. § 936 S 2 ABGB.

⁴⁶⁸ Zudem ist in Bezug auf die Kapitalvorgesellschaft festzuhalten, dass ein Vorvertrag im Hinblick auf den formgebundenen Abschluss der Gesellschaftsvertrages nach herrschender Meinung der für diesen gesetzlich vorgesehenen Form bedarf, siehe etwa *Geist*, Kapitalvorgesellschaft 25 f.

⁴⁶⁹ Zur Bestimmtheit vgl. nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 142 f.

⁴⁷⁰ Vgl. dazu insb. *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 69.

⁴⁷¹ *Ders.*, Gesellschaftsrecht I 69 f.

Wird ein Gesellschafter der - wie oben ausgeführt - idR als GesbR zu qualifizierenden Vorgründungsgesellschaft in deren Namen tätig und verfügt auch über entsprechende Vertretungsmacht im Namen der anderen Gesellschafter der Vorgründungsgesellschaft zu handeln, werden nach allgemeinem GesbR-Recht (vgl § 1201 ABGB) alle Gesellschafter daraus berechtigt und verpflichtet.⁴⁷² Ist die GesbR bereits unternehmerisch tätig, wird dieses Ergebnis über § 178 UGB erreicht. Dasselbe gilt, wenn ein dazu rechtsgeschäftlich bevollmächtigter Dritter das Geschäft abschließt.

Entscheidende Bedeutung kommt den Sachverhaltsvarianten zu, in denen der handelnde Gesellschafter entweder zu einem Tätigwerden im Namen (in dieser Variante) nicht unternehmerisch tätigen Vorgründungsgesellschaft nicht vertretungsbefugt ist (Variante 1)⁴⁷³ oder bereits gar im Namen der Vorgesellschaft (Variante 2) oder fertigen Gesellschaft (Variante 3) Rechtsgeschäfte vornimmt (unabhängig davon, ob es sich in Variante 2 und 3 um eine unternehmerisch oder nicht unternehmerisch tätige GesbR handelt); in den letzten beiden Varianten jeweils mit oder ohne ausreichende Vertretungsmacht.

Handelt ein nicht vertretungsbefugter Gesellschafter einer Vorgründungsgesellschaft in deren Namen und handelt es sich dabei um eine unternehmerisch tätige GesbR, greift die Vermutung der umfassenden Einzelvertretungsmacht nach § 178 S 2 UGB, sofern der Dritte vom Mangel der Vertretungsmacht nicht wusste oder wissen musste. Dies hat zur Folge, dass alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet werden. Auf diesen Fall wird weiter unten noch näher eingegangen werden.

⁴⁷² Vgl nur *Jabornegg/Resch* in Schwimann³ § 1175 Rz 20 f.

⁴⁷³ Handelt ein Dritter im Namen der Vorgründungsgesellschaft, ohne dazu rechtsgeschäftlich bevollmächtigt worden zu sein, haftet er gem § 1019 ABGB als falsus procurator, unabhängig davon, ob die Vorgründungsgesellschaft als unternehmerisch tätig einzustufen ist.

Ist die Vorgründungsgesellschaft als nicht unternehmerische GesbR zu qualifizieren (Variante 1), müsste nach allgemeinen stellvertretungsrechtlichen Regeln bei einem Handeln eines nicht vertretungsbefugten Gesellschafters mit der falsus procurator-Regel des § 1019 ABGB operiert werden und sohin das abgeschlossene Geschäft bis zu einer allfälligen Genehmigung durch die übrigen Gesellschafter der Vorgründungsgesellschaft als schwebend unwirksam betrachtet werden.

Ebenso schwebend unwirksam wären die abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, wenn sie bei einem Handeln im Namen der Vorgesellschaft (Variante 2) nicht nach Abschluss des OG- oder KG-Vertrages durch die anderen Gesellschafter der Vorgesellschaft⁴⁷⁴ oder bei einem Handeln im Namen der fertigen Gesellschaft (Variante 3) nach deren Eintragung durch die damit entstandene OG oder KG genehmigt würden.⁴⁷⁵ Da der Rechtsträger, in dessen Namen in der Variante 2 und 3 gehandelt wird, nämlich noch nicht entstanden ist, sind die abgeschlossenen Geschäfte auch dann schwebend unwirksam, wenn der handelnde Gesellschafter zu einem solchen Handeln vertretungsbefugt war. Ein Handeln im Namen eines Rechtsträgers setzt nämlich voraus, dass dieser bereits entstanden ist. Die Existenz des Rechtsträgers nach außen wird daher in einem derartigen Fall vom handelnden Gesellschafter ebenso garantiert wie das Vorliegen von Vertretungsmacht selbst.⁴⁷⁶ Freilich wird man mE annehmen müssen, dass das Einräumen von Vertretungsmacht an den Gesellschafter durch die übrigen Gesellschafter der Vorgründungsgesellschaft bereits vor Entstehen der Vorgesellschaft (durch Abschluss des OG- bzw KG-Vertrages) bzw der fertigen Gesellschaft (durch Firmenbucheintragung) im Zeitpunkt dieses Entstehens als konkludente Genehmigung aufzufassen ist, wodurch die davor geschlossenen Geschäfte unmittelbar rechtswirksam

⁴⁷⁴ Die Gesellschafter der Vorgründungsgesellschaft müssen mit jenen der Vorgesellschaft oder fertigen Gesellschaft nicht zwingend identisch sein; vgl zum Verhältnis von Vorgründungsgesellschaft einer GmbH zur (Vor)GmbH OGH GesRZ 1998, 156; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 2 Rz 7.

⁴⁷⁵ Vgl etwa *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 2 Rz 7; aA OGH in GesRZ 1998, 156; EvBl 1999/210.

⁴⁷⁶ Vgl nur *Welser*, Vertretung 189.

werden. Nichtsdestotrotz blieben die abgeschlossenen Geschäfte bis zum Entstehen der Vorgesellschaft bzw Vorgründungsgesellschaft schwebend unwirksam, was sich für den Geschäftsverkehr freilich belastend auswirken würde.

Die schwebende Unwirksamkeit der abgeschlossenen Verträge in den Varianten 1 bis 3 könnte allerdings dadurch vermieden werden, dass auch auf diese Fallgestaltungen die

§§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB angewendet werden würden, so wie der OGH etwa die Handelndenhaftung des § 2 Abs 2 GmbHG in langjähriger, nunmehr allerdings geänderter Rsp⁴⁷⁷ auch in das Stadium der Vorgründungsgesellschaft vorgezogen hat.

Die §§ 123 Abs 2 S 1 und 176 Abs 1 S 1 UGB regeln nämlich gerade ein Handeln eines Gesellschafters im Namen einer Gesellschaft, die noch nicht entstanden ist, uz dergestalt, dass sie das Handeln bereits vor Entstehen der Gesellschaft einem Rechtsträger zuordnen. Genau eine solche gesetzliche Anordnung würde auch in den Varianten 2 und 3 helfen. Die Vollmachtsvermutung der §§ 123 Abs 2 S 2 und § 176 Abs 1 S 2 UGB könnte hingegen in der Variante 1 von Nutzen sein, weil sie selbst bei fehlender oder nicht ausreichender Vertretungsmacht eines Gesellschafters alle anderen Gesellschafter berechtigen und verpflichten. Diesen werden also die Geschäfte zugeordnet und so die schwebende Unwirksamkeit verhindert, sofern der Dritte den Vollmachtsmangel weder kannte noch kennen musste.⁴⁷⁸ Diese Regelungen könnten aber neben der Zuordnungsfunktion in den Varianten 2 und 3 auch dann ihren Dienst leisten,

⁴⁷⁷ Die Handelndenhaftung des § 2 Abs 1 GmbHG hat der OGH allerdings in langjähriger Rechtssprechung auch auf jene Personen angewendet, die im Vorgründungsstadium handeln. Erst neuerdings hat der OGH in Anlehnung an einen Judikaturwechsel in Deutschland zur parallelen Problematik seine Spruchpraxis geändert und subsumiert nun ein Handeln im Stadium der Vorgründungsgesellschaft nicht mehr unter § 2 Abs 1 UGB; vgl GesRZ 1998, 156 = ecolex 1998, 636 mit Anm Fantur; EvBl 1999/210; der alten Auffassung insb unter Bezugnahme auf die Garantiefunktion der Handelndenhaftung das Wort redend *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 2 Rz 7.

⁴⁷⁸ Die Vermutung der Einzelvertretungsbefugnis nach den §§ 123 Abs 2 S 2 und 176 Abs 1 S 2 UGB bezieht sich allerdings nur auf die Gesellschafter, nicht hingegen auf rechtsgeschäftlich bevollmächtigte Dritte; vgl II.C.2.4.1.

wenn der handelnde Gesellschafter keine (ausreichende) Vertretungsmacht zum Abschluss des betreffenden Geschäftes hatte.⁴⁷⁹

Gegen die direkte Anwendbarkeit der Vorgesellschaftstatbestände der §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB spricht jedenfalls der klare Gesetzeswortlaut. So findet sich in beiden Bestimmungen in deren S 1 die insofern eindeutige Bezugnahme des Handelns der Gesellschafter auf das Stadium „nach Errichtung, aber vor Entstehung der Gesellschaft“. Als Ergebnis der systematisch-logischen Interpretation ergibt sich, dass auch die jeweils in S 2 leg cit enthaltene Vermutung der Vertretungsmacht sich auf S 1 leg cit und damit das von ihnen geregelte Vorstadium bezieht. Auch die Materialien zu § 123 UGB⁴⁸⁰ finden klare Worte. So wird *expressis verbis* auf "die Lösung des Problems der Vorgesellschaft" Bezug genommen. Aber auch in den Materialien zu § 176 UGB⁴⁸¹ findet man die ausdrückliche Bezugnahme auf das "Vorstadium der KG", während das "Vorgründungsstadium" an keiner Stelle Erwähnung findet. Die *lex-lata*-Grenze ist sohin erreicht.⁴⁸²

Aber auch für eine Anwendung *per analogiam* lässt sich mE ein passendes *telos* für das Vorziehen der Vorgesellschaftstatbestände auf das Vorgründungsstadium nicht finden, erklärt sich doch der Unterschied der rechtlichen Qualifikation von Vorgründungs- und Vorgesellschaft gerade daraus, dass erst mit dem Abschluss des OG- bzw KG-Gesellschaftsvertrages die Grundlagen für die Entstehung der OG bzw KG geschaffen werden⁴⁸³ und auch das für die Vorgesellschafter sehr strenge Vertretungsregime der §§ 123 Abs 2 und § 176 Abs 1 UGB mE erst dadurch

⁴⁷⁹ Diese Vermutung von Vertretungsmacht würde allerdings wieder nicht in den Fällen greifen, in denen ein rechtsgeschäftlich bevollmächtigter Dritter gehandelt hat.

⁴⁸⁰ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40.

⁴⁸¹ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 48.

⁴⁸² Zur *lex lata* Grenze vgl *Bydlinski*, Methodenlehre 541 f.

⁴⁸³ Vgl etwa auch zum Vorstadium der GmbH *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 2 Rz 7.

gerechtfertigt erscheint.⁴⁸⁴ Es bleibt somit bei der Haftung des Gesellschafters nach § 1019 ABGB,⁴⁸⁵ wenn er ohne (ausreichend) vertretungsbefugt zu sein, im Namen der nicht unternehmerisch tätigen GesbR gehandelt hat (Variante 1), sofern das Geschäft nicht nachträglich von den übrigen Gesellschaftern der Vorgründungsgesellschaft genehmigt wird. Ebenso richtet sich die Haftung des im Namen der Vorgesellschaft oder Vorgründungsgesellschaft handelnden Gesellschafters der Vorgründungsgesellschaft nach § 1019 ABGB (Variante 2 und 3). Dies bedeutet, dass die Geschäfte bis zur Genehmigung durch die Vorgesellschaft (richtiger: durch die Gesellschafter der Vorgesellschaft) bzw durch die fertige Gesellschaft schwebend unwirksam sind. Wurde dem handelnden Gesellschafter durch die übrigen Gesellschafter in Variante 2 und 3 (ausreichende) Vertretungsmacht zur Vornahme des betreffenden Geschäftes eingeräumt, muss dies mE aber als konkludente Genehmigung im Zeitpunkt des Entstehens der Vorgesellschaft bzw fertigen Gesellschaft betrachtet werden. Handelte er hingegen ohne (ausreichende) Vertretungsmacht und wird die Genehmigung nicht erteilt, haftet der handelnde Gesellschafter nach § 1019 ABGB wegen falsa procuratio.

Da der entscheidende Unterschied zwischen Vorgründungs- und Vorgesellschaft jener ist, dass erst mit dem Abschluss des OG- oder KG-Gesellschaftsvertrages die Grundlagen für die Entstehung der OG oder KG geschaffen werden, ist OG- oder KG-Recht auf das Stadium der Vorgründungsgesellschaft nicht anwendbar.⁴⁸⁶

2.5.3 Übergang der Rechtsverhältnisse

⁴⁸⁴ Zu den Begriffen „Errichtung“ und „Entstehung“ vgl II.C.2.4.1.2.

⁴⁸⁵ So auch *Geist/Lindner*, UGB 121, die mE allerdings unzutreffender Weise für eine analoge Anwendung von § 1019 ABGB eintreten. Dabei spricht nichts gegen eine direkte Anwendung von § 1019 ABGB auf den gegenständlichen Fall, ist dieser doch von der ratio legis des § 1019 ABGB unmittelbar erfasst.

⁴⁸⁶ So auch in Bezug auf die Vorgründungsgesellschaft zur GmbH *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (2005) § 2 Rz 50.

Aus demselben Grund kommt es mE zwischen der Vorgründungsgesellschaft und der Vorgesellschaft auch nicht zu einem ipso iure wirkenden Vermögensübergang, wie er für den Fall des Überganges des Vermögens von der Vorgesellschaft auf die entstandene Gesellschaft im Zeitpunkt der Firmenbucheintragung der Gesellschaft gem § 123 Abs 2 letzter Satz UGB vorgesehen ist.⁴⁸⁷ Vielmehr müssen Sachen übereignet, Rechte zediert und Verbindlichkeiten und Vertragsverhältnisse übernommen werden.

Wird hingegen solcherart der rechtsgeschäftliche Vermögensübergang auf die Gesellschafter der Vorgesellschaft vorgenommen, spricht mE nichts dagegen, bei späterer Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch den ex lege wirkenden Eintritt in die Rechtsverhältnisse der Vorgesellschaft auch dann zuzulassen, wenn die betreffenden Rechtsverhältnisse ursprünglich im Namen der Vorgründungsgesellschaft geschlossen wurden.

Handelt es sich bei der Vorgesellschaft um eine Vor-OG, ändert eine Übernahme der Rechtsverhältnisse von der Vorgründungsgesellschaft auf die Vorgesellschaft nichts an der Position der Gesellschafter. Diese bleiben Vertragspartner des mit dem Dritten im Namen der Vorgesellschaft geschlossenen Geschäftes und der damit einhergehenden unbeschränkten Haftung. Ebenso wenig ändert sich aber durch die rechtsgeschäftliche Übernahme der Pflichten auf die Vor-KG an der unbeschränkten Haftung auch derjenigen Gesellschafter, die als Kommanditisten in das Firmenbuch eingetragen werden sollen. Die Haftungsprivilegierung nach § 176 Abs 1 UGB findet nämlich - wie unter II.C.2.6.2.6 ausgeführt werden wird - erst für im Stadium der Vorgesellschaft abgeschlossene Rechtsgeschäfte Anwendung. Dies belegen sowohl die verba legalia als auch die Materialien zum HaRÄG 2005. Dies erscheint auch gerechtfertigt, weil erst durch den Abschluss des KG-Gesellschaftsvertrages die Grundlagen für die Entstehung

⁴⁸⁷ Vgl II.C.2.4.1.11.

der KG durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrages geschaffen werden. Wird daher ein Geschäft durch die Gesellschafter der Vorgründungsgesellschafter in deren Namen mit einem Dritten geschlossen, haftet der künftige Kommanditist auch dann unbeschränkt, wenn das Vertragsverhältnis auf die Gesellschafter der Vor-KG übertragen wird. Aber auch dann, wenn ein Gesellschafter bereits vor Abschluss des KG-Gesellschaftsvertrages ein Geschäft im Namen der (Vor-)KG schließt, haftet er unbeschränkt, weil § 176 Abs 1 UGB eben im Vorgründungsstadium noch nicht anwendbar ist.

Wird die OG oder KG in das Firmenbuch eingetragen, löst sich die Vorgründungsgesellschaft in der Regel durch Zweckerreichung gem § 1205 ABGB auf.⁴⁸⁸ Sofern das Vermögen bzw die Rechtsverhältnisse der Vorgründungsgesellschaft nicht rechtsgeschäftlich auf die OG oder KG übertragen werden, muss das Gesellschaftsvermögen aufgeteilt werden. Bereits früher erreicht die Vorgründungsgesellschaft mE ihren Zweck und löst sich daher auf, wenn der OG- oder KG-Gesellschaftsvertrag abgeschlossen und das Vermögen bzw die Rechtsverhältnisse auf die Vorgesellschaft rechtsgeschäftlich übertragen wurden.

2.6 *Die Vor-KG*

2.6.1 *Vorbemerkungen zur KG*

Auch das Recht der KG wurde durch das HaRÄG 2005 grundlegend geändert. So finden sich neben der für die Vor-KG zentralen Bestimmung des § 176 Abs 1 UGB noch weitere Neuerungen, wie etwa die Haftungsprämie des Komplementärs nach § 167 S 1

⁴⁸⁸ Vgl in Ansehung der deutschen Rechtslage *Schücking*, in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts I² (1995) § 2 Rz 29.

UGB,⁴⁸⁹ die Streichung des gewinnunabhängigen Entnahmerechts des Komplementärs,⁴⁹⁰ die nunmehr auch gesetzliche Klarstellung der Unterscheidung zwischen „Haftsumme“ und „Einlage“⁴⁹¹ oder etwa auch die Auskunftspflicht des Kommanditisten nach § 171 Abs 1 S 2 UGB, die im weiteren Verlauf dieser Arbeit noch einer eingehenden Untersuchung unterzogen werden soll⁴⁹². Hinsichtlich der der KG nunmehr expressis verbis konzidierten Rechtsfähigkeit durch die konstitutive Eintragung in das Firmenbuch sowie hinsichtlich deren nach wie vor personalistisch ausgestalteter Struktur darf auf die entsprechenden Erläuterungen zur OG verwiesen werden.⁴⁹³

Auch was die zutr Einordnung der Rechtsnatur der Vor-KG als GesbR⁴⁹⁴ anbelangt, kann auf die entsprechenden Ausführungen zur Vor-OG verwiesen werden.

2.6.2 § 176 Abs 1 UGB als Vertretungsregel

2.6.2.1 Allgemeines

Eine spezielle Bestimmung, die sich ausdrücklich mit der Regelung des Vorstadiums der KG befasst, findet sich - wie unter II.C.2.1 bereits erwähnt - in dem durch das HaRÄG 2005 umgestalteten § 176 Abs 1 UGB:

⁴⁸⁹ Siehe I.D.3.3.2.

⁴⁹⁰ Vgl I.D.3.3.3.

⁴⁹¹ Siehe dazu bereits I.D.3.5.

⁴⁹² Vgl dazu die eingehenden Ausführungen unter II.C.2.6.3.

⁴⁹³ Siehe II.C.1.1.

⁴⁹⁴ So auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB Vor §§ 161 - 177 Rz 14, vgl auch § 176 Rz 14; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/746; zweifelnd hingegen *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 1362.

„Handeln Gesellschafter oder zur Vertretung der Gesellschafter bestellte Personen nach Errichtung, aber vor Entstehung der Gesellschaft in deren Namen, so haftet der Kommanditist für die in der Zeit bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Haftsumme. Dies gilt auch dann, wenn ein handelnder Gesellschafter nicht, nicht allein oder nur beschränkt vertretungsbefugt ist, der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht aber weder kannte noch kennen musste.“

Wie bereits bei der entsprechenden Analyse des § 123 Abs 2 UGB festgestellt wurde,⁴⁹⁵ handelt es sich ebenso bei § 176 UGB um eine Vertretungsregel. Die beiden Bestimmungen verbindet gar ein identischer Tatbestand, lediglich die Rechtsfolgen divergieren. § 123 Abs 2 S 1 UGB sieht als Rechtsfolge eines Handelns im Namen der Gesellschaft eine Berechtigung und Verpflichtung aller Gesellschafter vor, während § 176 eine beschränkte Haftung des Kommanditisten bis zur Höhe seiner Haftsumme festschreibt („Haftungsprivileg“).⁴⁹⁶

Im Folgenden soll auch der Tatbestand und die Rechtsfolge des § 176 Abs 1 UGB eingehend untersucht werden, wobei in Bezug auf den Tatbestand § 123 Abs 2 UGB abweichenden normativen Gehalt vorgesehen hat. Hinsichtlich der übrigen Tatbestandsmerkmale darf auf die entsprechenden Ausführungen zur Vor-OG verwiesen werden. Dies betrifft insb die Frage, was unter „Errichtung“ und „Entstehung“ der Gesellschaft zu verstehen ist, in wessen Namen gehandelt werden muss, um § 176 Abs 1 UGB zur Anwendung zu bringen,⁴⁹⁷ die Frage zur Wirkungsweise der Vollmachtsvermutung (diesfalls nach § 176 Abs 1 S 2 UGB)⁴⁹⁸ samt Maßstab der

⁴⁹⁵ Vgl II.C.2.4.1.

⁴⁹⁶ Zu den Begriffen „Kommanditist“ und „Haftsumme“ im Vorstadium vgl II.C.2.6.2.6.

⁴⁹⁷ Siehe II.C.2.4.1.3.

⁴⁹⁸ Vgl II.C.2.4.1.5.

Gutgläubigkeit,⁴⁹⁹ Umfang der Vollmachtsvermutung⁵⁰⁰ sowie zu den Folgen, wenn dem Dritten die Unkenntnis des Vollmangels vorwerfbar ist oder er gar davon wusste⁵⁰¹. Selbiges gilt für die Frage, ob die Zustimmung der Gesellschafter zur Aufnahme der Tätigkeit Anwendungsvoraussetzung für die §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB ist.⁵⁰² Der Verweis gilt auch für den Eintritt der Gesellschaft in die vor Eintragung in ihrem Namen geschlossenen Geschäfte⁵⁰³ sowie die grundlegenden Überlegungen zum stellvertretungsrechtlichen Konzept, das der Gesetzgeber mit den durch HaRÄG 2005 eingeführten Änderungen im Stadium der Vorgesellschaft verfolgt hat.⁵⁰⁴

Den weiteren Ausführungen soll zum besseren Verständnis der Tragweite der durch das HaRÄG 2005 bewirkten Umgestaltung des Stadiums vor Eintragung der KG in das Firmenbuch ein kurzer Blick auf die bis dahin geltende Rechtslage vorangestellt werden.

2.6.2.2 Die KG vor Eintragung entsprechend der Rechtslage vor dem HaRÄG 2005

Die vor dem HaRÄG 2005 idZ relevante Regelung hatte ihren Sitz in § 176 HGB, der bis in die unmittelbare Vergangenheit für heftige Diskussion sorgte.⁵⁰⁵

⁴⁹⁹ Siehe II.C.2.4.1.6.

⁵⁰⁰ Vgl II.C.2.4.1.7.

⁵⁰¹ Siehe II.C.2.4.1.10.3.

⁵⁰² Vgl II.C.2.1.9.

⁵⁰³ Siehe II.C.2.4.1.11.

⁵⁰⁴ Siehe II.C.4.1.8.

⁵⁰⁵ Vgl nur *Koppensteiner* in Straube³ §176 Rz 2.

Nach dessen Abs 1 S 1, der allerdings aufgrund der Anordnung in Abs 1 S 2 leg cit nur für jene KG galt, die durch die Aufnahme des Betriebes eine Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs 2 HGB bereits entstanden, aber noch nicht in das Firmenbuch eingetragen waren,⁵⁰⁶ und der daher nicht die Vorgesellschaftsproblematik behandelte, haftete der Kommanditist, wenn die Gesellschaft ihre Geschäfte bereits aufgenommen hatte, unter zwei Prämissen gleich einem Komplementär unbeschränkt: Erstens musste er dem Geschäftsbeginn zugestimmt haben, widrigenfalls ihn überhaupt keine Haftung traf.⁵⁰⁷ Zweitens durfte dem Dritten die Beteiligung als Kommanditist nicht bekannt gewesen sein.⁵⁰⁸ Wusste der Dritte hingegen von der Beteiligung des Gesellschafters als Kommanditist, konnte er diesen nur noch bis zur Höhe seiner Haftsumme in Anspruch nehmen.⁵⁰⁹

Vergleichbar mit der geltenden Rechtslage, derzufolge die KG erst durch die Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch entsteht, war hingegen der Zusammenschluss zum Betrieb eines gewerblichen Unternehmens nach den §§ 2 und 3 Abs 2 HGB. Diesfalls kam der Eintragung nämlich konstitutive Wirkung zu. Die vor Eintragung der Gesellschaft bestehende Vor-KG wurde gleichfalls wie heute als GesbR qualifiziert.⁵¹⁰ Mangels einer Rechtsgrundlage, wie sie nun in § 176 Abs 1 S 1 UGB zu finden ist, wurden entsprechend allgemeinem GesbR-Recht alle Gesellschafter Vertragspartner und hafteten dementsprechend auch unbeschränkt, wenn bereits vor Eintragung im Namen der (Vor-)KG gehandelt worden war. Dies galt auch für die künftigen Kommanditisten der Gesellschaft.⁵¹¹

⁵⁰⁶ *Koppensteiner* in Straube³ § 176 Rz 4.

⁵⁰⁷ *Jabornegg* in Jabornegg § 176 Rz 11 ff.

⁵⁰⁸ Zu den Voraussetzungen des § 176 Abs 1 HGB siehe *Koppensteiner* in Straube³ § 176 Rz 4 ff.

⁵⁰⁹ *Jabornegg* in Jabornegg, HGB § 176 Rz 18 ff.

⁵¹⁰ Vgl etwa die Übersicht bei *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 431 ff.

⁵¹¹ Vgl nur *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 431.

Angesichts dessen, dass der Firmenbucheintragung für die Entstehung von OG und KG nach geltendem Recht generell konstitutive Wirkung zukommt, hätte man annehmen sollen, dass der Gesetzgeber in konsequenter Weiterführung der obigen Auffassung die künftigen Kommanditisten gleich gewöhnlichen GesbR-Gesellschaftern schulden und haften lassen würde. Es kam aber - wie bereits der obige Blick auf § 176 Abs 1 UGB zeigt - alles anders. Der künftige Kommanditist haftet auch vor konstitutiver Firmenbucheintragung nur beschränkt auf seine Haftsumme. Wie diese Anordnung zu verstehen ist und was sie für Folgefragen aufwirft, wird insb nter II.C.2.6.2.6 ausführlich untersucht werden.

2.6.2.3 „Gesellschafter“ iSd § 176 Abs 1 UGB

Zu § 123 Abs 2 S 1 UGB wurde unter II.C.2.4.1.1 das Ergebnis erzielt, dass mit dem Ausdruck „Gesellschafter“ jene Gesellschafter gemeint sind, die ausreichend vertretungsbefugt sind. In S 2 leg cit wird sodann dieser „ursprüngliche“ persönliche Anwendungsbereich der Norm auf jene Gesellschafter erstreckt, die über nicht ausreichende Vertretungsmacht verfügen, sofern der Dritte vom Vollmachtmangel nicht wusste und auch nicht wissen musste. Vor dem Hintergrund dieser Erweiterung erschließt sich die Bedeutung der Frage, ob der künftige Kommanditist auch „Gesellschafter“ iSd § 176 Abs 1 S 1 UGB ist. Da nämlich die Vermutung der Vertretungsmacht nach S 2 leg cit an den Gesellschafterbegriff des S 1 leg cit anknüpft, gilt diese nur dann für den künftigen Kommanditisten, wenn dieser auch von der Wendung „Gesellschafter“ nach S 1 leg cit umfasst ist.

Bei der Interpretation des Begriffes „Gesellschafter“ iSd § 176 Abs 1 S 1 UGB soll der Ausgangspunkt der Untersuchung beim Wortlaut der Bestimmung genommen werden. Dieser lässt mE einen ersten Hinweis erkennen. Der Gesetzgeber verwendet hier den nicht näher spezifizierten Begriff „Gesellschafter“. Geht man unvoreingenommen an den Wortlaut der Bestimmung heran, wird man darunter sowohl als Komplementäre als

auch als Kommanditisten einzutragende Gesellschafter zu verstehen haben, sind doch beide Gesellschafter der zu gründenden KG.

Zudem könnte zur Untermauerung dieser Sicht angeführt werden, dass die Bestimmung zwischen einem Handeln der „Gesellschafter“ und einem Handeln „zur Vertretung der Gesellschaft bestellter Personen“ unterscheidet. Würde man annehmen, dass lediglich künftige Komplementäre unter den Begriff „Gesellschafter“ zu subsumieren sind, wäre dies ein Ausdruck terminologischer Inkonsequenz des Gesetzgebers. Bei Annahme einer solchen gesetzgeberischen Intention wäre es nämlich klarer und stringenter von einem Handeln der „Komplementäre“ (genauer „als Komplementär einzutragender Gesellschafter“) und „zur Vertretung der Gesellschaft bestellter Personen“ zu sprechen, da die künftigen Kommanditisten damit ohnehin in der Wendung „zur Vertretung der Gesellschaft bestellter Personen“ Platz finden würden. Denn rechtsgeschäftlich können sie jedenfalls als Vertreter bestellt werden.⁵¹²

Die bisher erzielte Interpretationsrichtung hätte daher zur Folge, dass auch die Vollmachtsvermutung des § 176 Abs 1 S 2 UGB, der normiert, dass die beschränkte Haftung auch dann gilt, wenn ein handelnder Gesellschafter nicht, nicht allein oder nur beschränkt vertretungsbefugt ist, sofern der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht weder kannte noch kennen musste, auf das Handeln eines künftigen Kommanditisten Anwendung findet. Denn unter systematisch-logischen Gesichtspunkten liegt es me nahe, den in zwei einander unmittelbar folgenden Sätzen verwendeten Terminus „Gesellschafter“ dasselbe Begriffsverständnis beizulegen;⁵¹³ dies insb auch vor dem Hintergrund, dass der Wendung „Gesellschafter“ in S 2 das Epitheton „handelnde“ beigefügt wurde und somit der direkte Konnex zu den „handelnden Gesellschaftern“ des S 1 hergestellt wird.

⁵¹² Vgl nur *Schörghofer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/831.

⁵¹³ Vgl hingegen zum unterschiedlichen Bedeutungsgehalt der Begriffe „Gesellschaft“ in § 176 Abs 1 S 1 UGB II.C.2.6.2.6.

Schließlich spricht aber mE gegen die Subsumtion des künftigen Kommanditisten unter den Begriff „Gesellschafter“ iSd § 176 Abs 1 UGB die ratio legis der Vollmachtsvermutung, die in den Materialien zu § 123 Abs 2 S 2 UGB⁵¹⁴ Ausdruck gefunden hat. Demnach soll „aus Verkehrsschutzgründen angenommen werden, dass der Gesellschafter - wie bei einer bereits eingetragenen Gesellschaft - schon aufgrund seiner Gesellschafterstellung vertretungsbefugt sein soll“. Wenn die Vertretungsmacht des handelnden Gesellschafters der eingetragenen Gesellschaft als Vermutung vorweggenommen werden soll, so lässt sich die Vermutung der Einzelvertretungsbefugnis - gleich dem OG-Gesellschafter - nur auf den Komplementär umlegen. Für den künftigen Kommanditisten sieht die Situation allerdings anders aus. Da der Kommanditist in § 170 UGB von der Vertretungsmacht explizit ausgeschlossen ist, ist es mE auch nicht gerechtfertigt, im Vorstadium Vertretungsmacht zu vermuten. Die Vollmachtsvermutung gilt daher nicht auch für den künftigen Kommanditisten.⁵¹⁵ Aufgrund des systematischen Zusammenhanges von § 176 Abs 1 S 2 und S 1 UGB lässt sich daher auch ein Rückschluss auf die Auslegung des S 1 leg cit ziehen. Der Begriff „Gesellschafter“ in S 1 leg cit ist demnach mE restriktiv iS von „vertretungsbefugte Gesellschafter, die Komplementäre sind“ (oder noch exakter: „vertretungsbefugte Gesellschafter, die als unbeschränkt haftende Gesellschafter in das Firmenbuch einzutragen sind“) auszulegen.⁵¹⁶

Auf welcher Grundlage die Vertretungsmacht beruht, ist - wie auch bei der Vor-OG - für die Frage der Anwendbarkeit von § 176 Abs 2 UGB nicht entscheidend. Ungeachtet dessen, ist aber sehr wohl zu fragen, inwiefern künftige Komplementäre und allenfalls

⁵¹⁴ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40.

⁵¹⁵ AA *Keinert*, Unternehmensrecht Rz 161; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 1362.

⁵¹⁶ So im Ergebnis auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB §§ 161 - 177 Rz 14; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 1361; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/749.

auch künftige Kommanditisten im Rahmen der als GesbR zu qualifizierenden Vor-KG auch vertretungsbefugt sind.

2.6.2.4 *Die Vertretungsmacht von Komplementären und Kommanditisten*

Zunächst ist zu fragen, ob die Gründungsgesellschafter die Vertretungsmacht für das Vorstadium im Gesellschaftsvertrag geregelt haben. Ist dies der Fall, verlangt die entsprechende Regelung Geltung.

Wurde die Aufnahme einer Regelung hingegen unterlassen, ist grs auf die Vertretungsregeln des GesbR-Rechts zurückzugreifen, da die Vor-KG als nicht rechtsfähige Außen-GesbR zu qualifizieren ist. Das Vertretungsrecht der GesbR basiert auf § 1201 ABGB und richtet sich, wie unter II.C.2.4.1.4 ausführlich dargelegt, nach dem Umfang der Geschäftsführungsbefugnis. IZ decken sich daher Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht.⁵¹⁷ Es ist daher als nächstes zu klären, welche Rechtsquelle für die Bestimmung des Geschäftsführungsbefugnis, die zum Innenverhältnis der Gesellschaft ressortiert,⁵¹⁸ maßgebend ist.

Bereits zur Situation bei der Vor-OG wurde ausführlich dargelegt,⁵¹⁹ welche Hierarchie die für das Innenverhältnis unter den Gründungsgesellschaftern bestimmenden Rechtsquellen einnehmen. Dementsprechend genießen zunächst die im Gesellschaftsvertrag getroffenen Regelungen zum Gründungsstadium Vorrang. Wurden solche nicht getroffen oder regeln sie den in Frage stehenden Sachverhalt nicht kommen jene Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags zur Anwendung, die zur anstehenden Frage vom Recht der OG oder KG abweichende Regelungen vorsehen. Lassen sich auch

⁵¹⁷ Vgl auch Nowotny in Kalss/Schauer/Nowotny, Gesellschaftsrecht Rz 2/52.

⁵¹⁸ Vgl etwa Rawert in MünchKomm HGB § 114 Rz 6 f.

⁵¹⁹ Siehe II.C.2.3.

solche Bestimmungen nicht finden, greift das OG- oder KG-Recht. Konnte unter Heranziehung dieser Rechtsquellen noch keine befriedigende Antwort gefunden werden, sind die dispositiven Regelungen über die GesbR anzuwenden.⁵²⁰

Wurden demgemäß keine Regelungen zur Geschäftsführung im Gründungsstadium oder über vom KG-Recht abweichende Bestimmungen für den Zeitraum nach Firmenbucheintragung getroffen, so ist nach dem oben Gesagten anzunehmen, dass es dem hypothetischen Parteiwillen der Gründungsgesellschafter entsprechen wird, auf das Innenverhältnis bereits im Vorstadium das Recht der fertigen Gesellschaft anzuwenden.⁵²¹

Die Geschäftsführungsbefugnis ist für Komplementäre und Kommanditisten unterschiedlich geregelt. Für die Komplementäre finden sich die entsprechenden Bestimmungen gem § 161 Abs 2 UGB in den §§ 114 bis 117 UGB. Hiernach sieht das Gesetz als Regelfall die Geschäftsführung aller Komplementäre vor (vgl § 114 Abs 1 UGB). Aus dem systematischen Zusammenhang mit § 115 Abs 1 UGB wird klar, dass der Gesetzgeber vom Prinzip der Einzelgeschäftsführung ausgeht.⁵²² Jeder Komplementär ist befugt alle Handlungen, die Geschäftsführungsmaßnahmen sind, alleine vorzunehmen, er bedarf nicht der Zustimmung oder Mitwirkung der übrigen Gesellschafter. Er ist auch nicht weisungsgebunden.⁵²³ Eingeschränkt ist diese Einzelgeschäftsführungsbefugnis freilich durch das Recht der anderen geschäftsführenden Gesellschafter zur Erhebung eines Widerspruches nach § 115 Abs 2 HS 2 UGB.⁵²⁴ Zum Zweck des Schutzes des nicht geschäftsführenden Gesellschafters beschränkt sich die Geschäftsführungsbefugnis gem § 116 Abs 1 UGB

⁵²⁰ So auch *Schauer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/207.

⁵²¹ *Ders* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/207.

⁵²² Siehe etwa *Rawert* in MünchKomm HGB § 114 Rz 17.

⁵²³ Zutr *Rawert* in MünchKomm HGB § 115 Rz 5.

⁵²⁴ Siehe *dens* in MünchKomm HGB § 115 Rz 1.

auf gewöhnliche Geschäfte, während für außergewöhnliche Geschäfte ein Beschluss sämtlicher Gesellschafter notwendig ist (§ 116 Abs 2 UGB).⁵²⁵

Kommanditisten sind hingegen gem § 164 UGB von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen.⁵²⁶ Dies liegt darin begründet, dass Kommanditisten mehr als Kapitalgeber betrachtet wird, denn als Teilhaber an den Geschäften der KG.⁵²⁷ Lediglich für den Bereich außergewöhnlicher Geschäftsführung ist ein Beschluss sämtlicher Gesellschafter, d.h. auch der Kommanditisten, erforderlich; dies wird von der hA⁵²⁸ angenommen, obgleich der Gesetzeswortlaut eher in Richtung eines Widerspruchrechts deutet.⁵²⁹

Für die gegenständliche Frage bedeutet dies nun Folgendes:

Dem Grundsatz in § 1201 ABGB folgend, dass sich Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht iZ decken, bedeutet dies, dass die künftigen Komplementäre über Einzelvertretungsmacht für jene Geschäfte verfügen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens nicht hinausgehen, sofern kein anderer als unbeschränkt haftender Gesellschafter Widerspruch gegen die Geschäftsführungsmaßnahme erhoben hat. Zur wirksamen Vertretung in außergewöhnlichen Geschäften bedarf es eines vorausgehenden Beschlusses sowohl der künftigen Komplementäre als auch der künftigen Kommanditisten. Liegt ein solcher Beschluss sämtlicher Gesellschafter vor, ist jeder künftige Komplementär auch bei außergewöhnlichen Geschäften einzelvertretungsbefugt. Dies muss aber nach dem oben Gesagten dann auch für den

⁵²⁵ Vgl etwa *Jickeli* in MünchKomm HGB § 116 Rz 2.

⁵²⁶ Dies gilt aber nicht für Grundlagengeschäfte; so bereits *Kastner/DoraltNowotny*, Gesellschaftsrecht³ 144.

⁵²⁷ So etwa *Schörghofer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/767.

⁵²⁸ Vgl nur *U. Torggler/Kucska* in Straube³ § 164 mwN.

⁵²⁹ *Schörghofer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/774.

künftigen Kommanditisten gelten.⁵³⁰ Freilich wird aber mE der Regelfall sein, dass dem hypothetischen Parteiwillen der Gründungsgesellschafter besser entsprechen wird, dass dem künftigen Kommanditisten ebenso wie nach dem Entstehen der KG keine organschaftliche Vertretungsmacht keine organschaftliche Vertretungsmacht, uz auch nicht für außergewöhnliche Geschäfte zukommen wird.

Ein Schutzbedürfnis des Rechtsverkehrs daran, dass ein künftiger Kommanditist nicht über organschaftliche Vertretungsmacht verfügt und durch ein entsprechendes Handeln daher auch nicht den Eindruck erwecken kann, unbeschränkt zu haften, besteht nicht. Rechtsgeschäftlich kann der künftige Kommanditist nämlich auch für gewöhnliche Geschäfte bevollmächtigt werden. Dass der Rechtsverkehr aber zwischen rechtsgeschäftlicher und organschaftlicher Vollmacht unterscheidet, trifft wohl kaum zu. Tritt er im Übrigen wie ein unbeschränkt haftender Gesellschafter auf, haftet er nach Rechtsscheingrundsätzen auch wie ein solcher, dh unbeschränkt.⁵³¹

Da der künftige Kommanditist trotz Stellung als Gesellschafter der als GesbR zu qualifizierenden Vor-KG von der Geschäftsführung für gewöhnliche Geschäfte ausgeschlossen ist, kommt ihm insofern entsprechend den obigen Ausführungen auch keine Vertretungsmacht im Vorstadium zu. Dies deckt sich auch mit dem Modellbild des Kommanditisten nach Entstehung der KG, demzufolge der (künftige) Kommanditist lediglich kapitalistisch an der KG beteiligt ist und sich daher in das „tägliche Geschäft“ nicht einzumischen hat. Anderes soll mE eben nur dann gelten, wenn es sich um außergewöhnliche Geschäfte handelt, aber auch nur dann, wenn der hypothetische Parteiwillen nichts anderes ergibt.

⁵³⁰ Auch in diesem Fall ist der künftige Kommanditist entsprechend den unter II.C.2.6.2.3 getroffenen Ausführungen nur „eine zur Vertretung der Gesellschaft bestellte Person“ iSd § 176 Abs 1 S 1 UGB; die Vollmachtsvermutung nach S 2 leg cit gilt für ihn daher auch in diesem Fall nicht.

⁵³¹ Vgl idZ auch *Grunewald* in MünchKomm HGB § 170 Rz 10.

Dieses Ergebnis erscheint auch sachgerecht. So verläuft die sachliche Rechtfertigung an der Bruchlinie des vom Gesetzgeber angeordneten Vorziehens des für den Kommanditisten bestimmenden Haftungsrechts in das Stadium der Vorgesellschaft. Aus dem vorgezogenen Haftungsprivileg des künftigen Kommanditisten resultiert nämlich ein Schutzbedürfnis der als Komplementäre einzutragenden Gesellschafter dahingehend, sie davor zu bewahren, dass die als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafter - unter der Hypothese, diese verfügten im Vorstadium der KG bereits über organschaftliche Vertretungsmacht für gewöhnliche Geschäfte - die Haftung der künftigen Komplementäre in einem umfassenden Ausmaß herbeiführen können.

Dieses Schutzbedürfnis der Komplementäre wurde im Schrifttum auch schon im Rahmen der Untersuchung von § 170 HGB - nunmehr § 170 UGB - für die Zeitpunkt nach dem Entstehen der KG erkannt.⁵³² Zutr wurde gesagt, dass diese Gefahr aber nicht ausschließlich von den Kommanditisten ausgeht, sondern auch alle rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter die umfassende Haftung der künftigen Komplementäre auslösen können. Daher geht es nach richtiger Ansicht nicht um eine Beschränkung der Vertretungsmacht der künftigen Kommanditisten. Vielmehr ist von einer Festelegung der Mindestrechte der als Komplementäre einzutragenden Gesellschafter auszugehen.⁵³³ So wird der Norminhalt von § 170 heute verstanden.

Dieses Schutzbedürfnis der künftigen Komplementäre stellt sich im Vorstadium hingegen nicht. Mangels Teilhabe an der gewöhnlichen Geschäftsführung kommt den künftigen Kommanditisten im Vorstadium auch keine organschaftliche Vertretungsmacht zu. Im Bereich außergewöhnlicher Geschäfte verügen sie zwar den obigen Darlegungen folgend über organschaftlicher Vertretungsmacht; dies allerdings nur dann, wenn zuvor ein entsprechender Beschluss sämtlicher Gesellschafter zustande gekommen ist und sich

⁵³² Vgl nur *dens* in MünchKomm HGB § 170 10 ff.

⁵³³ So *ders* in MünchKomm HGB § 170 10 ff.

aus dem hypothetischen Parteiwillen nicht anderes ergibt. Überschreitet der Kommanditist hingegen seine sich im Rahmen des Gesellschafterbeschlusses bewegende Vollmacht, haftet er wegen *falsa procuratio*, da die Vollmachtsvermutung des § 176 Abs 1 S 2 UGB für ihn nicht gilt.⁵³⁴ Die übrigen Gesellschafter werden aus einem solchen missbräuchlichen Verhalten nicht verpflichtet.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen zeigt sich, dass die Gefahrensituation für die Komplementäre, so wie sie § 170 UGB nach nunmehriger Ansicht vor Augen hat, im Vorstadium für die als unbeschränkt haftenden Gesellschafter nicht besteht. Daher ist mE mangels Vorliegens einer Regelungslücke eine analoge Anwendung von § 170 UGB, wie sie von einigen Autoren⁵³⁵ vertreten wird, abzulehnen.

Unbenommen bleibt freilich die Möglichkeit, dem beschränkt haftenden Gesellschafter durch Bevollmächtigung Vertretungsmacht einzuräumen. Wurde im KG-Gesellschaftsvertrag vereinbart, dass der künftige Kommanditist nach Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch vertretungsbefugt sein soll, muss dies mE iZ auch schon für das Stadium der Vorgesellschaft gelten. Dann ist nämlich anzunehmen, dass das gesetzliche „Leitbild“ des Kommanditisten im konkreten Fall den Ansprüchen der Gesellschafter nicht gerecht wird und insofern anzupassen ist.⁵³⁶

⁵³⁴ Vgl II.C.2.6.2.3.

⁵³⁵ Vgl *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 1361; vgl auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB Vor §§ 161 - 177 Rz 14; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/749.

⁵³⁶ Vgl *U. Torggler* in *FS Krejci* 954.

2.6.2.5 Die Rechtsfolge des § 176 Abs 1 S 1 UGB und das Verhältnis von § 123 Abs 2 S 1 UGB zu § 176 Abs 1 S 1 UGB

Ebenso stellt sich ganz grundlegend die Frage nach dem Verhältnis von § 123 Abs 2 UGB zu § 176 Abs 1 UGB, insb hinsichtlich einer allfälligen Verpflichtung des künftigen Kommanditisten als Vertragspartner bei einem Handeln im Namen der Gesellschaft noch vor deren Eintragung in das Firmenbuch. Während nämlich die Vertretungsregel des § 123 Abs 2 UGB als Rechtsfolge Zurechnungssubjekte zu den abgeschlossenen Rechtsgeschäften zur Verfügung stellt, denen die im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäfte zugeordnet werden, legt die Vertretungsregel des § 176 Abs 1 UGB rechtsfolgenseitig lediglich fest, dass der als Kommanditist einzutragende Gesellschafter beschränkt haftet. Die entscheidende Frage kulminiert nun darin, ob § 176 Abs 1 S 1 UGB als *lex specialis* im Verhältnis zu § 123 Abs 2 S 1 UGB zu qualifizieren ist und diesen in Bezug auf den künftigen Kommanditisten gänzlich verdrängt, sodass letzterer lediglich beschränkt auf die Höhe seiner Haftsumme haftet und nicht Vertragspartner der mit Dritten abgeschlossenen Geschäfte wird, oder ob § 123 Abs 2 UGB lediglich derart verdrängt wird, dass er sehr wohl Vertragspartner wird und die Rechtsfolge des § 176 Abs 1 UGB lediglich die konkrete Ausgestaltung der Verpflichtung determiniert.

Grs ist davon auszugehen, dass sofern im Zweiten Abschnitt des Zweiten Buches des UGB über die KG nicht Besonderes geregelt ist, die Bestimmungen des ersten Abschnittes über die OG auch auf die KG Anwendung finden (vgl § 161 Abs 2 UGB). Prima facie könnte man daher in obiger Frage zu der Ansicht gelangen, dass § 176 Abs 1 UGB § 123 Abs 2 UGB komplett verdrängen müsste, ist doch der Tatbestand der beiden Normen identisch, während sich die Rechtsfolge letzterer Bestimmung speziell auf den Kommanditisten bezieht und nicht generell auf alle Gesellschafter, wie dies § 123 Abs 1 S 1 UGB tut. Wenn wortgleiche Tatbestände unterschiedliche Rechtsfolgen vorsehen, liegt es nahe, dass die engere die weitere auch gänzlich verdrängt.

Doch darf dabei mE nicht außer Acht gelassen werden, dass das Regelungsanliegen der in den beiden Bestimmungen angeordneten Rechtsfolgen unterschiedliche Aspekte des Rechtsverhältnisses des Dritten mit den Gesellschaftern betrifft. Der Normzweck des § 123 Abs 2 S 1 UGB besteht, wie bereits mehrfach erwähnt, im Zur-Verfügung-Stellen eines Rechtsträgers, dem die im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäfte im Vorstadium zugerechnet werden können. Die Materialien zu § 123 UGB⁵³⁷ sprechen hier eine eindeutige Sprache (arg solche Geschäfte sollen „den Gesellschaftern selbst als Mitunternehmer zugerechnet werden“). Es sollen also primär Vertragspartner zur Verfügung gestellt werden, denen diese ansonst schwebend unwirksamen Geschäfte zugerechnet werden können. Die Frage nach der konkreten Ausgestaltung der Verpflichtung (und Berechtigung) der Gesellschafter war dem Gesetzgeber bei § 123 Abs 2 UGB mE nachrangiges Regelungsanliegen. Sie findet in den verba legalia des § 123 Abs 2 UGB daher auch nicht unmittelbaren Niederschlag. Vielmehr ergibt sich die Antwort auf die Frage, wie die Verpflichtung der Gesellschafter einer Vor-OG und damit zusammenhängend deren Haftung konkret aussehen sollen, lediglich mittelbar aus den Materialien zu § 123 UGB.⁵³⁸ Diese sprechen davon, dass „sich an der Haftung der Gesellschafter durch den Übergang von der Vorgesellschaft zur Gesellschaft nichts ändert“.⁵³⁹

Der Normzweck des § 176 Abs 1 S 1 UGB auf der anderen Seite bezieht sich hingegen ausschließlich auf die Haftungsfrage. Dies bestätigen auch die Materialien zu § 176 UGB⁵⁴⁰, wenn sie explizit festhalten, „den Kommanditisten im Vorstadium der KG nicht anders haften zu lassen, als es ein Gläubiger auch nach Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch erwarten darf“. Diese unterschiedliche Normzweckausrichtung kommt

⁵³⁷ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40.

⁵³⁸ Vgl EBRV 1058 BlgNR 22. GP 40 f.

⁵³⁹ Vgl II.C.2.4.1.10.1.

⁵⁴⁰ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 48.

mE auch in den Überschriften zu den beiden Bestimmungen deutlich zum Ausdruck. Während § 123 UGB die Überschrift „Entstehung der Gesellschaft“ vorangestellt ist und damit der Bedeutungsgehalt der Bestimmung sehr generellen, programmatischen Charakter erfährt, wird § 176 UGB mit der Überschrift „Haftungsumfang vor Eintragung der Gesellschaft“ betitelt, was als Ausdruck eines punktuellen, spezifischen Anwendungsbereiches verstanden werden kann.

Wenn der Gesetzgeber in § 176 Abs 1 UGB ausspricht, dass der als Kommanditist einzutragende Gesellschafter mit dem auf die Höhe der Haftsumme beschränkten Betrag haften soll, wollte er mE damit aber keinerlei Aussage über die Stellung des künftigen Kommanditisten als Vertragspartner des Dritten für die mit diesem abgeschlossenen Geschäfte im Namen der Gesellschaft treffen. Für die Frage nach der Stellung als Vertragspartner bleiben meiner Ansicht nach die §§ 161 Abs 2 iVm 123 Abs 2 S 1 UGB bestimmend. Demnach werden alle Gesellschafter einer als KG in das Firmenbuch einzutragenden Gesellschaft Vertragspartner des Dritten.

Während aber die zukünftigen Komplementäre unbeschränkt und solidarisch verpflichtet werden und damit auch solidarisch haften,⁵⁴¹ ist die Leistung, zu der der künftige Kommanditist kraft gesetzlicher Anordnung dem Vertragspartner gegenüber verpflichtet ist, seine Haftung bis zur Höhe der Haftsumme. Daraus kann vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen nur der Rückschluss abgeleitet werden, dass der als Kommanditist einzutragende Gesellschafter - eine Stufe zuvor angesetzt - auch nur beschränkt auf seine Haftsumme schulden soll. Dies kann allerdings nur dann gelten, wenn sich die Gesellschafter im Namen der Gesellschaft zu einer Geldleistung verpflichtet haben. Besteht die vertragliche Verpflichtung demgegenüber etwa in einer Sach- oder Dienstleistung oder in einem anderen Verhalten, kann die gesetzliche Anordnung in § 176 Abs 1 S 1 UGB nur so verstanden werden, dass die Verpflichtung

⁵⁴¹ Vgl II.C.2.4.1.10.1.

des künftigen Kommanditisten in der Haftung bis zur Höhe seiner Haftsumme besteht, wenn die primäre Leistungsverpflichtung durch die künftigen Komplementäre verletzt wird und der Dritte Ersatz verlangt. Diesfalls ist die Haftung des künftigen Kommanditisten freilich nicht mehr primär, so wie sie nach Firmenbucheintragung besteht.⁵⁴² Unabhängig von der Art der geschuldeten Leistung, ist festzuhalten, dass das Gesetz in jedem Fall den Vertragsinhalt in Bezug auf den künftigen Kommanditisten festlegt, sofern freilich nichts anderes mit dem Dritten vereinbart wurde.

Mitunter mag gegen die hier vertretene Auffassung vorgebracht werden, dass es nicht sachgerecht erscheine, dass der künftige Kommanditist aus den vor Firmenbucheintragung im Namen der Gesellschaft geschlossenen Geschäften berechtigt und verpflichtet werden soll, obwohl er von der Geschäftsführung mit Ausnahme des Bereichs außergewöhnlicher Geschäfte und damit von der Vertretung ausgeschlossen ist. Dieses Argument greift allerdings nicht. Es ist keine Seltenheit, dass auch bei einer gewöhnlichen GesbR ein Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag von der Geschäftsführung und damit auch von der Vertretung ausgeschlossen ist. Niemand würde aber diesfalls anzweifeln, dass auch dieser Gesellschafter Vertragspartner der unter gemeinsamer Geschäftsbezeichnung abgeschlossenen Geschäfte wird.

Da der Gesetzgeber in § 176 Abs 1 UGB allerdings keine besondere Regelung über die Ausgestaltung der Berechtigung des als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafters trifft, gilt mE das oben zu Berechtigung der Gesellschafter einer Vor-OG Ausgeführte. Forderungen der Gesellschafter einer Vor-KG, uz sowohl hinsichtlich der künftigen Komplementäre als auch Kommanditisten, sind daher Gesamthandforderungen.⁵⁴³ Diese Qualifikation als Gesamthandforderung, welche bei

⁵⁴² Vgl zur Haftung des Kommanditisten nur *Schörghofer* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 2/834.

⁵⁴³ Vgl auch II.C.2.1.10.2.

einer gewöhnlichen GesbR in der Lehre teils auf Kritik gestoßen ist,⁵⁴⁴ scheint im Falle einer Vor-KG aber umso gerechtfertigter. Wird doch dadurch verhindert, dass der als Kommanditist einzutragende Gesellschafter, obwohl er lediglich beschränkt auf seine Haftsumme in Anspruch genommen werden kann und dessen Gefahr zur Haftung herangezogen zu werden, daher beschränkt bzw zu jedem Zeitpunkt durch ihn kalkulierbar ist, Gesellschaftsforderungen einziehen kann und den anderen Gesellschaftern auf diesem Wege Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung deren unbeschränkter Verpflichtung möglicherweise dauerhaft verloren geht.⁵⁴⁵

Für die hier vertretene Auffassung spricht im Übrigen ein weiteres gewichtiges Argument. Diejenigen, die nämlich wie *Krejci*⁵⁴⁶ den als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafter nicht Vertragspartner werden lassen, müssen zudem etwa bei jenen Vor-KG in Argumentationsnotstand geraten, bei der nur ein Komplementär beteiligt ist.⁵⁴⁷ Denn nach dieser Ansicht müsste ein Handeln im Namen der fertigen Gesellschaft, die im Innenverhältnis bereits durch Abschluss des Gesellschaftsvertrages errichtet worden ist, im Außenverhältnis lediglich den als Komplementär einzutragenden Gesellschafter verpflichten. Er wird alleiniger Vertragspartner. Damit aber wäre die Vorgesellschaft keine Gesellschaft mehr. Dass dies weder mit dem Wortlaut der Bestimmung des § 176 Abs 1 S 1 UGB, der unter dem in der Rechtsfolge verwendeten

⁵⁴⁴ Vgl etwa in jüngerer Zeit *Riedler*, Gesellschaftskompetenz bei Forderungen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 1203 S 2 ABGB), JBl 1999, 638.

⁵⁴⁵ Etwa weil der Wert der Forderung im Vermögen des künftigen Kommanditisten nicht mehr vorhanden und dieser insolvent ist.

⁵⁴⁶ *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 176 Rz 5.

⁵⁴⁷ Diesen Einwand bringen zutr Weise auch *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 438; hingegen ist ihr an selbiger Stelle getroffenes Argument für die Stellung als Vertragspartner, dass die Kommanditisten ja auch an der Errichtung als Vertragspartner beteiligt waren, mE nicht nachvollziehbar, da er mit der Frage der vertraglichen Berechtigung und Verpflichtung der zukünftigen Kommanditisten bei Verträgen mit Dritten nichts zu tun hat.

Begriff „Gesellschaft“ die Vorgesellschaft (als Außen-GesbR)⁵⁴⁸ versteht, noch dem vom HaRÄG 2005 verfolgten Konzept der Vorgesellschaft entspricht, liegt mE auf der Hand.

Im Lichte dieser Ausführungen muss oben aufgeworfene Frage nach dem Verhältnis zwischen den §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB mE so beantwortet werden, dass § 176 Abs 1 UGB sehr wohl *lex specialis* im Verhältnis zu § 123 Abs 1 UGB ist, die Bestimmung des § 123 Abs 1 UGB allerdings nicht die generelle Anordnung aller Gesellschafter als Vertragspartner verdrängt, sondern lediglich die Verpflichtung präzisiert.⁵⁴⁹

2.6.2.6 *Das Haftungsprivileg des künftigen Kommanditisten nach § 176 Abs 1 S 1 UGB*

Da durch die Einführung des HaRÄG 2005 der Firmenbucheintragung generell konstitutive Wirkung für die Entstehung der KG verliehen wurde (vgl §§ 160 Abs 2 iVm 123 Abs 2 UGB), würde man in konsequenter Weiterführung der oben unter II.C.2.6.2.5 gemachten Ausführungen zur Rechtslage vor dem HaRÄG 2005, wonach die künftigen Kommanditisten als „gewöhnliche“ Gesellschafter einer GesbR zu beurteilen waren, zu einer unbeschränkten Haftung des als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafters der als Vor-KG fungierenden GesbR gelangen.⁵⁵⁰ Doch der Gesetzgeber hat sich für die entgegengesetzte Lösung entschieden und sieht in § 176 Abs 1 S 1 UGB indes vor, dass ein Handeln der Gesellschafter oder zur Vertretung der Gesellschaft bestellter Personen nach Errichtung, aber vor Entstehung der Gesellschaft in deren Namen, zu einer beschränkten Haftung der (künftigen) Kommanditisten bis zur Höhe der Haftsumme für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten führt. Allerdings bleibt eine

⁵⁴⁸ Vgl II.C.2.2.

⁵⁴⁹ So im Ergebnis wohl auch Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth, Gesellschaftsrecht Rz 1361.

⁵⁵⁰ Vgl nur Roth/Fitz, Unternehmensrecht² Rz 431.

mögliche Rechtsscheinhaftung des als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafters für den Fall, dass er wie ein (künftiger) Komplementär auftritt, davon unberührt.⁵⁵¹

Die Wendung „bis zur Höhe seiner Haftsumme“ in § 176 Abs 1 S 1 UGB mutet insofern seltsam an, als das UGB in der zentralen Bestimmung zum Haftungsregime des Kommanditisten in § 171 S 1 UGB festlegt, dass die beschränkte Haftung nur dann eintritt, wenn sie im Firmenbuch eingetragen worden ist. Der in § 176 Abs 1 UGB verwendete Begriff der „Haftsumme“ für die Zeitspanne der Vorgesellschaft muss mangels Firmenbucheintragung daher zumindest *prima facie* ein anderer sein. Was der Gesetzgeber unter „Haftsumme“ idZ versteht, lässt sich aus den Gesetzesmaterialien⁵⁵² erschließen. Dort heißt es, dass es wesentlich sachgerechter sein soll, „den Kommanditisten im Vorstadium der KG nicht anders haften zu lassen, als es ein Gläubiger auch nach Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch erwarten darf“. Damit soll das haftungsrechtliche Konzept der KG in das Stadium der Vor-KG vorgezogen werden. Der Begriff „Haftsumme“ bezieht sich daher doch auf jenen Betrag, der in der Regel⁵⁵³ im Gesellschaftsvertrag als in das Firmenbuch einzutragende Haftsumme enthalten sein wird.⁵⁵⁴ Sohin ist der Begriffsinhalt der Wendung „Haftsumme“ in beiden Bestimmungen identisch, lediglich dass die Haftsumme nach § 176 Abs 1 UGB noch nicht im Firmenbuch eingetragen sein kann und sich daher aus dem Gesellschaftsvertrag erschließt.⁵⁵⁵

⁵⁵¹ So ausdrücklich die EBRV 1058 BlgNR 22. GP 48.

⁵⁵² Vgl die EBRV 1058 BlgNR 22. GP 48.

⁵⁵³ Zu der Fallvariante, dass die Haftsumme im Gesellschaftsvertrag nicht geregelt wurde, vgl II.C.2.6.3.13.6.

⁵⁵⁴ So auch *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 432.

⁵⁵⁵ Zu allfälligen Änderungen im Betrag der Haftsumme im Vorstadium vgl II.C.2.6.3.13.3.

Ebenso inkonsistent ist die in § 176 Abs 1 UGB verwendete Terminologie, wenn der Gesetzgeber in dessen S 1 ein „Handeln im Namen der Gesellschaft“ verlangt. Damit ist, wie unter II.C.2.4.1.3.2 (zur Vor-OG) erläutert, zunächst ein Tätigwerden im Namen der KG angesprochen. Hingegen wird aE des S 1 mit den „Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Höhe der Haftsumme“ auf die Vor-KG rekuriert.⁵⁵⁶ Damit wird in einem Satz zweimal das Wort „Gesellschaft“ verwendet, diesem aber jeweils unterschiedlicher Bedeutungsgehalt zugemessen.

Auch zu dem vom Gesetzgeber verwendeten Terminus „Kommanditist“ im Stadium der Vorgesellschaft muss angemerkt werden, dass der als beschränkt haftend einzutragende Gesellschafter erst mit dieser Eintragung Kommanditist wird. Wenn § 176 Abs 1 UGB daher bereits vor der Firmenbucheintragung von „Kommanditisten“ spricht, ist dies in einem eher untechnischen Sinn zu verstehen.⁵⁵⁷

2.6.2.7 *Entfall der Haftung durch Leistung der Pflichteinlage*

Spinnt man den Gedanken, das KG-Haftungskonzept vorzuziehen, konsequent zu Ende, müsste eine auf die Haftsumme bereits geleistete Einlage die Haftung in entsprechendem Ausmaß zum Erlöschen bringen (vgl § 171 Abs 1 S 1 UGB). Ist doch der entscheidende Aspekt der Haftungskonzeption der KG, dass der Kommanditist nur im Umfang des in der Haftsumme ausgedrückten Betrages haftet, wobei die Haftung durch Leistung der Pflichteinlage oder Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern in Höhe der Haftsumme entfällt („duales Schutzsystem“).⁵⁵⁸ Mit Blick auf das

⁵⁵⁶ Vgl auch *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 434.

⁵⁵⁷ Ebenso *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 432.

⁵⁵⁸ So *Wiedemann*, JZ 1986, 855 f; vgl auch *Koppensteiner* in *Straube*³ § 171 Rz 7; *K. Schmidt*, in *MünchKomm HGB* §§ 171, 172 Rz 41 ff; *Neubauer* in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts II KG* (1991) § 27 Rz 18.

Nebeneinander der gesellschaftsvertraglichen Verpflichtung des Kommanditisten zur Einlageleistung und seiner (Außen-)Haftung gegenüber den Gläubigern der Kommanditgesellschaft lässt sich daher auch von einem „zweispurigen Haftungskonzept“⁵⁵⁹ sprechen. Entnimmt er hingegen zu einem späteren Zeitpunkt die Einlage, lebt seine Haftung in dem entnommenen Umfang wieder auf; dies auch dann, wenn die seinerzeitige Entnahme der Einlage im Einvernehmen mit den anderen Gesellschaftern erfolgte. Es kommt hingegen zu keinem Wiederaufleben der Haftung, wenn die Einlage des künftigen Kommanditisten durch Verluste aufgebraucht und durch Gewinne nicht wieder aufgefüllt wurde. Der entscheidende Aspekt des Haftungskonzepts ist daher, dass der Kommanditist seine Einlage eingezahlt hat und ihm diese nicht wieder zurückgegeben wurde.⁵⁶⁰

Dass der künftige Kommanditist auch im Vorstadium nur insoweit zur Haftung herangezogen werden kann, als er seine Pflichteinlage noch nicht geleistet hat, findet auch ausdrücklich in den Materialien zu § 176 UGB⁵⁶¹ Bestätigung (arg „nur im Ausmaß seiner noch nicht geleisteten Einlage haften zu lassen“). Allerdings gilt es zu prüfen, ob der Tatbestand des § 171 Abs 1 S 1 UGB im Begriffshof seiner Begriffe so interpretiert werden kann, dass auch der künftige Kommanditist miteinbezogen werden kann. Oder aber ist eine analoge Anwendung der Bestimmung geboten?

Die neue Formulierung des § 171 Abs 1 S 1 UGB soll nach dem Willen des Gesetzgebers,⁵⁶² das haftungsrechtliche System der KG ob der bislang Verwirrung stiftenden Formulierung im Gesetz auf ein terminologisch klares und zweifelsfreies

⁵⁵⁹ K. Schmidt, Einlage und Haftung des Kommanditisten (1977) 115 ff; Neubauer in MünchHdb KG § 27 Rz 3.

⁵⁶⁰ Vgl etwa Krejc in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 171 Rz 1, der zudem auf die gedankliche Ähnlichkeit mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr verweist; ausführlich K. Schmidt in MünchKomm HGB §§ 171, 172 Rz 13 ff.

⁵⁶¹ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 48

⁵⁶² Vgl die EBRV 1058 BlgNR 22. GP 47.

Fundament stellen. IdS ordnet der Gesetzgeber im 1. HS des § 171 UGB die unmittelbare Haftung des Kommanditisten bis zur Höhe der im Firmenbuch eingetragenen Haftsumme und nicht wie bisher bis zur Höhe seiner Einlage an. Der 2. HS leg cit normiert sodann, dass die Haftung entfällt, soweit die Einlage geleistet wird.

Im Lichte der Formulierung des § 171 S 1 UGB werden zwei Umstände deutlich. Zum einen sind die beiden HS im Zusammenhang zu lesen und bilden eine Einheit. Der erste bezieht sich auf den zweiten und umgekehrt. Zum anderen hat damit auch der 2. HS einen Sachverhalt vor Augen, der sich nach Firmenbucheintragung der Haftsumme ereignet. Das Haftungsprivileg des Kommanditisten nach § 171 2. HS UGB ist daher im Kontext mit der eingetragenen Haftsumme zu sehen und sohin im Stadium der fertigen Gesellschaft angesiedelt.

Diese Erkenntnis ist deshalb von Bedeutung, weil sohin eine direkte Anwendung der Bestimmung auf den Fall, dass im Stadium der Vorgesellschaft eine Einlage erbracht wird, ausscheidet. Auch wenn der Gesetzeswortlaut des 2. HS leg cit nicht von der Firmenbucheintragung als Bedingung für das Haftungsprivileg spricht und damit von den verba legalia auch die Einlageleistung in die Vorgesellschaft erfasst wäre, ist eine direkte Anwendung aus dargelegten, gesetzessystematischen Überlegungen mE nicht statthaft. Da der Gesetzgeber, wie gezeigt, dennoch die Haftungsprivilegierung auch im Vorgesellschaftsstadium angewendet wissen wollte, ist § 171 2. HS UGB auf diesen Fall daher analog anzuwenden.

Die Haftungsbeschränkung des als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafters kommt jedenfalls dann zum Tragen, wenn es sich um vorgenommene Rechtsgeschäfte handelt, die im Namen der Gesellschaft getätigt wurden. Dies ergibt sich

bereits aus dem Charakter des § 176 Abs 1 UGB als Vertretungsregel (insb aus S 2 leg cit).⁵⁶³

In Bezug auf gesetzliche Schuldverhältnisse - zu denken ist insb an deliktische Schadenszufügung durch den künftigen Kommanditisten selbst, die den übrigen Gesellschaftern zuzurechnen ist - beurteilt sich die Haftung nach allgemeinen Bestimmungen. Demnach haftet der künftige Kommanditist aufgrund seines deliktischen Verhaltens unbeschränkt, die Haftungsprivilegierung nach § 176 Abs 1 S 1 UGB ist nicht anwendbar.⁵⁶⁴ Zu fragen ist aber, ob der künftige Kommanditist bis zu seiner Haftsumme entsprechend der Haftungsprivilegierung nach § 176 Abs 1 UGB von einem Dritten in Anspruch genommen werden kann, wenn dieser aufgrund eines deliktischen Verhaltens eines Gesellschafter oder einer anderen Person einen Schaden erleidet und dieses Verhalten den Gesellschaftern der Vor-KG nach den Regeln über die Gehilfenhaftung (vgl § 1315 ABGB) oder über die Regeln der Repräsentantenhaftung⁵⁶⁵ zuzurechnen ist.

Dies ist mE zu verneinen. Wie bereits oben erwähnt, zielt § 176 Abs 1 S 1 UGB auf den rechtsgeschäftlichen Bereich ab. Es geht um ein rechtsgeschäftliches Handeln im Namen der (Vor-)KG. In diesem Auftreten liegt auch die sachliche Rechtfertigung für die Haftungsprivilegierung des künftigen Kommanditisten. Dem Dritten musste diesfalls nämlich erkennbar sein, dass bei mindestens einem Gesellschafter die Haftung beschränkt ist.⁵⁶⁶ Mangels Anwendbarkeit von § 176 Abs 1 S 1 UGB haftet der Gesellschafter daher für deliktische Schäden, die ein Gesellschafter oder eine andere

⁵⁶³ So auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 176 Rz 8.

⁵⁶⁴ Vgl *dens* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 176 Rz 8; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 1362; dies gilt im Übrigen auch für die Kommanditistenhaftung nach den §§ 171, 172 UGB.

⁵⁶⁵ Vgl zur Haftung der GesbR für ihre Repräsentanten OGH SZ 70/138; JBl 2000, 169; siehe auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 176 Rz 8.

⁵⁶⁶ Siehe II.C.2.6.2.6.

Person zu verantworten hat, und die den Gesellschaftern der Vor-KG zuzurechnen ist, unbeschränkt.⁵⁶⁷

Bestehen Haftungsgründe, die nicht mit der Kommanditistenstellung des Gesellschafters zusammenhängen, wie etwa die Abgabe einer Bürgschaftserklärung oder ein erfolgter Schuldbeitritt, kommt die Haftungsbeschränkung nicht zur Anwendung. Der künftige Kommanditist haftet unbeschränkt.⁵⁶⁸

Unabhängig davon, greift die Haftungsbeschränkung in den Fällen nicht, in denen der Haftungsgrund nicht mit der Stellung als Kommanditist zusammenhängt. Wiederum kann idZ das Beispiel dienen, dass der künftige Kommanditist gleich einem (künftigen) Kommanditisten auftritt. Oder aber er verpflichtet sich auf einer vertraglichen Grundlage, wie etwa durch eine Bürgschaftsverpflichtung oder einen Schuldbeitritt.⁵⁶⁹

2.6.2.8 *Die Bedeutung der Haftungsprivilegierung im Stadium der Vorgesellschaft für das Recht der GesbR*

Ganz grundlegend stellt die beschränkte Haftung des als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafters in § 176 Abs 1 UGB eine tiefgreifende Umgestaltung des Rechts der GesbR dar.⁵⁷⁰ Wurde bislang die Möglichkeit einer GesbR mit beschränkter

⁵⁶⁷ AA *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 1362, die unter der Annahme einer zumindest bestehenden Teilrechtsfähigkeit der Vor-KG eine Haftung für Delikte der Handelnden analog § 26 ABGB - sofern die Schädigung bei einer Tätigkeit für die Vor-KG erfolgt ist - versuchen herzuleiten.

⁵⁶⁸ Zutr *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 176 Rz 9.

⁵⁶⁹ Zutr *ders* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 176 Rz 8.

⁵⁷⁰ Vgl dazu insb *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 437 ff, die zudem ausführen, dass die Haftungsbeschränkung des § 176 Abs 1 UGB auch nicht mit dem Haftungsrecht der Vor-GmbH gleichzusetzen ist, da es sich dabei lediglich um Besonderheiten einer im Ergebnis unbeschränkten Haftung der Gesellschafter handelt; weiters weisen sie darauf hin, dass auch der Frage nach der

Haftung ihrer Gesellschafter durch schlichte Erklärung bzw entsprechende Titulierung und vor allem ohne entsprechenden Publizitätsakt durch die Firmenbucheintragung von der hA⁵⁷¹ verneint, wird genau dieses Ergebnis nun vom Gesetzgeber geschaffen. Nach den Materialien zu § 176 UGB⁵⁷² liegt die Rechtfertigung der Haftungsprivilegierung darin, dass ein Gläubiger dann, „wenn eine KG vor ihrer Eintragung bereits im Geschäftsverkehr auftritt, annehmen muss, dass bei zumindest einem der Gesellschafter die Haftung beschränkt ist“.

Dass dem Geschäftsverkehr jedoch ein Auftreten unter dem Zusatz „KG oder KG in Gründung“ eher bewusst macht, dass er es mit einer Gesellschaft zu tun hat, deren Gesellschafter teils beschränkt haften - und auch dies nur sofern die Einlage auf die Haftsumme noch nicht geleistet worden ist - als etwa das Verwenden eines Zusatzes „Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung (GesbR mbH)“, muss mE stark bezweifelt werden. Wenn aber in der Warn- und Informationsfunktion der Bezeichnung „KG in Gründung“ und „GesbR mbH“ ein solcher Unterschied aus der Sicht des Geschäftsverkehrs nicht mehr erblickt werden kann, fällt auch die sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung weg. Beide Male handelt es sich um eine GesbR und beide Male haften Gesellschafter beschränkt, was dem Geschäftsverkehr aus dem Auftreten auch erkennbar ist.

Die nunmehrige Positivierung einer Haftungsprivilegierung nach § 176 Abs 1 UGB im Stadium der Vorgesellschaft, die eine beschränkte Haftung eines Gesellschafters der als GesbR zu qualifizierenden Vor-KG bedeutet, kann mE daher als Funktionswandel im normativen Bereich⁵⁷³ angesehen werden, der geeignet ist,

Vereinbarkeit von § 176 Abs 1 UGB mit § 15 Abs 1 UGB in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zukommt, da es sich bei der Firmenbucheintragung um eine konstitutive Eintragung handelt.

⁵⁷¹ Vgl etwa *Harrer*, GesRZ 2004, 85 (89); *Jabornegg/Resch* in Schwimann³ § 1203 Rz 11.

⁵⁷² EBRV 1058 BlgNR 22. GP 48.

⁵⁷³ Zum „eigentlichen Funktionswandel“ vgl insb *Bydlinski*, Methodenlehre 577 ff.

Fernwirkung auch auf die bislang vorherrschende Ansicht zur Unzulässigkeit einer GesbR, bei der ein Gesellschafter beschränkt haften soll, zu entfalten.

2.6.3 Die Auskunftspflicht nach § 171 S 2 UGB

Wie sich weiters aus den Materialien zu § 176 UGB⁵⁷⁴ ergibt, wird nicht nur das Haftungssystem der KG nach § 171 S 1 UGB, sondern auch die Auskunftspflicht des Kommanditisten nach S 2 leg cit in das Stadium der Vor-KG vorgezogen. Diese Regelung, uz im Lichte systematisch-logischer Interpretationsanforderungen der gesamte § 171 Abs 1 UGB, soll ob der vielen Zweifelsfragen, die ihre Anwendung im Stadium der Vorgesellschaft (aber auch nach Firmenbucheintragung) evoziert, im exakten Wortlaut wiedergegeben werden:

„Der Kommanditist haftet den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe der im Firmenbuch eingetragenen Haftsumme unmittelbar; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist. Auf Verlangen hat der Kommanditist den Gläubigern über die Höhe der geleisteten Einlage binnen angemessener Frist Auskunft zu geben“

In weiterer Folge soll diese Bestimmung zunächst in ihrem nach den verba legalia zugedachten (direkten) Anwendungsbereich - das ist, wie sich bereits aus der systematischen Stellung von § 171 UGB ergibt, jener nach Entstehung der KG - untersucht werden. Sodann wird auf die Besonderheiten eingegangen werden, die sich aus der Anordnung des Gesetzgebers ergeben, diese Norm auch im Vorstadium anzuwenden.

2.6.3.1 Problemaufriss

⁵⁷⁴ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 48.

Regelungsanlass dieser Bestimmung waren, wie sich den Gesetzesmaterialien zum HaRÄG 2005⁵⁷⁵ zweifelsfrei entnehmen lässt, die Schwierigkeiten, die mit der mangelnden Ersichtlichkeit der auf die Haftsumme geleisteten Einlage verbunden sind.⁵⁷⁶ Das Problem liegt darin, dass sich die Außenhaftung des Kommanditisten gegenüber dem Gläubiger nach gesellschaftsinternen Kriterien richtet. Diese bleiben dem Gläubiger aber regelmäßig verborgen. Geht ein Gesellschaftsgläubiger gegen den Kommanditisten gerichtlich vor und bringt eine entsprechende Klage unter Zugrundelegung der (dadurch bloß aufgestellten) Behauptung,⁵⁷⁷ die Pflichteinlage des betreffenden Kommanditisten sei noch nicht geleistet worden,⁵⁷⁸ ein, sieht er sich mit einem beträchtlichen Klagsrisiko konfrontiert. Hat der in Anspruch genommene Kommanditist seine Pflichteinlage nämlich bereits tatsächlich geleistet, entfällt folglich die Haftung des Kommanditisten und die Klage ist kostenpflichtig abzuweisen. Selbst für den Fall, dass der Kommanditist bei Klagserhebung seine Einlageverpflichtung noch nicht erfüllt hat, ist es ihm unbenommen, gem § 179 ZPO bis zum Schluss des Verfahrens erster Instanz seine Pflichteinlage zu erbringen.⁵⁷⁹ Es genügt gar, dass er einen Gesellschaftsgläubiger in Höhe seiner Pflichteinlage befriedigt, um seine Haftung zum Erlöschen zu bringen.⁵⁸⁰ In diesem Fall ist das Klagebegehren auf Kostenersatz einzuschränken. Stellt sich im Zuge des Beweisverfahrens heraus, dass die Einlage im Zeitpunkt der Klagserhebung noch nicht geleistet war und das Klagebegehren daher ursprünglich begründet war, ist der Kommanditist zumindest zum Kostenersatz zu

⁵⁷⁵ Siehe die EBRV 1058 BlgNR 22. GP 47 (zu § 171 UGB).

⁵⁷⁶ Vgl dazu insb *Harrer*, GesRZ 2004, 85 (85 ff); *ders*, wbl 2003, 212; *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 171 Rz 3 ff.

⁵⁷⁷ Die Behauptungs- und Beweiszuständigkeit für die erfolgte Einlageleistung liegt hingegen beim Kommanditisten; vgl *K. Schmidt* in *MünchKomm HGB* §§ 171, 172, Rz 61.

⁵⁷⁸ *Harrer* (GesRZ 2004, 85) weist zudem ganz richtig auf die Probleme hin, die ein solches Vorbringen für einen Anwalt enthält, muss dieses doch durch entsprechende Informationen gedeckt sein; vgl dazu *Feil/Wenning*, *Anwaltsrecht*³ (2004) 688.

⁵⁷⁹ *Harrer*, GesRZ 2004, 85 (85 f).

⁵⁸⁰ *K. Schmidt* in *MünchKomm HGB* §§ 171, 172 Rz 50.

verurteilen.⁵⁸¹ Dass dieser rechtliche Rahmen die Rechtsverfolgung eines Gläubigers einem Kommanditisten gegenüber ganz unerträglich erschwert, liegt damit auf der Hand.

2.6.3.2 *Alternativer Regelungsansatz de lege ferenda*

Es wurde angedacht, neben der Pflicht zur Eintragung der Haftsumme auch die zwingende Eintragung der geleisteten Einlage und einer mitunter getätigten Entnahme festzuschreiben.⁵⁸² Diese Überlegungen wurden allerdings verworfen, da ein Gesellschaftsgläubiger durch die unterlassenen Eintragungen der geleisteten Einlage dazu veranlasst werden könnte, den Klagsweg zu beschreiten. Wurde nämlich die Pflichteinlage bereits geleistet, dies aber nicht vorschriftsgemäß in das Firmenbuch eingetragen, sind die bis zu dem entsprechenden Vorbringen des Kommanditisten angelaufenen Prozesskosten frustriert. Zwar müssten in einem solchen Fall der rechtswidrig handelnde Kommanditist die Prozesskosten ersetzen, gewonnen ist damit aber für den Gläubiger, dem es um die Erfüllung seiner Forderung gegenüber der Gesellschaft geht, nichts. Die schwerwiegendere Konsequenz könnte sich für einen Gesellschaftsgläubiger aber im umgekehrten Fall ergeben, wenn er nämlich durch die unterbliebene Eintragung rechtserheblicher Tatsachen davon abgehalten wird, den Kommanditisten in Anspruch zu nehmen, obwohl dies - etwa wegen erfolgter Entnahmen - möglich wäre.⁵⁸³

Harrer,⁵⁸⁴ dem - wie gezeigt werden wird - der Gesetzgeber im Wesentlichen gefolgt ist, schlug demgegenüber vor, eine Auskunftsbliegenheit des Kommanditisten zu

⁵⁸¹ Vgl. EvBl 1955/123; Arb 11.271; siehe auch *Harrer*, GesRZ 2004, Rz 85 (86).

⁵⁸² *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 171 Rz 5.

⁵⁸³ So auch *ders* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 171 Rz 5; in Deutschland wird von der hL hingegen die Annahme eines Auskunftsanspruches abgelehnt; vgl. nur *K. Schmidt* in MünchnKomm HGB §§ 171, 172 Rz 32.

⁵⁸⁴ *Harrer*, GesRZ 2004, 85 (86).

normieren und diese durch die unwiderlegliche Vermutung zu ergänzen, dass im Falle des Schweigens des Kommanditisten auf ein solches Auskunftsbegehren die Einlage im Verhältnis zu diesem Gläubiger als nicht geleistet gilt.

2.6.3.3 *Auskunftspflicht bereits bisher de lege lata*

*Krejci*⁵⁸⁵ vertritt die Auffassung, dass bereits vor der nunmehrigen ausdrücklichen Normierung der Auskunftspflicht durch das HaRÄG 2005 angenommen werden musste, dass zwischen Kommanditistem und Gesellschaftsgläubiger ein ausreichend „naher Kontakt“ besteht, der es rechtfertigt, dem Kommanditisten eine Auskunftspflicht aufzuerlegen, ob und inwieweit die Pflichteinlage geleistet und allenfalls auch wieder entnommen wurde. Diese Ansicht *Krejci's* muss einer eindringlicheren Untersuchung unterzogen werden; dies vor allem auch deshalb, weil eine tatsächlich unabhängig von § 171 S 2 UGB bestehende Auskunftspflicht dort Platz greifen könnte, wo der Anwendungsbereich des § 171 S 2 UGB seine Schranken findet.

Grs ist festzuhalten, dass Geschäftspartner, wie *Welser*⁵⁸⁶ für die österreichische Rechtsordnung erstmals nachgewiesen hat, mit der Aufnahme eines geschäftlichen Kontaktes von Gesetzes wegen in ein beiderseitiges Schuldverhältnis treten, das ein rücksichtsloses Verhalten der Geschäftspartner bei der Vorbereitung und beim Abschluss des Vertrages verhindern soll. Daher werden diesen bereits im vorvertraglichen Bereich Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten auferlegt, was insb aus zwei - in aller Kürze dargelegten - Überlegungen heraus gerechtfertigt erscheint:⁵⁸⁷ Zum einen wird das Bedürfnis am Aufbau einer funktionstüchtigen Rechtsgeschäftsordnung angeführt, die ein solches Verhalten bereits in contrahendo verbieten muss. Zum anderen scheinen

⁵⁸⁵ *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 171 Rz 4.

⁵⁸⁶ *Welser*, Vertretung 81 ff.

⁵⁸⁷ *Ders*, Vertretung 73 ff; vgl auch *Koziol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts II¹³ (2007) 17.

vorvertragliche Pflichten auch unter dem Gesichtspunkt legitim, dass bereits die Aufnahme des Geschäftskontaktes den Interessen des „insofern belasteten“ Partners dient. Die entsprechende Rechtsfolge besteht darin, dass der Partner dann, wenn er erwähnten Pflichten schuldhaft zuwider handelt („culpa in contrahendo“), ersatzpflichtig wird, uz unabhängig davon, ob das intendierte Geschäft tatsächlich geschlossen oder mitunter später auch wieder rückabgewickelt wird.

Kommt man auf den gegenständlichen Problemfall zurück, fällt eine Besonderheit im Verhältnis zwischen Kommanditist und einem Gesellschaftsgläubiger auf: Diese besteht darin, dass zwischen diesen beiden ein Kontakt zu geschäftlichen Zwecken zu keinem Zeitpunkt intendiert ist; vielmehr ist der Dritte bereits Vertragspartner, allerdings jener der KG.

Doch auch Dritten gegenüber werden in Ausnahmefällen besondere Schutz- und Aufklärungspflichten angenommen.⁵⁸⁸ Die dabei tragenden Erwägungen erinnern an jene, die oben zur Lehre von der „culpa in contrahendo“ dargelegt wurden. So gibt es Auskünfte, die zuverlässig und korrekt nur ganz bestimmte Personen zu geben vermögen, die aber für geschäftliche Dispositionen eines Dritten von entscheidender Bedeutung sind. Oftmals wird der Fall derart gelegen sein, dass für den Dritten gar keine andere Möglichkeit besteht, an die geschäftswesentlichen Tatsachen zu gelangen, als über die Auskunft der jeweiligen Person, da der fremde Bereich für ihn nicht durchschaubar ist. In der Literatur⁵⁸⁹ wird etwa der Fall erwähnt, dass ein Kreditgeber sich über das tatsächliche Bestehen einer Forderung des potentiellen Kreditnehmers dessen vermeintlichem Gläubiger gegenüber bei diesem informieren möchte.⁵⁹⁰

⁵⁸⁸ *Welser*, Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983) 89 ff.

⁵⁸⁹ *Ders*, Rat 89, der als Beispiele außerdem die Auskunft des Dienstgebers über den Lohnanspruch sowie die Pflichterfüllung des Dienstnehmers in einem aufrechten oder aufgelösten Dienstverhältnis bringt.

⁵⁹⁰ Vgl im Übrigen auch die Fortentwicklung der Grundsätze der culpa in contrahendo dahingehend, dass jeden, der in einem Prospekt über Emissionen Erklärungen abgibt, eine Haftung trifft, die jener bei

Dieses Beispiel scheint ebenso für die gegenständliche Sachverhaltsvariante der Auskunft beim Kommanditisten passend. Auch diesfalls möchte ein Dritter über das Bestehen einer Forderung, nämlich jener auf die vereinbarungsgemäße Erbringung der Einlageleistung, Auskunft erlangen.⁵⁹¹ Dass es dabei nicht um eine Forderung desjenigen handelt, von dem die Auskunft verlangt wird, sondern vielmehr um dessen Pflicht, nämlich der Pflicht des Kommanditisten zur Leistung der Pflichteinlage gegenüber der KG, ändert daran nichts. Auch hier liegen die nötigen Informationen im fremden Bereich, in concreto im Innenrecht der Gesellschaft, verborgen, ohne dass der Dritte in diesen einsehen kann. Und es wird typischerweise auch die Person des Kommanditisten sein, die am besten über die geforderten Informationen Auskunft geben kann. Das Auferlegen von Schutz- und Sorgfaltspflichten mag seine Rechtfertigung zudem darin finden, dass sich, wie *Welser*⁵⁹² betont, das besondere Wissen des Verpflichteten aus seiner eigenverantwortlichen Teilnahme am Geschäftsverkehr ergibt. Auch dieses Argument trifft auf den Kommanditisten zu. Sein besonderes Wissen folgt seiner Beteiligung an der Gesellschaft. Mit dieser Beteiligung verfolgt er wiederum eigene Interessen. So wird vordringlichste Triebfeder einer solchen Beteiligung eines Kommanditisten das Entstehen von Ansprüchen auf Gewinnzuweisungen⁵⁹³ an ihn sein. Der finanzielle Erfolg der Gesellschaft ist aber von der rechtsgeschäftlichen Tätigkeit abhängig. Ohne ein solches Auftreten am Markt wird die Gesellschaft keine Gewinne erzielen und folglich auch keine Gewinnzuweisungen vornehmen können. Wiederum scheint also ob der Notwendigkeit einer funktionsfähigen Rechtsgeschäftsordnung sowie ob der Überlegung, dass sich der Verpflichtete - in seinem eigenen Interesse - selbst an

rechtsgeschäftlichem Kontakt entspricht; vgl etwa *Koziol*, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209 (211).

⁵⁹¹ Das Bedürfnis des Dritten an der Auskunft ist in diesem Fall gar noch größer, da er gem § 128 UGB in der Folge unmittelbar auf den Drittschuldner greifen kann und diesen Anspruch nicht erst exekutiv erwerben muss.

⁵⁹² *Welser*, Rat 89.

⁵⁹³ Zur Gewinn- und Verlustzuweisung, -berechnung und zur Gewinnentnahme nach UGB vgl Krejci, ÖJZ 2006, 53 (56 ff); siehe auch I.D.3.3.

einem geschäftlichen Verhältnis beteiligt hat und dieses nunmehr Wirkungen nach außen entfalten soll, die Annahme von Schutz- und Aufklärungspflichten gerechtfertigt. Wie *Welser* aber richtig ausführt, ist die Annahme von Schutz- und Aufklärungspflichten insofern zu relativieren, als der Befragte einem Dritten gegenüber die Auskunft verweigern oder zumindest seine Haftung für die Richtigkeit der Auskunft dem Dritten gegenüber ausschließen kann.⁵⁹⁴

Legt man diese Grundsätze auf den Kommanditisten um, trifft auch diesen bei Anfrage eines Gesellschaftsgläubigers keine Auskunftspflicht. Entschließt er sich allerdings, die geforderten Informationen zu geben, muss er für eine schuldhaft fehlerhafte Auskunftserteilung einstehen, sofern er die Haftung nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat.⁵⁹⁵ Diese Argumentationskette fordert auch dann Geltung, wenn der anfragende Dritte noch nicht Gesellschaftsgläubiger, sondern erst potentieller Vertragspartner der Gesellschaft ist.⁵⁹⁶

Als nächster Schritt muss allerdings überlegt werden, ob nicht etwa das Verhältnis zwischen Kommanditistem und anfragendem Gesellschaftsgläubiger derartige Besonderheiten im Vergleich zu den von *Welser* behandelten Fallvarianten aufweist, dass auch das Auferlegen einer Auskunftspflicht gerechtfertigt erscheinen würde.

⁵⁹⁴ *Welser*, Rat 90.

⁵⁹⁵ *Welser* fordert außerdem, dass es sich bei der Information um ein Rechtsverhältnis oder Recht handelt, an dem der Auskunftgeber beteiligt ist oder war und dass der die Erklärung „drittbezogen“ abgegeben wird. Sie muss also an den Dritten adressiert sein. Es sind auch bloß solche Dispositionen geschützt, die der Auskunftgeber nach der Übung des redlichen Verkehrs erwarten durfte. Schließlich verlangt *Welser*, dass die Auskunft materiell als „Mitteilung“ und nicht als „zu anderen Zwecken angefertigtes Schriftstück“ ausgestaltet sein muss. Die Auskunft kann aber natürlich auch mündlich erteilt werden, vgl. *Welser*, Rat 90 f.; in Bezug auf die Auskunft des Kommanditisten ergeben sich aus diesem Blickwinkel keine Bedenken.

⁵⁹⁶ Vgl. dazu nur den oben referierten Beispielfall *Welser's* eines potentiellen Kreditgebers.

Solche Umstände liegen mE in der Tat vor. Der Kommanditist und der auskunftsuchende Gläubiger sind nämlich in Wahrheit nicht in dem Maße losgelöst und unabhängig voneinander zu betrachten, wie bei oberflächlicher Betrachtung angenommen werden könnte. Sie befinden sich vielmehr von Gesetzes wegen in einem Haftungsverhältnis, das auf § 171 S 1 UGB fußt. Demzufolge hat der Kommanditist dem Gläubiger für sämtliche Gesellschaftsschulden unmittelbar einzustehen. Bereits bei der Gesellschaftsgründung oder bei dem späteren Eintritt eines Kommanditisten in eine KG (oder OG) ist diesem bekannt, dass er für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft in die Verantwortung genommen werden kann, uz persönlich, primär, solidarisch, akkzessorisch und eben unmittelbar.

Ebenso muss diesem bewusst sein, dass der Gesellschaftsgläubiger den tatsächlichen Haftungsumfang ob dessen Verknüpfung mit gesellschaftsinternen Vorgängen ohne Zutun des Haftungsadressaten nicht erfahren kann. Insofern ist die Anfrage des Gesellschaftsgläubigers hinsichtlich bereits geleisteter Einlagen „systembedingt“ und für den Kommanditisten bei dessen Beteiligung an der Gesellschaft vorhersehbar. Darin liegt mE die Begründung und zugleich Rechtfertigung dafür, einem Kommanditisten nicht nur für fehlerhafte Auskunft in die Verantwortung zu ziehen, sondern ihm - bereits einen Schritt zuvor - auch die Pflicht zur Auskunftserteilung einem anfragenden Gesellschaftsgläubiger gegenüber aufzuerlegen.⁵⁹⁷ Mangels eines gesetzlichen Haftungsverhältnisses besteht eine Auskunftspflicht einem nur potentiellen Gesellschaftsgläubiger gegenüber mE nicht.

2.6.3.4 Normadressat des § 171 S 2 UGB

Der Gesetzeswortlaut findet zur Frage, wer Adressat der gesetzlichen Auskunftspflicht sein soll, deutliche Worte. Normadressat ist der Kommanditist. Nur er

⁵⁹⁷ So wohl auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 171 Rz 7.

muss über die Höhe der geleisteten Pflichteinlage informieren. Diese Beschränkung auf den Kommanditisten ist nicht selbstverständlich, da auch die Komplementäre, denen im Rahmen der Selbstorganschaft die Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht zukommt,⁵⁹⁸ in der Regel über den Stand der Einlagen und Entnahmen Bescheid wissen bzw sich ohne weiteres durch einen Blick in die Bücher Gewissheit verschaffen können. Nichtsdestotrotz hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, nur den Kommanditisten in die Pflicht zu nehmen. Die Person des Kommanditisten in Erfahrung zu bringen, ist für den Gläubiger ein Leichtes. Ein Blick in das Firmenbuch genügt.

2.6.3.5 *Die Person des Auskunftsberechtigten*

Wiederum gilt es, einen genauen Blick auf den Wortlaut der Bestimmung zu werfen. Dieser zeigt, dass der Sachverhalt, den der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung regeln wollte, so liegt, dass dem Auskunftsberechtigten in dem Moment, in dem er die entsprechende Auskunft begehrt, bereits eine Forderung gegen die KG zustehen muss. Denn im Gesetzeswortlaut ist der Auskunftsberechtigte als „Gläubiger“ titulierte. Gläubiger ist er aber nur dann, wenn bereits eine entsprechende vertragliche oder gesetzliche Grundlage besteht.

Vor dem Hintergrund der ratio legis des § 171 S 2 UGB erscheint eine Bezugnahme auf lediglich vertragliche Schuldverhältnisse, wie sie in der Literatur⁵⁹⁹ offenbar vertreten wird, mE zu kurz gegriffen. Besteht doch das Kostenrisiko einer Klagsführung gegen den Kommanditisten in gleichem Maße auch in einem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen der KG und dem Dritten. Ob dieses als Folge einer Geschäftsführung ohne Auftrag, einer ungerechtfertigten Bereicherung oder einer

⁵⁹⁸ Rechtsgeschäftlich kann auch der Kommanditist mit Geschäftsführungs- und Vertretungsaufgaben betraut werden.

⁵⁹⁹ So etwa *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 171 Rz 7 ff.

erlittenen Beschädigung entstand, ist dabei unerheblich.⁶⁰⁰ Wesentlich ist in Ansehung der hinter § 171 S 2 UGB stehenden Gesetzeswertung lediglich, dass es sich um die Klärung des tatsächlich noch bestehenden Haftungsumfanges des Kommanditisten handelt.

2.6.3.6 Aufklärungspflicht bereits im vorvertraglichen Bereich

Ob die Auskunftspflicht des Kommanditisten nach § 171 S 2 UGB in deren unmittelbaren Anwendungsbereich auch einem erst potentiellen Vertragspartner gegenüber Anwendung findet und von der ratio legis des § 171 S 2 UGB, so wie dies *Krejci*⁶⁰¹ offenbar vertritt, erfasst ist, bedarf einer näheren Untersuchung.

Dazu soll der typische Fall, den *Krejci*⁶⁰² seinen Ausführungen zugrunde legt, wiedergegeben werden: Ein Dritter befindet sich mit einer KG in Vertragsverhandlungen und hat Interesse daran zu erfahren, inwiefern ein bestimmter Kommanditist, gerade weil er mitunter eine besonders hohe Haftsumme angegeben hat, noch tatsächlich in Anspruch genommen werden kann.

Der Gesetzgeber meint - wie eben unter II.C.2.6.3.5 nachgewiesen - mit „Gläubiger“ in § 171 S 2 UGB den Berechtigten eines gesetzlichen oder vertraglichen Schuldverhältnisses. Dies würde für die vorliegende Frage prima facie bedeuten, dass auch ein erst potentieller Vertragspartner auskunftsberechtigt ist. Er ist nämlich Gläubiger des vorvertraglichen (aufgrund des Gesetzes bestehenden) Schuldverhältnisses.

⁶⁰⁰ Zum vorvertraglichen Schuldverhältnis vgl sogleich II.C.2.6.3.6.

⁶⁰¹ *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 171 Rz 7; diesem folgend *Duursma/Duursma-Kepplinger/M.Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 1328; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/861.

⁶⁰² *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 171 Rz 7.

Allerdings weisen die § 171 S 2 UGB zugrunde liegenden Materialien⁶⁰³ in eine andere Richtung. Darin wird nämlich explizit festgehalten, dass mit der Auskunftspflicht nach § 171 S 2 UGB dem Kostenrisiko des Gläubigers im Falle einer Klagsführung gegen den Kommanditisten vorgebeugt werden soll. In dieses Horn stößt auch *Harrer*,⁶⁰⁴ auf dessen Artikel die entsprechenden Materialien zum HaRÄG 2005 ausdrücklich verweisen (dessen Vorschlag der Normierung eines Auskunftsbegehrens war Vorbild für § 171 S 2 UGB) und der daher im Wege der historisch-teleologischen Interpretation zur Klärung der gegenständlichen Frage herangezogen werden kann. Auch *Harrer* spricht in diesem Artikel das unabschätzbare Klagsrisiko eines Gesellschaftsgläubigers einer KG an. Eine Auskunftspflicht einem nur potentiellen Vertragspartner gegenüber erwähnt er hingegen nicht.

Aus dieser ratio legis lässt sich ableiten, dass der auskunftsberechtigte Gläubiger aufgrund eines gesetzlichen oder vertraglichen Schuldverhältnisses berechtigt sein muss, eine Leistung von der Gesellschaft zu verlangen; nur dann nämlich, stellt sich die gegenständliche Problematik des Klagsrisikos durch die mangelnde Ersichtlichkeit des Haftungsumfanges des Kommanditisten.

Das Auferlegen der Auskunftspflicht nach § 171 S 2 UGB gegenüber einem potentiellen Gläubiger, der erst in einem vorvertraglichen Schuldverhältnis mit der Gesellschaft steht, würde hingegen einem anderen Zweck dienen. Das vorvertragliche Schuldverhältnis ist nämlich eines ohne Hauptleistungspflicht.⁶⁰⁵ Daher kann § 171 S 2 UGB auch diesfalls nicht sein telos als Instrument zur Abschätzung des Klagsrisikos verwirklichen. Die Annahme einer Auskunftspflicht einem potentiellen

⁶⁰³ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 47.

⁶⁰⁴ *Harrer*, GesRZ 2004, 85.

⁶⁰⁵ Vgl nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 16 f.

Gläubiger gegenüber würde vielmehr Folgendes bewirken: Der Dritte würde auf diesem Wege in die Lage versetzt werden, in Erfahrung zu bringen, inwiefern er bei Annahme eines entsprechenden Vertragsschlusses mit der KG (allenfalls auch im Falle einer Vertragsverletzung) Befriedigung erlangen würde. Die Auskunftspflicht des § 171 S 2 UGB im vorvertraglichen Bereich würde also dazu dienen, dem Dritten Informationen über den Haftungsfond bereit zu stellen, die er seiner Entschlussfindung, ob er ein Vertragsverhältnis mit der KG eingehen soll, zugrunde legt. Der Zweck des § 171 S 2 UGB setzt aber einen Schritt später an, nämlich nach Abschluss des Vertragsverhältnisses (bzw nach Entstehen der gesetzlichen Leistungspflicht). Daher sind potentielle Gläubiger mE nicht von § 171 S 2 UGB erfasst. Aufgrund einer anderen Zweckrichtung scheidet auch eine analoge Anwendung aus.

Wie unter II.C.2.6.3.6 nachgewiesen wurde, ist aber sehr wohl von der Annahme von Schutz- und Aufklärungspflichten in Fortentwicklung der Grundsätze vom vorvertraglichen Schuldverhältnis auszugehen. Diese greifen dort ein, wo der Anwendungsbereich von § 171 S 2 UGB endet. Das Ergebnis ist jedoch nicht ganz dasselbe: Der Kommanditist kann nämlich dem potentiellen Gläubiger gegenüber die Auskunft verweigern oder zumindest seine Haftung für die Richtigkeit der Auskunft diesem gegenüber ausschließen.

Sehr wohl hingegen besteht die Auskunftspflicht nach § 171 S 2 UGB dann, wenn die KG dem Dritten aus culpa in contrahendo ersatzpflichtig wird. In diesem Fall handelt es sich um ein gewöhnliches gesetzliches Schuldverhältnis, in dem der Gläubiger zum Zwecke seiner Rechtsverfolgung in Bezug auf seinen Schadenersatzanspruch das Auskunftsbegehren nach § 171 S 2 UGB an den Kommanditisten richten kann.

2.6.3.7 Umfang der Aufklärungspflicht

Aufzuklären ist nach den Buchstaben des Gesetzes lediglich über die Höhe der geleisteten Einlage. Hier greift der Gesetzeswortlaut sicherlich zu kurz. Wie bereits mehrfach ausgeführt, sollte die Auskunftspflicht dem Gläubiger zur Vermeidung eines nicht abschätzbaren Klagsrisikos ermöglichen, den Umfang, in dem der Kommanditist zur Haftung herangezogen werden kann, in Erfahrung zu bringen. Dazu ist freilich nicht ausreichend, dass der Kommanditist lediglich über die Höhe der geleisteten Einlage aufklärt. Diese Information ist nämlich nichts wert, wenn sich die Auskunftspflicht des Kommanditisten nicht auch auf getätigte Entnahmen bezieht. Insofern besteht auch bei einer getätigten Entnahme dasselbe Informationsbedürfnis, das für die Höhe der geleisteten Pflichteinlage besteht. Um den Willen des Gesetzgebers, auch in diesem offenbar planwidrig ungeregelt gebliebenen Fall, zum Durchbruch zu verhelfen, ist mE geboten, die Auskunftspflicht nach § 171 S 2 UGB auf erfolgte Entnahmen aufgrund einer Gesetzesanalogie⁶⁰⁶ anzuwenden.⁶⁰⁷ Verlangt der Gläubiger Auskunft über das Haftungspotential des Kommanditisten, hat ihn also dieser sowohl über die Höhe der geleisteten Pflichteinlage als auch über getätigte Entnahmen aufzuklären.

2.6.3.8 Art und Weise der Aufklärung

Darüber, wie konkret aufgeklärt werden muss, hüllt sich der Gesetzgeber in Schweigen. Der Kommanditist kann sohin nicht dazu verhalten werden, dem Dritten die Auskunft schriftlich zu erteilen oder ihm gar eine Bescheinigung über die Einlageleistung zu übermitteln. Auf welche Weise die Aufklärung vorgenommen wird, liegt einzig im Belieben des Kommanditisten. Dieses Versäumnis des Gesetzgebers ist

⁶⁰⁶ Vgl Bydlinski, Methodenlehre² 477 ff.

⁶⁰⁷ So im Ergebnis auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 171 Rz 6; siehe auch *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/861.

bedauerlich, bedenkt man die Beweisschwierigkeiten die mit mündlichen, insb mit telefonischen Auskünften, oftmals verbunden sein werden.⁶⁰⁸

2.6.3.9 Angemessene Frist

In § 171 S 2 UGB findet sich auch eine zeitliche Vorgabe, in der der Kommanditist seiner Auskunftspflicht nachzukommen hat. Der Gesetzgeber spricht in diesem Zusammenhang von einer „angemessenen Frist“, ohne allerdings näher auszuführen, welcher Zeitrahmen darunter zu verstehen ist bzw welche Parameter bei der Bestimmung der „Angemessenheit“ zu berücksichtigen sind.⁶⁰⁹ Auch ein Blick in die Materialien zum HaRÄG 2005⁶¹⁰ bleibt ergebnislos. Somit ist geboten, das UGB nach anderen Bestimmungen zu durchforsten, die eine „angemessene Frist“ vorsehen, und zu prüfen, ob deren Gesetzeszweck in Bezug auf die zeitliche Vorgabe mit jenem des § 171 S 2 UGB vergleichbar ist und insofern die daraus ableitbaren Faktoren der Konkretisierung - unter Heranziehung der dazu ergangenen Rsp - auch für den vorliegenden Fall fruchtbar gemacht werden können.

Zweckrichtung der „angemessenen Frist“ nach § 171 S 2 UGB ist wohl, dem Kommanditisten gerade ausreichend Zeit zuzubilligen, die allenfalls bisher geleisteten Einlagen oder auch getätigte Entnahmen in den eigenen Unterlagen bzw in jenen der Gesellschaft korrekt und wahrheitsgetreu in Erfahrung zu bringen.⁶¹¹ Da der Kommanditist in der Regel stets über eine etwaig noch bestehende Einlageverpflichtung Bescheid wissen wird bzw sich in relativ kurzer Zeit informieren wird können, entspricht mE der ratio legis am besten, diese Frist eher kurz zu bemessen.

⁶⁰⁸ Krit auch *Reich-Rohrwig/Schneider*, *ecolex* 2006, 389 (392), die zusätzlich zur Auskunftspflicht eine Bescheinigung über die Einlageleistung für wünschenswert hielten.

⁶⁰⁹ Siehe ebenso *Reich-Rohrwig/Schneider*, *ecolex* 2006, 389 (392).

⁶¹⁰ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 47.

⁶¹¹ Siehe auch *Krejci* in *Krejci*, *Reform-Kommentar UGB* § 171 Rz 9.

Die Wendung „angemessene Frist“ findet sich im UGB in sieben weiteren Bestimmungen.⁶¹² Das Abstellen auf eine „angemessene Frist“ wurde hingegen nur in einer dieser Regelungen durch das HaRÄG 2005 eingeführt.⁶¹³ So muss nunmehr die Mängelrüge nach § 377 UGB nicht unverzüglich nach Ablieferung der Ware durchgeführt werden, wie es noch in § 377 Abs 1 und 3 HGB vorgesehen war, sondern wird vielmehr auf einen angemessenen Zeitraum abgestellt. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Änderung, wie sich den Materialien zum HaRÄG 2005⁶¹⁴ ausdrücklich entnehmen lässt, die Frist zur Mängelrüge in Anlehnung an Art 39 Abs 1 UN-K „entschärfen“.⁶¹⁵ Als Zweifelsregel sieht die Rsp hier eine 14-tägige Frist als angemessen an.⁶¹⁶ Es gilt weiters nach dem telos der Bestimmung zu fragen.

Die ratio legis des § 377 UGB setzt sich aus zwei Erwägungen zusammen.⁶¹⁷ Erstens soll durch § 377 UGB die Dispositionssicherheit des Verkäufers verwirklicht werden. Er soll möglichst bald erfahren, ob seine Leistung vertragsgemäß erbracht worden ist und er - darauf aufbauend - weiter disponieren darf. Zweitens dient die „Rügeobliegenheit in angemessener Frist“ der Sicherstellung der Beweismittel, damit sich der Verkäufer bei mitunter länger zurückliegenden Rechtsgeschäften im Reklamationsfall angemessen verteidigen kann.

⁶¹² §§ 216, 282 Abs 2, 377 Abs 1 und 3, 428 Abs 1, 568 Abs 1, 595 Abs 1 und 869 Abs 1 UGB.

⁶¹³ Im Übrigen scheiden die restlichen Bestimmungen, die im UGB auf eine angemessene Frist rekurren mE bereits vorweg als „Interpretationsbehelf“ aus. So ist die Pflicht zur Vorlage von Unterlagen auf Datenträgern gem §§ 213 iVm 216 UGB verfahrensrechtlich geprägt und ergänzt die Bestimmungen der ZPO zur diskretionären Gewalt des Richters.⁶¹³ Die Mitteilungspflicht der Gesellschaft nach § 282 UGB entfaltet wiederum ihre Wirkung im Verhältnis zu einer hoheitlichen Behörde, nämlich dem Firmenbuchgericht.⁶¹³ Die restlichen Bestimmungen, die im sechsten Abschnitt des vierten Buches des UGB über das Frachtgeschäft⁶¹³ sowie im fünften Buch über den Seehandel⁶¹³ angesiedelt sind, bleiben wegen divergierender Zweckrichtungen ebenso unergiebig.

⁶¹⁴ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 61 f (zu § 377 UGB).

⁶¹⁵ Vgl *Schauer* in Krejci, Reform-Kommentar UGB § 377 Rz 6.

⁶¹⁶ Vgl etwa JBl 1999, 318.

⁶¹⁷ Siehe *Kramer* in Straube³ §§ 377, 378 Rz 1 ff.

Letzterer Aspekt der ratio legis des § 377 UGB ist mit dem telos der Auskunftspflicht nach § 171 S 2 UGB jedenfalls nicht vergleichbar. Wesentlich besser passt der Aspekt der Dispositionssicherheit des Gläubigers. Er möchte zwar nicht wissen, ob ein in der Vergangenheit geschlossener Vertrag von ihm vereinbarungsgemäß erfüllt worden ist und er darauf aufbauend weitere Geschäftsmaßnahmen treffen kann. Gemein ist den beiden Bestimmungen zugrunde liegenden Sachverhalten aber, dass sowohl der Gläubiger nach § 377 ABGB als auch der Auskunftsberechtigte nach § 171 S 2 UGB Informationen benötigen, über die jeweils nur der Gegner letzte Sicherheit geben kann. Auch wenn diese Feststellung freilich insofern relativiert werden muss, als die benötigte Information einen Umstand betrifft, der aus der Vertragsmäßigkeit bzw Vertragswidrigkeit der eigenen Leistung folgt. Dass es sich im Falle des § 377 UGB lediglich um eine Rügeobliegenheit handelt, während der Kommanditist nach § 171 S 2 UGB zur Auskunft berechtigt ist, ändert hingegen nichts.

Die Parameter, die zur Bemessung der Angemessenheit der Frist nach § 377 UGB heranzuziehen sind, divergieren hingegen von jenen des § 171 S 2 UGB. So wird die Untersuchung der Ware eine körperliche Begutachtung derselben bzw deren Funktionsüberprüfung voraussetzen. Die konkreten Parameter, die in der gebotenen, jeweiligen Einzelfallbeurteilung nach § 171 S 2 UGB heranzuziehen sind, werden hingegen auf Seiten des Gläubigers insb die Dringlichkeit der Auskunft für ihn sein, auf Seiten des Kommanditisten die Komplexität bei mitunter in mehreren Etappen geleisteten Einlagen und häufigen Entnahmen.

Letztlich lässt sich daher mE die Rsp zu Art 39 Abs 1 UN-K, die für die Auslegung der Angemessenheit in § 377 UGB als Orientierungshilfe bestimmend ist, nicht für die Angemessenheit in § 171 S 2 UGB fruchtbar machen. Die Angemessenheit wird daher an den oben erwähnten zu beurteilen sein, wobei die Rsp den zeitlichen Rahmen abzustecken haben wird.

2.6.3.10 Pflicht zur Auskunft von sich aus

Weiters sind Überlegungen anzustrengen, ob, wie *Krejci*⁶¹⁸ es vertritt, den Kommanditisten uU auch eine Pflicht treffe, von sich aus tätig zu werden und den Gläubiger aktiv zu informieren. Dies solle nach *Krejci* dann der Fall sein, wenn der Kommanditist den Gläubiger auf dessen Verlangen hin über die vollständige Leistung der Einlage in Kenntnis gesetzt hat, er daraufhin aber Entnahmen aus der Gesellschaft tätigt. Hier sei durch die Auskunft ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden, der es rechtfertigen solle, den Kommanditisten von sich aus zum Tätigwerden zu verpflichten. Der Gläubiger könne sich demnach auf die einmal erteilte Nachricht verlassen und brauche nicht ständig überprüfen, ob diese noch stimme. Die Auffassung *Krejci*'s, die er ohne jeglichen dogmatischen Nachweis vertritt, bedarf jedenfalls einer näheren Überprüfung. Auch schließen sich an seine Ansicht weitere Folgeprobleme an, die ebenso nach einer tieferen Auseinandersetzung verlangen.

Ruft man sich das telos des § 171 S 2 UGB ins Gedächtnis, wird ersichtlich, dass dieses nur dann seine Wirkung entfalten kann, wenn sich der Gläubiger auf die ihm erteilte Auskunft auch „längerfristig“ verlassen kann. Folgende Beispiele sollen die angesprochene Problematik illustrieren, wobei diese nicht nur auf den von *Krejci* gebrachten Fall von Entnahmen nach der Auskunft, dass die Pflichteinlage geleistet wurde, beschränkt ist, wie das 2. Beispiel veranschaulichen soll:⁶¹⁹

So kann der Fall dergestalt sein, dass der Kommanditist auf Verlangen des Auskunftsberechtigten über die vollständige Leistung der Einlage informiert, weshalb

⁶¹⁸ *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 171 Rz 8.

⁶¹⁹ *Krejci* legt seiner Annahme lediglich den sogleich als zweites Beispiel gebrachten Fall zugrunde; das Problem ebenfalls erkennend *Harrer*, GesRZ 2004, 85.

der Gläubiger von einer Klagserhebung Abstand nimmt. Unmittelbar danach tätigt der Kommanditist jedoch Entnahmen aus der Gesellschaft.⁶²⁰

So kann der Sachverhalt aber auch derart gelagert sein, dass dem anfragenden Gesellschaftsgläubiger vom Kommanditisten mitgeteilt wird, dass er seine Pflichteinlage von zB 200 bereits zur Hälfte geleistet hat. Er kann von dem Gläubiger folglich noch bis zu einem Betrag von 100 in Anspruch genommen werden. Am folgenden Tag erbringt der Kommanditist vereinbarungsgemäß die restliche Einlage. Seine Haftung entfällt. Eine tags darauf vom Dritten gegen den Kommanditisten eingebrachte Klage ist abzuweisen.

In beiden Fällen ist die Problemkonfiguration die identische. Sie liegt darin, dass der Gläubiger seine relevanten Entscheidungen, d.h. die gerichtliche Verfolgung seiner Interessen gegen den Kommanditisten, oftmals nicht unmittelbar nach Auskunftserlangung treffen wird oder wird können. Ist der Gläubiger etwa eine Gesellschaft wird der Entscheidungsprozess oftmals eine formelle Beschlussfassung des zuständigen Organs bedingen. Dies kann aber dauern. Bis die entsprechende Entscheidungsfindung abgeschlossen ist, kann - wie in den oben angeführten Fällen gezeigt - die der Entscheidung zugrunde gelegte Information bereits nicht mehr stimmen. Es würde, insofern ist *Krejci* sicherlich zuzustimmen, die Rechtsverfolgung bzw den Geschäftsverkehr über Gebühr belasten, würde man von einem Gesellschaftsgläubiger verlangen, dass er sich täglich über die Richtigkeit der einmal erteilten Auskunft neu zu informieren hat. Damit würde das Konfliktlösungspotenzial der Auskunftspflicht nach § 171 S 2 UGB konterkariert werden. Dies spricht in der Tat dafür, die Auskunftspflicht nicht nur auf den normierten Fall des vorangegangenen Auskunftsbegehrens zu beschränken, sondern auch eine „Pflicht zur Auskunft von sich aus“ anzunehmen.

⁶²⁰ So auch *ders* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 171 Rz 8.

Die Schwierigkeiten, die mit einer solchen „Pflicht zur Auskunft von sich aus“ verbunden sind, zeigen sich mE jedoch darin, dass dieser Vertrauenstatbestand nicht ewig Bestand haben kann. So ist nicht einzusehen, dass ein Gläubiger, dem vom Kommanditisten mitgeteilt wird, dass die Pflichteinlage vollständig geleistet worden ist, auch noch geraume Zeit danach auf diese Auskunft vertrauen darf. Hier kann und muss dem Gläubiger zugemutet werden, neuerlich die entsprechende Auskunft einzuholen. Das entscheidende Momentum ist also offenbar der zeitliche Konnex zwischen Auskunft und Entnahme. Erfolgt diese in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang zur Auskunftserteilung, wird der Kommanditist richtigerweise von sich aus den Gläubiger über diesen Umstand informieren müssen. Verstreicht dagegen zwischen Auskunft und Entnahme soviel Zeit, dass ein schützenswertes Vertrauen nicht mehr angenommen werden darf, muss der Gläubiger abermals die notwendige Auskunft verlangen. Den Kommanditisten trifft dann keine Pflicht, aktiv tätig zu werden. Der entscheidende Aspekt liegt daher in der Frage, wie lange ein solches Vertrauen schützenswert ist.

Diese Frage umgehen könnte man derart, einfach den Umfang der Auskunftspflicht zu erweitern. Der Kommanditist müsste dann nicht bloß über die bereits teilweise geleistete Einlage, sondern auch über den künftigen Termin (bzw die künftigen Termine) Auskunft geben, zu dem (denen) vereinbarungsgemäß die restlichen Einlagen geleistet werden sollen. Auch die Pflicht zur Auskunft über bereits vereinbarte Entnahmen in der Zukunft müsste konsequenterweise von der Auskunftspflicht umfasst werden.⁶²¹ Dadurch würde der Gläubiger in die Lage versetzt, genau über den Haftungsumfang im jeweiligen Zeitpunkt Bescheid zu wissen und dementsprechend disponieren zu können. Allerdings würde eine solche Auskunftsbreite für den Kommanditisten und auch für die Gesellschaft selbst massive Einschnitte in die Vertraulichkeit gesellschaftsinterner Belange bedeuten.

⁶²¹ Zur Gewinnentnahme und zur gewinnunabhängigen Entnahme vgl *Krejci*, ÖJZ 2006, 53 (58 f); siehe auch II.D.I3.3.

Im Übrigen weist der Bestand der Richtigkeit dieser Informationen auch aus anderen Gründen erhebliche Unsicherheiten auf. So kann das Einbringen der (restlichen) Pflichteinlage einer selbständigen Beschlussfassung in der KG vorbehalten bleiben. Auch können die Termine der Einlageerbringung einvernehmlich jederzeit abgeändert werden, ebenso sind künftige Entnahmen nicht immer vorhersehbar. Es zeigt sich also, dass der Versuch, die oben aufgeworfene Frage, zu umschiffen mehr Folgeprobleme schafft, als Lösungen bringt.

Die sachgerechteste Lösung wird mE wohl die sein, die schützenswerte Dauer des durch die Angaben des Kommanditisten hervorgerufenen Vertrauens jeweils im Einzelfall zu beurteilen. Dabei werden verschiedene Kriterien, wie etwa die Höhe der im Anschluss an die Auskunft zu tätigenen Einlageleistung oder Entnahme in der Relation zur Gesamthöhe der Pflichteinlage, heranzuziehen sein. So wird die Pflicht zur Auskunft von sich aus zeitlich länger bestehen, wenn die Einlageerbringung oder Entnahmen relativ hoch sind, während über geringfügige Beträge nur unmittelbar nach der ursprünglichen Auskunftserteilung aktiv aufzuklären ist. Ebenso sollte die Wahrscheinlichkeit einer nahenden Inanspruchnahme des Kommanditisten durch den Auskunft begehrenden Gesellschaftsgläubiger in die Einzelfallbeurteilung aufgenommen werden. Erkundigt sich der Gläubiger demgemäß zielgerichtet über die tatsächliche Höhe der geplanten Inanspruchnahme, umfasst die Pflicht zur Auskunft von sich aus mE auch geringfügige Änderungen des Haftungsumfanges.

Ergibt sich nach dem Gesagten, dass der Dritte auf die erteilte Auskunft des Kommanditisten vertrauen durfte, hat ihn dieser also über weitere Leistungen der Pflichteinlage bzw geplante Entnahmen von sich aus zu informieren. Aus dogmatischer Sicht ist dieses Ergebnis durch eine Gesetzesanalogie⁶²² zu § 171 S 2 UGB zu erzielen,

⁶²² Vgl Bydlinski, Methodenlehre² 477 ff.

da anzunehmen ist, dass vor dem Hintergrund des telos von § 171 S 2 UGB die hier relevanten Sachverhalte ebenso erfasst sein müssten.

Klar ist, dass auch diese Auffassung aus Sicht des Verkehrsschutzes und der Rechtssicherheit nicht gänzlich befriedigend ist; doch verbessert er jedenfalls die Rechtslage, wie sie ohne eine solche Analogie bestehen würde.⁶²³

2.6.3.11 Rechtsfolgen

2.6.3.11.1 Allgemeines

Bedauerlicher Weise hat es der Gesetzgeber unterlassen, in § 171 S 2 UGB konkrete Rechtsfolgen für den Fall aufzunehmen, dass der Kommanditist seiner Auskunftspflicht nicht oder nicht gehörig nachkommt. Somit greifen die allgemeinen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen nach den §§ 1293 ff ABGB.⁶²⁴ Zur weiteren Erörterung der haftungsrechtlichen Problematiken scheint es angezeigt, unterschiedliche Fallgruppen zu bilden.

2.6.3.11.2 Im Falle des Schweigens des Kommanditisten

Unterlässt es der Auskunftsverpflichtete, auf Verlangen des Gläubigers die entsprechenden Informationen zu geben, muss dieser sein Recht auf Auskunft gerichtlich

⁶²³ Die Pflicht zur Auskunft von sich aus nach Schaffung eines Vertrauenstatbestandes durch die eigene Auskunft über die haftungsrechtliche Situation wird sich mE wohl auch aus den Regeln über das vorvertragliche Schuldverhältnis ableiten lassen.

⁶²⁴ So auch *Reich-Rohrwig/Schneider*, *ecolex* 2006, 389 (392), *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 171 Rz 10; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, *Gesellschaftsrecht* Rz 1328; *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *Gesellschaftsrecht* Rz 2/862.

geltend machen.⁶²⁵ Dies erfordert bereits die Schadensminderungspflicht.⁶²⁶ Erlangt der Gesellschaftsgläubiger im Wege der Stattgebung eines solchen Klagebegehrens die für die Bestimmung des konkreten Haftungsumfanges entscheidende Information, kann er den Kommanditisten in einem nächsten Schritt auf den konkreten Betrag in Anspruch nehmen. Diese beiden Klagebegehren kann der Dritte im Wege einer Stufenklage verbinden.⁶²⁷

Schwieriger ist Antwort auf die Frage, ob die (frustrierten) Prozesskosten des Gläubigers, der im Falle der Auskunftsverweigerung des Kommanditisten ohne diesen „Zwischenschritt“ das Klagebegehren unmittelbar auf Leistung der sich aus dem Firmenbuch ergebenden Haftsummenhöhe richtet, vom Kommanditisten zu ersetzen sind, wenn die Pflichteinlage im Zeitpunkt der Anfrage bereits vollständig erbracht wurde und die Klage daher kostenpflichtig abzuweisen war.

Nach allgemein schadenersatzrechtlichen Erwägungen müsste dies bejaht werden. Das rechtswidrige Verhalten des Kommanditisten liegt im Verstoß gegen die Pflicht zur Auskunftserteilung, die ihm in § 171 S 2 UGB auferlegt ist. Hätte er gesetzeskonform gehandelt und darüber informiert, dass er als Kommanditist wegen vollständiger Leistung seiner Einlage nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, hätte der Gläubiger davon Abstand genommen, den Kommanditisten vor Gericht zu klagen. Somit wären ihm auch keine Rechtsverfolgungskosten entstanden. Daraus folgt, dass das rechtswidrige Verhalten des Kommanditisten kausal für den Schadenseintritt war. Dass § 171 S 2 UGB gerade solche Schäden zu verhindern sucht, der

⁶²⁵ *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 1328.

⁶²⁶ Zutr *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 171 Rz 10.

⁶²⁷ Vgl *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 171 Rz 4, der zutr Weise einen Vergleich mit der Stufenklage des Handelsvertreters gegenüber dem Unternehmer bemüht, der dem Handelsvertreter die Offenlegung seiner Rechnungslegung verweigert und ihn dadurch die Möglichkeit nimmt, die auf den abgeschlossenen Geschäften beruhenden Provisionsansprüche zu berechnen; siehe etwa JBl 1993, 249; ecolex 1994, 92; vgl auch *Fucik/Rechberger* in *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zur ZPO³ (2006) Art XLII Rz 1 ff.

Rechtswidrigkeitszusammenhang also gegeben ist, braucht wohl nicht eigens erörtert zu werden. Ist dem Kommanditisten sein Verhalten auch vorwerfbar, wird er dem Gläubiger in Höhe der Prozesskosten verantwortlich.

Man wird allerdings mE in die Betrachtung miteinbeziehen müssen, in diesem Fall dem Gläubiger ein Obliegenheitsverletzung gem § 1304 ABGB dafür anzulasten, dass er nicht den sicheren Weg einer „Stufenklage“ gewählt hat, sondern vielmehr trotz der Ungewissheit der Haftungshöhe sein Klagebegehren sofort auf den aus dem Firmenbuch ersichtlichen Haftungsumfang gestützt hat, insofern sich also sorglos in eigenen Angelegenheiten gezeigt hat.⁶²⁸ Der auf die Prozesskosten gerichtete Schadenersatzanspruch wird daher zu teilen sein. Diejenigen Kosten, die auch bei Erhebung einer Klage, die auf das Auskunftbegehren gerichtet ist, bzw bei einer Stufenklage entstehen würden, sind dabei zu ersetzen; dies gilt mE hingegen nicht für die Mehrkosten, die eine „direkte“ Klage nach sich zieht.

2.6.3.11.3 *Im Falle der fehlerhaften Auskunft, dass nicht (vollständig) geleistet worden sei*

Teilt der Kommanditist dem Gläubiger auf dessen Verlangen hin mit, dass er die Einlage nicht oder nicht vollständig erbracht hat, wird sich der Gläubiger (auch) bei ihm befriedigen wollen. Ist diese Auskunft in Wahrheit jedoch unrichtig, da der Kommanditist die Pflichteinlage sehr wohl zur Gänze geleistet und damit seine Haftung zum Erlöschen gebracht hat, ist fraglich, ob der Gläubiger die dadurch frustrierten Aufwendungen ersetzt verlangen kann. Freilich wird dieser Fall die Ausnahme darstellen, weil zu erwarten ist, dass der Kommanditist weitaus häufiger (wahrheitswidrig) behaupten werde, dass er seine Einlage bereits vollständig geleistet

⁶²⁸ So auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 171 Rz 10.

habe. Typischerweise wird der Schaden in den frustrierten Verfahrenskosten bestehen. ME ist ein Schadenersatzanspruch diesfalls aus folgenden Überlegungen zu bejahen:

Den Kommanditisten trifft nach § 171 S 2 UGB die gesetzliche Pflicht über die geleistete Einlage auf Verlangen des Gläubigers Auskunft zu geben. Verletzt er diese Pflicht schuldhaft, indem er unrichtige Angaben tätigt, wird er für den dadurch kausal verursachten Schaden ersatzpflichtig. Um zu prüfen, ob diese Pflichtverletzung für den Schaden kausal war, muss dieses durch das in dieser Situation pflichtgemäße Verhalten ersetzt werden. Entfällt diesfalls der Schaden, ist die Kausalität des Pflichtverstoßes gegeben. Hätte der Kommanditist daher den Gläubiger wahrheitsgetreu darüber in Kenntnis gesetzt, dass er seine Einlage vollständig erbracht (und auch nicht wieder entnommen hat), hätte der Gläubiger von dessen Inanspruchnahme ob des Haftungsentfalls Abstand genommen. Es wären daher bei pflichtgemäßem Verhalten keine Verfahrenskosten aufgelaufen, die nunmehr frustriert sind. Ist dem Kommanditisten in Bezug auf seine unrichtige Auskunftserteilung auch Verschulden vorzuwerfen, hat er also vorsätzlich oder zumindest fahrlässig gehandelt, hat er den Vertrauensschaden, der - wie erwähnt - idR in den frustrierten Verfahrenskosten bestehen wird, zu ersetzen.⁶²⁹

*Reich-Rohrwig/Schneider*⁶³⁰ äußerten die Ansicht, dass der Kommanditist im Einzelfall auch zum Ersatz des Erfüllungsinteresses verpflichtet werden könne. Den Sachverhalt, den sie dabei offenbar vor Augen haben, ist jener, dass der potentielle Gesellschaftsgläubiger, bevor er den Vertrag mit der Gesellschaft schließt, bei dem Kommanditisten anfragt, inwieweit dieser seine Einlage erbracht hat. Dieser teilt daraufhin mit, dass er seine Pflichteinlage noch nicht oder noch nicht vollständig erbracht hat. Diese Auskunft ist allerdings unrichtig. Im Hinblick auf den vermeintlich

⁶²⁹ So auch *Reich-Rohrwig/Schneider*, *ecolex* 2006, 389 (392), ohne allerdings auf konkrete Fallgruppen einzugehen.

⁶³⁰ *Reich-Rohrwig/Schneider*, *ecolex* 2006, 389 (932).

noch bestehenden Haftungsfond kommen die Gesellschaft und der Dritte rechtsgeschäftlich überein. Der Gesellschaftsgläubiger erbringt seine Leistung. Da die KG in der Folge illiquid wird, greift er auf den Kommanditisten.

In diesem Fall vertreten *Reich-Rohrwig/Schneider* die Meinung, dass eine Haftung auf das Interesse dann denkbar sei, wenn der Gläubiger im Hinblick auf die schuldhafte Falscherteilung der Auskunft durch den Kommanditisten leistet und die KG in der Folge illiquid wird.

Diese Auffassung ist mE unrichtig. Es fehlt nämlich an der korrekten Prüfung der Kausalität. Der Kommanditist kann - wie oben gezeigt worden ist - nach allgemein schadenersatzrechtlichen Regeln stets nur für den kausal verursachten Schaden verantwortlich gemacht werden. Für den Nichterfüllungsschaden war das pflichtwidrige Verhalten des Kommanditisten aber nicht kausal. Hätte er nämlich zutr Weise Auskunft dahingehend gegeben, dass ob seiner vollständigen Erbringung der Pflichteinlage die Haftungsprivilegierung greift und seine Haftung daher entfällt, hätte der Dritte das entsprechende Rechtsgeschäft mit der Gesellschaft überhaupt nicht geschlossen.⁶³¹

⁶³¹ Im Übrigen ist auch die von *Reich-Rohrwig/Schneider* vorgebrachte Sachverhaltskonstruktion irreführend. So könnte man daraus ableiten, dass die Gesellschaft illiquid sein muss, um auf den Kommanditisten greifen zu können. Richtig ist aber vielmehr, dass ein Charakteristikum der Kommanditistenhaftung darin liegt, dass der Kommanditist primär in Anspruch genommen werden kann. Es ist daher nicht nötig, dass die Gesellschaft zahlungsunfähig ist, um auch den Kommanditisten in Anspruch nehmen zu können. Selbst dann, wenn man sich der unhaltbaren Meinung einer Kommanditistenhaftung auf das Erfüllungsinteresse anschließen würde, wäre es also mE nicht nachvollziehbar, wieso die KG illiquid werden muss, um die Haftung des Kommanditisten auszulösen.

2.6.3.11.4 *Im Falle der fehlerhaften Auskunft, dass vollständig geleistet worden sei*

Der in der Geschäftspraxis wohl am häufigsten vorkommende Fall wird jener sein, dass - vorsätzlich oder fahrlässig - der Kommanditist unzutr erklärt, seine Pflichteinlage voll erbracht zu haben, obwohl er diese nicht oder nicht vollständig geleistet hat oder Entnahmen aus der Gesellschaft getätigt hat. Diese Falscherklärung wird den Gläubiger dazu veranlassen, von einer gerichtlichen Rechtsverfolgung beim Kommanditisten abzusehen, obgleich eine solche möglich wäre. Wiederum verletzt der Kommanditist schuldhaft seine gesetzliche Auskunftspflicht und wird nach den §§ 1293 ff ABGB für den daraus schuldhaft verursachten Schaden verantwortlich.

Die Rechtsverfolgung dieses Haftungsanspruchs wird aber regelmäßig dadurch erschwert werden, dass dem Gläubiger der haftungsrelevante Umstand nicht erkennbar ist. Diese Problematik erinnert an die Begründung im Diskussionsprozess, welcher der Einführung des § 171 S 2 UGB vorangegangen ist und als dessen Folge von einer Eintragungspflicht der bereits geleisteten Einlage in das Firmenbuch abgegangen wurde.⁶³² Es wird sohin ersichtlich, dass die nun gewählte Lösungsvariante der Auskunftspflicht in § 171 S 2 UGB in diesem konkreten Fall an derselben Unzulänglichkeit leidet. Dabei wäre es ein Leichtes gewesen, diese in den Griff zu bekommen. § 171 S 2 UGB hätte nur um die verpflichtende Bescheinigung der geleisteten Einlage⁶³³ oder einer unwiderleglichen Vermutung, dass die Einlage bei Schweigen des Kommanditisten nicht geleistet wurde,⁶³⁴ erweitert werden müssen.

Erfährt der Gläubiger von der nach wie vor bestehenden Haftung des Kommanditisten und nimmt ihn daraufhin in Anspruch, hat der Kommanditist neben der

⁶³² Vgl II.C.2.6.3.1.

⁶³³ Dazu die berechtigte Kritik von *Reich-Rohrwig/Schneider*, *ecolex* 2006, 389 (392).

⁶³⁴ So auch *Harrer*, *GesRZ* 2004, 85 (86).

Gesellschaftsschuld⁶³⁵ auch jene Schäden zu ersetzen, die dem Gläubiger dadurch entstanden sind, dass er den Kommanditisten erst nach Hervorkommen dessen tatsächlich noch bestehender Haftung in Anspruch nehmen konnte.

2.6.3.12 Sonderfragen der Haftung bei Verletzung der Auskunftspflicht

2.6.3.12.1 Schutz des bloßen Vermögens

Wenn man den Ersatz des Vertrauensschadens im Falle der Falschauskunft sowie im Falle des Schweigens bejaht, wird stillschweigend vorausgesetzt, dass das bloße Vermögen des Gläubigers idZ überhaupt geschützt wird. Denn durch die Aufwendungen, die der Gläubiger im Glauben an die Richtigkeit der Auskunft tätigt, wird er nicht in seinen absolut geschützten Gütern verletzt.⁶³⁶

Dies muss mE in der Tat angenommen werden. Der Grund, im deliktischen Bereich dem bloßen Vermögen keinen umfassenden Schutz zu gewähren, liegt in der unzumutbaren Beschränkung der Handlungsfreiheit jedes einzelnen.⁶³⁷ Jeder Schadensfalls könnte dann zu einer unabsehbaren Erweiterung des Kreises der Ersatzberechtigten („Potenzierung“⁶³⁸) führen und damit zu einem unüberschaubaren Risiko jeder Handlung, das eben die Bewegungsfreiheit unzumutbar beschneiden würde.⁶³⁹

⁶³⁵ Zur Erfüllungstheorie vgl II.C.2.2.

⁶³⁶ Zum parallelen Fall der Ersatzpflicht infolge mangelhafter Aufklärung in contrahendo vgl etwa *Koziol*, JBl 1994, 209 (211).

⁶³⁷ Vgl *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984) 20.

⁶³⁸ *Picker*, Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, JZ 1987, 1041 (1052).

⁶³⁹ Vgl nur den berühmten „Sängerfall“ bei *Reinhardt*, Der Ersatz des Drittschadens (1933) 96 f.

Keine derartigen Bedenken bestehen aber, wenn die Gefahr der Uferlosigkeit der Ersatzberechtigten gar nicht gegeben ist, weil etwa nur das bloße Vermögen des Vertragspartners Schutz erfährt.⁶⁴⁰ Nichts anderes kann für die Ersatzpflicht des Kommanditisten gegenüber dem auskunftsberechtigten Gläubiger gelten. Sie stehen zwar nicht in einem vertraglichen, wohl aber in einem gesetzlichen Schuldverhältnis, d.h. in einer Sonderrechtsbeziehung, die durch die Normierung der Auskunftspflicht nach § 171 S 2 UGB geschaffen wurde. Nur diesem gegenüber muss der Kommanditist Auskunft erteilen und nur diesem gegenüber wird er bei Verletzung dieser durch Gesetz auferlegten Pflicht ersatzpflichtig. Damit verliert auch in diesem Fall das Argument der zu befürchtenden Potenzierung der Ersatzberechtigten seine Überzeugungskraft. Dies spricht mE dafür, das Vermögen des Auskunftsberechtigten in den Schutzbereich einzubeziehen.

2.6.3.12.2 § 171 S 2 UGB als Schutzgesetz iSv § 1311 ABGB?

Ein kurzer Blick soll noch auf jene Gesellschaftsgläubiger gerichtet werden, die über die Höhe der geleisteten Einlage nicht über direkte Anfrage beim Kommanditisten Kenntnis erlangt haben, sondern durch einen anderen Gläubiger, der seinerseits gem § 171 S 2 UGB Auskunft beim Kommanditisten eingeholt hat, an diese Information gelangt ist. Greift nun der (zweite) Gläubiger im Vertrauen auf die weitergegebene Information auf den Kommanditisten und stellt sich die Auskunft als unrichtig heraus, muss nach dem eben Gesagten ein Schadenersatzanspruch dieses Gläubigers aus Verletzung der gesetzlichen Auskunftspflicht ausscheiden. Denn die der Auskunftspflicht zugrunde liegende Sonderrechtsbeziehung zum Kommanditisten entsteht nach § 171 S 2 UGB erst im Moment des Verlangens der entsprechenden Auskunft (arg „auf Verlangen“).

⁶⁴⁰ Siehe nur *Koziol*, JBl 1994, 209 (213).

Im deliktischen Bereich ist jedoch - wie erwähnt - ohne Vorliegen einer Sonderrechtsbeziehung der Schutz des bloßen Vermögens grs ausgeschlossen. Ausnahmen werden nur in einem sehr engen Bereich zugelassen; dies insb bei sittenwidriger Schadenszufügung (§ 1295 Abs 2 ABGB), bei bewusster Irreführung (§ 874 ABGB), bei wissentlicher Erteilung eines falschen Rates (§ 1300 UGB) oder bei Verletzung eines Schutzgesetzes, das auf die Vermeidung von Vermögensschäden abzielt (§ 1311 ABGB).

Gerade aber bei der Schutzgesetzverletzung könnte eingehakt und überlegt werden, ob man nicht doch zu einem Ersatz des insb fahrlässig⁶⁴¹ verursachten Vermögensschadens gelangen könnte, indem man § 171 S 2 UGB als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB qualifiziert, das gerade auf die Vermeidung von Vermögensschäden gerichtet ist. Dazu muss man sich abermals das telos der Bestimmung ins Gedächtnis rufen. Als Instrument zur Kenntniserlangung des Haftungsumfanges zwecks Abschätzung des Klagsrisikos soll gerade der Eintritt von Vermögensschäden verhindert werden. Allerdings muss der Schutzadressat, d.h. der persönliche Schutzbereich der Norm, in der Person des anfragenden Gläubigers festgemacht werden. Wird er initiativ und richtet sein Auskunftsbegehren an den Gläubiger, soll er durch die Pflicht zur Auskunft in die Position versetzt werden, die Lage in vermögensrechtlicher Hinsicht richtig zu beurteilen. Wird diese Pflicht verletzt, soll das Vermögen des Gläubigers vor den daraus resultierenden Schäden bewahrt werden. Daher kann mE nicht angenommen werden, dass es sich bei § 171 S 2 UGB um ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB handelt, das allgemein auf den Vermögensschutz der Gesellschaftsgläubiger gerichtet ist.

⁶⁴¹ Bei vorsätzlich verursachten Schäden wird bereits § 1295 Abs 2 ABGB Abhilfe bieten.

2.6.3.12.3 Beweislastverteilung

Grs gilt nach § 1296 ABGB die Vermutung, dass ein Schaden ohne Verschulden eines anderen entstanden ist. Daraus folgt, dass der Geschädigte prinzipiell das Verschulden des Schädigers zu beweisen hat. Diese Beweislastregel wird aber in § 1298 ABGB umgekehrt, wenn es sich um die Verletzung einer vertragsmäßigen oder gesetzlichen Verbindlichkeit⁶⁴² handelt.

Der Gedanke hinter dieser Haftungsverschärfung, die bewirkt, dass der Schädiger ohne nachgewiesenes Verschulden den Schaden zu ersetzen hat, ist zumindest im Falle einer vertraglichen Leistungsverpflichtung auf einen abgeschwächten Garantiedanken zurückzuführen.⁶⁴³ Der Schuldner sagt zu, eine bestimmte Leistung zu erbringen. In diesem Versprechen kann eine Art Anerkenntnis erblickt werden, das nicht die Kraft hat, eine verschuldensunabhängige Haftung auszulösen, sehr wohl aber die Beweislast zu verlagern vermag.⁶⁴⁴ Er muss daher beweisen, dass der Schadenseintritt auf ein nicht von ihm zu vertretendes Ereignis zurückzuführen ist.

Genau diese Erwägung lässt sich auch auf die Auskunftspflicht nach § 171 S 2 UGB umlegen. Während ein Vertragspartner privatautonom die Eignung zur Erbringung einer bestimmten Leistung verspricht, wird diesfalls durch die Normierung der gesetzlichen Auskunftspflicht der Garantiedanke vom Gesetzgeber formuliert. Er geht richtigerweise, wie auch schon unter II.C.2.6.3.4 dargelegt, davon aus, dass typischerweise der Kommanditist am besten über seine Haftung Bescheid wissen wird.

⁶⁴² Dies ist für den Bereich der Leistungspflichten weitestgehend unbestritten, anders hingegen für Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten; vgl nur *Karner* in KBB² § 1298 Rz 1 ff.

⁶⁴³ Vgl etwa *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I¹⁴ (1987) 278.

⁶⁴⁴ *Koziol*, JBl 1994, 209 (214).

Daraus folgt mE zwanglos, dass § 1298 ABGB auf die Verletzung der Auskunftspflicht anzuwenden ist und sich der Kommanditist daher in dieser schuldrechtlichen Sonderbeziehung frei zu beweisen hat. Handelt der Kommanditist im gegenständlichen Fall seiner Auskunftspflicht zuwider, indem er keine oder falsche Auskunft erteilt, verletzt er die Pflicht aus der § 171 S 2 UGB folgenden schuldrechtlichen Sonderbeziehung. Somit obliegt ihm gem § 1298 ABGB ihm die Beweislast, dass ihn an der Pflichtverletzung kein Verschulden trifft.⁶⁴⁵

2.6.3.12.3 *Gehilfenhaftung*

Zwischen dem zur Auskunft verpflichteten Kommanditisten und dem Gesellschaftsgläubiger besteht, wie bereits oben ausführlich dargelegt, ein gesetzliches Schuldverhältnis. Zur Erfüllung einer solchen Verpflichtung kann sich der Kommanditist eines Gehilfen bedienen.

Erleidet der Gläubiger durch die, insb unrichtige, verspätete oder unterlassene Auskunftserteilung durch den Gehilfen des Kommanditisten einen Schaden und könnte er sich für seinen Ersatzanspruch dabei lediglich an den Gehilfen halten, der ihm zudem mangels zuvor bestehenden Schuldverhältnisses nur nach deliktischen Grundsätzen haften würde, wäre der Kommanditist besser gestellt, als wenn er seine Verpflichtung selbst erfüllt hätte. Daher wird ihm ein Verschulden seiner Gehilfen, derer er sich zur Erfüllung einer Verpflichtung bedient, gem § 1313a ABGB zugerechnet.⁶⁴⁶ Ob es sich dabei um ein vertragliches oder -wie im gegenständlichen Fall - um ein gesetzliches Schuldverhältnis handelt, ist dabei unerheblich.⁶⁴⁷

⁶⁴⁵ Auch die Beweiszuständigkeit für das Einbringen der Pflichteinlage trifft den Kommanditisten, vgl K. Schmidt, in MÜchKomm HGB, §§ 171, 172, Rz 61.

⁶⁴⁶ Koziol, JBI 2004, 209 (213 f).

⁶⁴⁷ Vgl nur Karner in KBB² § 1313a Rz 2.

2.6.3.13 Auskunftspflicht nach § 171 S 2 UGB im Stadium der Vor-KG

Wie bereits mehrfach angedeutet, hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, den sachlichen Anwendungsbereich von § 171 S 2 UGB zu erweitern und auch im Bereich der Vorgesellschaft zur Anwendung zu bringen. So heißt es in den Materialien zum HaRÄG 2005⁶⁴⁸ expressis verbis „Die Auskunftspflicht des Kommanditisten (§ 171 Abs 1 S 2 idvF) über die Höhe seiner Haftung erleichtert auch hier die Geltendmachung eines Anspruches gegen ihn“. Auf Verlangen eines Gläubigers hat daher der künftige Kommanditist dem Dritten gegenüber über die Höhe der geleisteten Einlage binnen angemessener Frist Auskunft zu geben.

Bereits aus der systematischen Stellung von § 171 S 2 UGB ergibt, dass er sich im „ursprünglichen“ Anwendungsbereich auf Sachverhaltskonstellationen bezieht, welche sich nach der konstitutiven Firmenbucheintragung der Gesellschaft und sohin nach Entstehen der KG im Außenverhältnis ereignen. Trotzdem hindert der Wortlaut der Bestimmung nicht die Annahme, dass der erwähnte gesetzgeberische Wille in Bezug auf die Vor-KG in einer direkten Anwendung von § 171 S 2 UGB verwirklicht werden kann.⁶⁴⁹ Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung im Vorstadium der KG ist daher nicht erforderlich.

Dieses Vorziehen des § 171 S 2 UGB in das Vorstadium wirft aber zwei Problemkreise auf, denen bislang im Schriftum - soweit ersichtlich - noch keine Beachtung geschenkt worden ist.

⁶⁴⁸ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 48 (zu § 176).

⁶⁴⁹ Dass der Gesetzgeber in § 171 S 2 UGB den Begriff „Kommanditist“ verwendet, steht einer direkten Anwendung im Vorstadium nicht entgegen; auch in § 176 Abs 1 S 1 UGB spricht das Gesetz nämlich von „Kommanditist“ und nicht von einem „als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafter“; zur Kritik an der Terminologie des Gesetzgebers vgl II.C.2.6.2.3.

2.6.3.13.1 *Fehlende Ersichtlichkeit der Stellung als beschränkt haftender Gesellschafter*

Zunächst bereitet die Tatsache Schwierigkeiten, dass für den Gläubiger ob der fehlenden Firmenbucheintragung nicht erkennbar ist, wer als Komplementär und wer lediglich als Kommanditist in das Firmenbuch eingetragen werden soll.

Verschärft wird dieser Umstand dadurch, dass das HaRÄG 2005 ua auch eine Liberalisierung des Firmenrechts gebracht hat, wonach neben Personen- nunmehr auch Sach- und Fantasiefirmen zulässig sind. Während bis zur Einführung des HaRÄG 2005 zumindest ein Komplementär in den Firmenwortlaut aufgenommen werden musste, kann dies nach geltender Rechtslage unterbleiben. Dies hat zur Folge, dass der Firmenwortlaut immer weniger Rückschlüsse auf die Gesellschafterstruktur zulässt.⁶⁵⁰

Wird daher dem beschränkt haftenden Gesellschafter eine Auskunftspflicht über die auf seine Haftsumme geleistete Pflichteinlage bereits im Vorstadium auferlegt, muss dem Gläubiger zunächst möglich sein, sich darüber Kenntnis zu verschaffen, wer überhaupt als Kommanditist in das Firmenbuch eingetragen werden soll. So kann aus den §§ 176 Abs 1 sowie 171 Abs 1 UGB insb unter Zuhilfenahme der insofern eindeutigen Gesetzesmaterialien mE in der Tat das telos abgeleitet werden, dass es bereits im Stadium der Vor-KG dem Gläubiger möglich sein muss, die haftungsrechtliche Situation des als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafters in Erfahrung zu bringen. Dazu kann mE im Wege der Gesetzesanalogie⁶⁵¹ die Auskunftspflicht nach § 171 S 2 UGB dahingehend erweitert werden, dass die als Komplementäre einzutragenden Gesellschafter im Vorstadium eine Auskunftspflicht trifft, Gläubiger auf deren Verlangen hin darüber zu informieren, welcher Gesellschafter als Kommanditist in das Firmenbuch eingetragen werden soll. Hingegen geht diese Verpflichtung mE nicht so

⁶⁵⁰ Vgl dazu I.D.2.3.

⁶⁵¹ Vgl etwa *Bydlinski*, Methodenlehre² 477 ff.

weit, dass die künftigen Komplementäre auch verpflichtet wären, über die auf die Haftsumme bereits geleisteten Einlagen des als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafters bzw über die Höhe seiner Haftsumme aufzuklären. Auf dieser Weise wird nämlich die Ausgangslage geschaffen, von der auch der Gesetzgeber bei der Bestimmung des Normgehalts des § 171 Abs 1 S 2 UGB ausging: Der Gläubiger weiß, wer als (künftiger) Kommanditist unbeschränkt haftet. Da der Gesetzgeber auch nach Entstehung der Gesellschaft nur dem betreffenden Kommanditisten und nicht auch den Komplementären eine Auskunftspflicht auferlegt hat, verbietet sich mE, selbiges nun im Vorstadium anzunehmen.

2.6.3.13.2 Fehlende Ersichtlichkeit der Haftsummenhöhe

Der zweite Problemkreis betrifft abermals einen Umstand, der aus der fehlenden Firmenbucheintragung von KG und künftigen Kommanditisten im Vorstadium folgt. Wie soeben nachgewiesen, wird dem künftigen Komplementär im Bereich der Vorgesellschaft die Verpflichtung auferlegt, Gläubiger darüber zu informieren, wer als beschränkt haftender Gesellschafter in das Firmenbuch eingetragen werden soll. Dadurch wird der Gläubiger in die Lage versetzt, sein Verlangen auf Auskunft über die Höhe der bislang geleisteten Einlage nach § 171 S 2 UGB an den künftigen Kommanditisten zu stellen.

Hält sich der künftige Kommanditist strikt an den Wortlaut des § 171 S 2 UGB und klärt den Gläubiger über die „Höhe der geleisteten Einlage“ binnen angemessener Frist auf, ist damit für den Gläubiger noch nichts gewonnen. Ohne Kenntnis auch über die Höhe der Haftsumme, wird er mit den erteilten Informationen über die Höhe der erbrachten Pflichteinlage nicht viel anfangen können. Der Gesetzeszweck des § 171 Abs 1 S 2 UGB, nämlich dem Gläubiger ein Instrument der Informationserlangung hinsichtlich des tatsächlich noch bestehenden Haftungsumfangs des Kommanditisten zwecks Abschätzung des Klagsrisikos zur Verfügung zu stellen, kann nur dann erfüllt

werden, wenn sich der Aufklärungsumfang im Bereich der Vor-KG auch auf die Höhe der Haftsumme selbst erstreckt. § 171 S 2 UGB ist mE daher im Vorstadium analog auf die Auskunftspflicht hinsichtlich der Höhe der Haftsumme anzuwenden.

Im Übrigen muss - wie unter II.2.6.3.7 bei der bereits eingetragenen Gesellschaft ausführlich nachgewiesen wurde - mE auch im Vorstadium eine analoge Anwendung der Auskunftspflicht nach § 171 Abs 1 S 2 UGB auf eine erfolgte Entnahme der Einlage durch den Kommanditisten bejaht werden.⁶⁵² Auch die auf einer Gesetzesanalogie beruhende Pflicht zur Auskunft von sich aus, findet im Stadium vor Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch meiner Ansicht nach Anwendung.⁶⁵³

2.6.3.13.3 Veränderungen in der Höhe der Haftsumme

Die Beschränkung der Haftung des künftigen Kommanditisten auf den Betrag der einzutragenden Haftsumme bereits vor Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch eröffnet ein weiteres Problemfeld. Grob unterteilen lässt sich dieses in zwei Themenkreise: Einerseits in den Themenkomplex rund um eine Erhöhung der Haftsumme des künftigen Kommanditisten, andererseits in jenen rund um eine allfällige Herabsetzung derselben, jeweils noch vor der konstitutiven Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch. Innerhalb dieser beiden Fragenkomplexe lässt sich nochmals danach unterteilen, ob der Geschäftsabschluss mit dem Dritten vor⁶⁵⁴ oder nach⁶⁵⁵ der Änderung

⁶⁵² Vgl II.C.2.6.3.7.

⁶⁵³ Zur Pflicht zur Auskunft von sich aus bei einer bereits eingetragenen Gesellschaft vgl II.C.2.6.3.10.

⁶⁵⁴ In diesem Fall spricht man von Altgläubigern oder besser von Altverbindlichkeiten, da ein Gläubiger mit verschiedenen Forderungen teils in die eine, teils in die andere Kategorie fallen kann; vgl dazu K. Schmidt in MünchKomm HGB §§ 174, 175 Rz 14.

⁶⁵⁵ IdZ spricht man von Neugläubigern oder besser von Neuverbindlichkeiten; vgl dazu FN 651.

in der Haftsummenhöhe erfolgte und in letzter Konstellation, ob der Dritte von der Höhe der Haftsumme bei Geschäftsabschluss wusste oder nicht.

a) Erhöhung der Haftsumme

Grs sind jene Fallkonstellation zu beleuchten, in denen bei Errichtung der Gesellschaft eine bestimmte Haftsumme des als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafters vereinbart worden ist, diese dann aber später durch eine von allen Gesellschaftern bewirkte Gesellschaftsvertragsänderung⁶⁵⁶ erhöht wird.

Zur weiteren Untersuchung scheint es geboten, sich zunächst die einschlägige Bestimmung der bereits entstandenen KG zu vergegenwärtigen, um zu prüfen, ob darin Zweck- oder Prinzipienschichten des Rechts offen gelegt werden können, die auch die vorliegenden Fallkonstellationen anzuwenden sind.

aa) Haftsummenerhöhung nach Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch

Eine durch Gesellschaftsvertragsänderung bewirkte Erhöhung der Haftsumme entfaltet Außenwirkung grs durch die konstitutive Eintragung im Firmenbuch. Dies ist in § 172 UGB zwar nicht ausdrücklich geregelt, muss aber aufgrund der Einheit von § 174 UGB, der sich mit der Wirksamkeit einer Herabsetzung der Haftsumme beschäftigt und im weiteren Verlauf der Arbeit noch näher dargestellt werden wird,⁶⁵⁷ und

⁶⁵⁶ Vgl. K. Schmidt in MünchKomm HGB §§ 171, 172 Rz 33; vgl. aber auch Jabornegg in Jabornegg, HGB § 172 Rz 7, der darauf hinweist, dass eine Erhöhung auch durch einen Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter ohne Zustimmung des Kommanditisten möglich ist, wenn dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist.

⁶⁵⁷ Vgl. II.C.2.6.3.13.3 b) aa).

§ 172 Abs 1 UGB sowie aufgrund des § 171 Abs 1 UGB vorausgesetzt werden.⁶⁵⁸ Davor wirkt sie lediglich im Innenverhältnis der Gesellschafter.⁶⁵⁹ Die Eintragung und die Bekanntmachung der Haftsummenänderung regelt § 175 UGB.⁶⁶⁰

§ 172 Abs 1 UGB behandelt vor dem Hintergrund der grs konstitutiven Firmenbucheintragung der Haftsummenerhöhung besondere Fälle, in denen die Erhöhungsvereinbarung bereits vor der Firmenbucheintragung außenwirksam wird. Es handelt sich dabei um einen objektiven Tatbestand des Wirksamwerdens, nicht um eine Vertrauenshaftung.⁶⁶¹ § 172 Abs 1 UGB ist von der Überlegung getragen, dass eine erhöhte Haftsumme für den Gläubiger ausschließlich begünstigend wirkt, weshalb der Gesetzgeber in diesem Fall geringere Anforderungen an die Publizität stellt.⁶⁶² Demgemäß sieht diese Bestimmung vor, dass sich Gläubiger auf eine nicht eingetragene Erhöhung der aus dem Firmenbuch ersichtlichen Haftsumme⁶⁶³ bereits dann berufen können, wenn die Erhöhung in gehöriger Weise kundgemacht oder Ihnen von der Gesellschaft mitgeteilt worden ist.

Der Gesetzgeber nahm mit der Wendung „in gehöriger Weise kundgemacht“ lediglich eine terminologische Anpassung an den neuen Unternehmerbegriff vor und änderte daher den noch in der bislang in dieser Hinsicht relevanten Bestimmung des § 172 Abs 2 HGB enthaltenen Wortlaut „in handelsüblicher Weise kundgemacht“

⁶⁵⁸ Es handelt sich dabei, wie *K. Schmidt* in MünchKomm HGB §§ 171, 172 Rz 33, nachweist, nicht um eine Vertrauenshaftung, sondern um den objektiven Tatbestand des Wirksamwerdens, woraus er die Auslegungsregel gewinnt, dass „eine Vereinbarung über die Erhöhung der Einlage, deren Eintragung nicht beabsichtigt ist, im Zweifel keine Haftsummenerhöhung darstellt“.

⁶⁵⁹ Vgl *K. Schmidt* in MünchKomm HGB §§ 171, 172 Rz 33 f

⁶⁶⁰ Siehe *dens* in MünchKomm HGB §§ 171, 172 Rz 33.

⁶⁶¹ *Ders* in MünchKomm HGB §§ 171, 172 Rz 33.

⁶⁶² Vgl *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 172 Rz 6, vgl aber auch § 174 Rz 3.

⁶⁶³ Daraus erschließt sich, dass der Anwendungsbereich dieser Norm die bereits in das Firmenbuch eingetragene KG erfasst.

entsprechend ab. Ebenso wurde im Zeichen einer terminologischen Klarstellung „Einlage“ durch „Haftsumme“ ersetzt. Eine materielle Änderung sollen diese beiden Anpassungen jedenfalls nicht bewirken.⁶⁶⁴ Daher kann auf die bisherige Rechtslage zurückgegriffen werden, wonach handelsübliche Kundmachungen etwa Rundschreiben oder Anzeigen in Tageszeitungen sind. Auch eine Ankündigung auf der Homepage kommt in Betracht.⁶⁶⁵

Die zweite Alternative, bei der sich die Gläubiger auf eine Erhöhung berufen können, ist dann gegeben, wenn sie ihnen mitgeteilt wird.⁶⁶⁶ Dazu darf die Mitteilung allerdings nicht bloß konkludent erfolgen und muss überdies durch die Gesellschaft, d.h. durch die für die Gesellschaft Handlungsbefugten,⁶⁶⁷ vorgenommen werden. Es wird aber von einem Teil der Lehre angenommen, dass auch eine Mitteilung durch den Kommanditisten genügt.⁶⁶⁸ Die Mitteilung muss an den Dritten in seiner Eigenschaft als Gläubiger oder Geschäftspartner der KG zugegangen sein, bloßes Wissen reicht nicht.⁶⁶⁹ Die Kundmachung „in gehöriger Weise“ wirkt hingegen zugunsten aller Gläubiger, dh auch zugunsten jener, die von der Erhöhung nicht wussten.⁶⁷⁰ Die Erhöhung durch Kundmachung in gehöriger Weise sowie durch Mitteilung gilt sowohl für Alt- als auch Neugläubiger. Beide Gruppen können sich auf die erhöhte Haftsumme berufen.⁶⁷¹

⁶⁶⁴ IdS auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 172 Rz 1.

⁶⁶⁵ Vgl *Koppensteiner* in *Straube*³ § 172 Rz 7, der seinerseits auf die Kommentierung von § 25 Rz 17 verweist; *K. Schmidt* in *MünchKomm HGB* §§ 171, 172 Rz 36.

⁶⁶⁶ Siehe etwa *Koppensteiner* in *Straube*³ § 172, Rz 7.

⁶⁶⁷ Vgl etwa *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 172 Rz 9.

⁶⁶⁸ Dafür etwa *K. Schmidt* in *MünchKomm HGB* §§ 171, 172 Rz 37; dagegen etwa *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 172 Rz 9.

⁶⁶⁹ So *K. Schmidt* in *MünchKomm HGB* §§ 171, 172 Rz 37.

⁶⁷⁰ Vgl *dens* in *MünchKomm HGB* §§ 171, 172 Rz 35.

⁶⁷¹ So etwa *ders* in *MünchKomm HGB* §§ 171, 172 Rz 35, 37.

ab) Haftsummenerhöhung vor Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch

Wie unter II.C.2.6.3.13.3. a) bereits angedeutet, sind mehrere Fallkonstellationen iZm einer Haftsummenerhöhung im Vorstadium denkbar; dies jeweils unter der Voraussetzung, dass der künftige Kommanditist in Anspruch genommen wird, noch bevor die Firmenbucheintragung der Gesellschaft erfolgt ist. Die Firmenbucheintragung hat nämlich jedenfalls die Erhöhung der Haftsumme zur Folge.⁶⁷²

aaa) Wirksamkeit der Haftsummenerhöhung hinsichtlich Neuverbindlichkeiten

Schließen nun die Gesellschafter nach erfolgter Erhöhung der Haftsumme einen Vertrag mit einem Dritten („Neuverbindlichkeit“), stellt sich die Frage, ob sich die beschränkte Haftung des zukünftigen Kommanditisten nach § 176 Abs 1 UGB auf die ursprünglich vereinbarte Haftsumme bezieht oder, ob die nach Errichtung der KG im Innenverhältnis durch Abschluss des Gesellschaftsvertrages getroffene Haftsummenerhöhung bereits Außenwirkung entfaltet.

Eine spezielle Regelung über die Wirkungen der Erhöhung der Haftsumme im Stadium der Vorgesellschaft wurde durch das HaRÄG 2005 nicht geschaffen. Somit muss der Blick primär auf die generelle Haftungsbeschränkung des § 176 Abs 1 UGB gerichtet werden. Lassen sich diesem keine Antworten entnehmen, ist zu untersuchen, ob die in § 172 Abs 1 UGB enthaltenen Gesetzeswertungen in das Stadium der Vorgesellschaft vorgezogen und für dieses fruchtbar gemacht werden können.

Einen ersten Anhaltspunkt liefert der Wortlaut des § 176 Abs 1 S 1 UGB. Der Gesetzgeber ordnet undifferenziert die Haftung des Gesellschafters „bis zur Höhe seiner Haftsumme“ an. Vor dem Hintergrund, dass sich aus § 176 Abs 1 UGB - wie unter

⁶⁷² Vgl *dens* in MünchKomm HGB §§ 171, 172 Rz 34.

II.C.2.6.2.6 nachgewiesen - ergibt, dass der Haftsummenvereinbarung im Vorstadium bereits Außenwirkung zukommt, kann zwanglos geschlossen werden, dass mit der Haftung „bis zur Höhe seiner Haftsumme“ die im Zeitpunkt der Inanspruchnahme des künftigen Kommanditisten jeweils die im Innenverhältnis vereinbarte, aber eben auch schon Außenwirksamkeit entfaltende (erhöhte) Haftsumme gemeint ist. Diese Leseart der Bestimmung könnte auch in den Gesetzesmaterialien zum HaRÄG 2005⁶⁷³ UGB Bestärkung erfahren. Wie bereits mehrfach erwähnt, soll nämlich der (zukünftige) Kommanditist nicht anders haften, als ein Gläubiger nach Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch erwarten darf. Dieses grundsätzliche Paradigma, von dem der Gesetzgeber im Rahmen der Einführung des HaRÄG 2005 bei der Konzeption des Haftungssystems der Vor-KG ausging, würde daher nahe legen, allein aufgrund dieser Aussage der Erhöhung im Vorstadium bereits Außenwirkung zukommen zu lassen; denn mit der Firmenbucheintragung der Gesellschaft und gleichzeitiger Eintragung der erhöhten Haftsumme, wird diese jedenfalls wirksam, uz hinsichtlich Alt- wie Neuverbindlichkeiten.⁶⁷⁴

Letztlich wird dies auch aus teleologisch-systematischen Gesichtspunkten bestätigt, wenn nämlich die in § 172 Abs 1 UGB auffindbaren Gesetzeswertungen für die Interpretation von § 176 Abs 1 UGB in Bezug auf den vorliegenden Fall nutzbar gemacht werden. Diese Bestimmung ist, wie bereits ausführlich dargelegt,⁶⁷⁵ von der Vorstellung getragen, dass der Firmenbucheintragung der Haftsummenerhöhung grs konstitutive Wirkung zukommt.⁶⁷⁶ Da eine erhöhte Haftsumme für den Gläubiger allerdings ausschließlich begünstigend wirkt, stellt der Gesetzgeber in diesem Fall

⁶⁷³ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 48 (zu § 176 UGB).

⁶⁷⁴ Siehe *K. Schmidt* in MünchKomm HGB §§ 171, 172 Rz 33.

⁶⁷⁵ Vgl II.C.2.6.3.13 a) aa).

⁶⁷⁶ Vgl *K. Schmidt* in MünchKomm HGB §§ 171, 172 Rz 34.

geringere Anforderungen an die Publizität.⁶⁷⁷ Daher ziehen die Kundmachung der Haftsummenvereinbarung in gehöriger Weise sowie die Mitteilung an den jeweiligen Gläubiger dieselben Wirkungen nach sich wie eine entsprechende Eintragung im Firmenbuch.

Diese Grundwertung, dass nämlich dann, wenn es den Gläubigern ausschließlich zum Vorteil gereicht, die Publizitätsanforderungen hinsichtlich der Änderung in der Haftsummenhöhe gelockert werden können, lässt sich auch auf das Vorstadium anwenden. Gemeinsam mit der erzielten Klarstellung, dass der ursprünglichen Haftsummenvereinbarung der Gesellschafter bereits Außenwirkung zukommt, muss mE § 176 Abs 1 UGB teleologisch-systematisch derart interpretiert werden, dass eine unter den Gesellschaftern vereinbarte Erhöhung der Haftsumme im Stadium der Vorgesellschaft unmittelbar Außenwirkung entfaltet. Nicht erforderlich ist eine gehörige Kundmachung oder eine Mitteilung an die Gläubiger. Dies lässt sich meiner Ansicht nach mit der hinter § 172 Abs 1 UGB stehenden Gesetzeswertung begründen. Wenn schon für die erstmalige Außengeltung der Haftsumme, die immerhin für den Gläubiger den Haftungsfond des künftigen Kommanditisten trotz seiner Stellung als Gesellschafter der als GesbR zu beurteilenden Vor-KG auf seine Haftsumme beschränkt, lediglich die publizitätslose gesellschaftsvertragliche Einigung im Zusammenhang mit einem Handeln im Namen der (Vor-)KG genügt, würde ein Abstellen auf die gehörige Kundmachung oder Mitteilung oder gar auf eine Firmenbucheintragung mit konstitutiver Wirkung, um die entsprechende Außenwirkung zu erreichen, für den Fall, dass nun nach der Vereinbarung der Erhöhung der Haftsumme mit einem (anderen) Gläubiger ein Vertrag geschlossen wird, eine im Vergleich zur erstmaligen Außenwirkungsanforderung gar verschärfte Publizitätsanforderung bedeuten. Dies würde mE einen sachlich nicht

⁶⁷⁷ Vgl. *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 174 Rz 3.

gerechtfertigten Wertungswiderspruch im Haftungsregime der Vor-KG darstellen und ist daher abzulehnen.⁶⁷⁸

bbb) Wirksamkeit der Haftsummenerhöhung hinsichtlich Altverbindlichkeiten

Weiters ist die Fallgestaltung zu beleuchten, in der erst nach Vertragsabschluss mit dem Dritten („Altverbindlichkeiten“) die Haftsumme eines künftigen Kommanditisten im Stadium der Vor-KG erhöht wird. Wenn nun noch vor Eintragung der Gesellschaft der als Kommanditist einzutragende Gesellschafter in Anspruch genommen wird, haftet er dann auf die zur Zeit der Vertragsschließung im Gesellschaftsvertrag vereinbarte oder die im Zeitpunkt der Inanspruchnahme erhöhte Haftsumme?

Die aus den §§ 172 Abs 1, 176 Abs 1 UGB extrahierten Gesetzeswertungen beanspruchen mE auch in diesem Fall Geltung. Es kann daher auf die obige Argumentation zur Haftsummenerhöhung in Bezug auf Neuverbindlichkeiten⁶⁷⁹ verwiesen werden. Das Erfordernis eines Publizitätsaktes bei Haftsummenerhöhung würde auch hier zu einem Wertungswiderspruch mit den erwähnten Normen führen. Dieser Wertungswiderspruch ist mE unabhängig vom zeitlichen Zusammenspiel von Haftsummenerhöhung und Begründung der Verbindlichkeit iSd § 176 Abs 1 UGB.

Dies gilt mE selbst für die zugespitzte Abwandlung des Sachverhaltes dahingehend, dass der Gläubiger vor Vertragsabschluss gem § 171 Abs 1 S 1 UGB analog über die Haftsumme und die darauf geleistete Einlage aufgeklärt wurde. Erhöhen

⁶⁷⁸ Möchte der künftige Kommanditist nicht sofort auf die erhöhte Haftsumme haften, können die Gesellschafter die Erhöhung der Haftsumme mit ihrer Eintragung im Firmenbuch aufschiebend bedingen. Dies hat zur Folge, dass der Gläubiger sich erst mit der Eintragung der erhöhten Haftsumme im Firmenbuch auf diese berufen kann.

⁶⁷⁹ Vgl II.C.2.6.3.13.3. a) ab) aaa).

die Gesellschafter dann zu einem späteren Zeitpunkt, aber noch vor der Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch die Haftsumme, drängt sich gleichermaßen die Fragestellung auf, ob für den als Kommanditist einzutragenden Gesellschafter die zur Zeit der Gesellschaftserrichtung geltende Haftsumme entscheidend ist oder die nachträglich erhöhte?

Der Unterschied zu vorheriger Fallvariante liegt darin, dass der Dritte durch sein Wissen um die Haftsummenhöhe und die durch diese Auskunft des zukünftigen Kommanditisten entstandene Vertrauenslage jenem Vertrauenstatbestand ähnlich ist, der mit der Ersichtlichmachung der Haftsummenhöhe durch die entsprechende Firmenbucheintragung entsteht. Mehr noch; während die Firmenbucheintragung von dem „Prinzip des abstrakten Vertrauensschutzes“ geprägt ist,⁶⁸⁰ die eingetragenen Tatsachen daher auch dann Wirkung entfalten, wenn der konkrete Gläubiger von ihnen keine Kenntnis hatte, wird im vorliegenden Fall der Gläubiger konkret über die Haftsumme informiert. Damit könnte überlegt werden, von einer planwidrigen Lücke des positiven Rechts auszugehen, die durch eine analoge Anwendung des § 172 Abs 1 UGB im Rahmen einer Gesetzesanalogie⁶⁸¹ zu schließen ist.

Damit würde die Erhöhung der Haftsumme nur schlagend, wenn diese „in gehöriger Weise kundgemacht worden ist“ oder dem Gläubiger „von der Gesellschaft mitgeteilt worden ist“. Da sowohl die Kundmachung in gehöriger Weise als auch die Mitteilung nach hA⁶⁸² nicht nur hinsichtlich Neuverbindlichkeiten, sondern auch hinsichtlich Altverbindlichkeiten wirken, würde die analoge Anwendung von § 172 Abs 1 UGB auch aus diesem Gesichtspunkt ein harmonisches Bild ergeben. Ebenso würde

⁶⁸⁰ Vgl *RothFitz*, Unternehmensrecht² Rz 52.

⁶⁸¹ Siehe *Bydlinski*, Methodenlehre² 477 ff.

⁶⁸² Vgl *K. Schmidt* in MünchKomm HGB §§ 171, 172 Rz 37.

die Auffassung der hL⁶⁸³, dass die Erhöhung nicht nur dann Wirkung entfaltet, wenn die Mitteilung von der Gesellschaft, sprich von den für die Gesellschaft Handlungsbefugten, vorgenommen wird, sondern auch dann, wenn sie vom Kommanditisten kommt, in diesem Fall passen, weil auch die den Vertrauenstatbestand schaffende Auskunftspflicht im Stadium der Vor-KG nur den zukünftigen Kommanditisten trifft.⁶⁸⁴

Dennoch verbietet sich mE eine analoge Anwendung von § 172 Abs 1 UGB. Die Widersprüche zwischen publizitätsloser Haftungsbeschränkung und publizitätsbedürftiger Haftsummenerhöhung stellen mE auch in dieser Fallvariante ein unüberbrückbares Hindernis dar. Zudem darf in diesem Fall nicht übersehen werden, dass die Bejahung des § 172 Abs 1 UGB auf den vorliegenden Fall einen weiteren Wertungswiderspruch offenbaren würde. So würde jener Gläubiger, der sich nicht die Mühe macht, sich über die ob der fehlenden Firmenbucheintragung nicht ersichtliche Haftsumme zu informieren, auch noch belohnt werden. Schließt er im Wissen über diese Unsicherheiten Rechtsgeschäfte, würde eine danach vereinbarte Haftsummenerhöhung sofort ihre Wirkung entfalten. Jener Gläubiger hingegen, der sich über die Haftungsverhältnisse gewissenhaft informiert, würde sich nur bei einer in gehöriger Weise kundgemachten Erhöhung oder bei einer entsprechenden Mitteilung auf diese berufen können.

Es bleibt also bei dem Ergebnis, dass auch ein Altgläubiger, war er nun bei Vertragsschluss in Kenntnis über die zu diesem Zeitpunkt bestehende Höhe der Haftsumme oder nicht, ebenso wie ein Neugläubiger sich jedenfalls auf die Erhöhung der Haftsumme berufen kann. Wenn daher der Gesetzgeber den als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafter für die im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäfte im Vorstadium gem § 176 Abs 1 UGB bis zur Höhe seiner Haftsumme haften

⁶⁸³ Vgl etwa *Koppensteiner* in Straube³ § 172, Rz 7; siehe auch *K. Schmidt* in MünchKomm HGB §§ 171, 172 Rz 37.

⁶⁸⁴ Zur Auskunftspflicht des künftigen Kommanditisten vgl II.C.2.6.3.13.1. und II.C.2.6.3.13.2.

lässt, ist die im Innenverhältnis unter den Gesellschaftern im Zeitpunkt der Inanspruchnahme vereinbarte Höhe der Haftsumme zu verstehen.

Dies ist mE auch de lege ferenda gerechtfertigt. Wie bereits ausgeführt,⁶⁸⁵ bewirkt die Haftungsbeschränkung der als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafter im Stadium der Vorgesellschaft, die ohne die entsprechende Firmenbuchpublizität wirksam ist, einen „Systembruch im österreichischen Gesellschaftsrecht“.⁶⁸⁶ Insofern mag zumindest die Vereinbarung der Erhöhung der Haftsumme sofort zugunsten des Gläubigers Außenwirkung entfalten, ohne einen Publizitätsakt zu fordern.

b) Herabsetzung der Haftsumme

Auch die Folgen, die eine Vereinbarung der Herabsetzung der Haftsumme im Vorstadium nach sich zieht, bedürfen einer eingehenden Analyse. Zunächst wird wiederum mangels ausdrücklicher Regelung der Wirkung einer Haftsummenherabsetzung im Stadium der Vorgesellschaft die entsprechende Bestimmung der fertigen Gesellschaft (§ 174 UGB) nachgezeichnet. Es soll geprüft werden, ob sich aus § 174 UGB Gesetzeswertungen ablesen lassen, die auch für das Vorstadium fruchtbar gemacht werden können.

aa) Haftsummenherabsetzung nach Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch

Die Regelung des § 174 UGB beginnt in ihrem S 1 mit der Feststellung, dass eine Herabsetzung der Haftsumme, solange sie nicht in das Firmenbuch eingetragen ist, den Gläubigern gegenüber unwirksam ist. Im S 2 präzisiert sie, dass jene Gläubiger, deren

⁶⁸⁵ Vgl II.C.2.6.2.8.

⁶⁸⁶ So Roth/Fitz, Unternehmensrecht² Rz 437.

Forderungen zur Zeit der Eintragung begründet waren (damit sind die Altverbindlichkeiten angesprochen), die Herabsetzung nicht gegen sich gelten zu lassen brauchen. Die Bestimmung wurde durch das HaRÄG 2005 inhaltlich nicht angetastet, lediglich der Begriff „Einlage“ wurde, wie auch schon oben zu § 171 Abs 1 UGB angemerkt,⁶⁸⁷ durch den Terminus der „Haftsumme“ ersetzt.⁶⁸⁸ Wenn der Gesetzgeber von Forderungen spricht, die zur Zeit der Eintragung bereits „begründet waren“, meint er Verbindlichkeiten, die bis zu diesem Zeitpunkt entstanden sind.⁶⁸⁹

Telos des § 174 S 1 UGB zeigt sich in zweifacher Gestalt: Einerseits bindet er die Wirksamkeit der Herabsetzung der Haftsumme im Zeichen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit an einen festen, allgemein ersichtlichen Zeitpunkt.⁶⁹⁰ Dieser ist die Eintragung in das Firmenbuch, der damit konstitutive Wirkung zukommt.⁶⁹¹ Damit soll der Rechtsverkehr geschützt werden.⁶⁹² Nach den verba legalia des § 174 S 1 UGB wirkt dieser Schutz absolut.⁶⁹³ Die Kenntnis von der Herabsetzung ändert daher an dem zwingenden Erfordernis der Firmenbucheintragung nichts. § 174 S 1 UGB ist nämlich eine Verkehrs-, aber keine Vertrauensschutznorm.⁶⁹⁴

⁶⁸⁷ Vgl II.C.2.6.2.6.

⁶⁸⁸ Außerdem wurde die Determinierung jenes Firmenbuchgerichts, das für die Eintragung der Herabsetzung der Haftsumme zuständig ist, als überflüssig angesehen und nicht rezeptiert; vgl *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 174 Rz 1.

⁶⁸⁹ Zutr *ders* in *Krejci*, Reform-Kommenar UGB § 174 Rz 1.

⁶⁹⁰ Vgl *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 174 Rz 3 mit historischen Nachweisen.

⁶⁹¹ *Ders* in *Jabornegg*, HGB § 174 Rz 2.

⁶⁹² Siehe *K. Schmidt* in *MünchKomm HGB* §§ 174, 175 Rz 16.

⁶⁹³ Vgl *dens* in *MünchKomm HGB* §§ 174, 175 Rz 16.

⁶⁹⁴ IdS *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 174 Rz 2; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 145; aA *K. Schmidt* in *MünchKomm HGB* §§ 174, 175, Rz 17; für den Fall der Kenntnis der Herabsetzung einer teleologischen Reduktion der Norm das Wort redet und damit der Bestimmung sehr wohl auch einen vertrauensschützenden Aspekt beilegt.

Die zweite Zweckrichtung von § 174 S 1 UGB zielt auf Altverbindlichkeiten ab.⁶⁹⁵ Gläubiger, deren Forderungen im Zeitpunkt der Firmenbucheintragung begründet waren, brauchen eine Herabsetzung der Haftsumme nicht gegen sich gelten zu lassen. Zweck dieser Bestimmung ist es zu verhindern, dass die Gesellschafter durch einseitige Vereinbarung das Haftungsreservoir des Dritten schmälern.⁶⁹⁶

ab) Haftsummenherabsetzung vor Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch

Wie bereits zur Haftsummenerhöhung ausgeführt, sind auch hier mehrere Fallkonstellationen im Vorstadium denkbar; dies wiederum jeweils unter der Voraussetzung, dass der künftige Kommanditist in Anspruch genommen wird, noch bevor die Firmenbucheintragung der Gesellschaft erfolgt ist. Auch hier soll zwischen Alt- und Neuverbindlichkeiten unterschieden werden.

aaa) Wirksamkeit der Haftsummenherabsetzung hinsichtlich Neuverbindlichkeiten

Parallel zu den Ausführungen bei der Erhöhung der Haftsumme soll auf jenen Fall eingegangen werden, in dem die Haftsumme des als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafters durch Änderung des Gesellschaftsvertrages herabgesetzt wird und nach diesem Zeitpunkt, aber noch vor der Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch, mit einem Dritten ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wird. Es geht also um Neuverbindlichkeiten. Vor dem Hintergrund dieser Sachverhaltsvariante stellt sich die Frage, ob der zukünftige Kommanditist bis zur ursprünglichen Höhe der Haftsumme in Anspruch genommen werden kann oder der Gläubiger lediglich befugt ist, sich auf die herabgesetzte Haftsumme zu stützen.

⁶⁹⁵ Jabornegg in Jabornegg, HGB § 174 Rz 3.

⁶⁹⁶ Vgl K. Schmidt in MünchKomm HGB §§ 174, 175 Rz 16.

In einem ersten Schritt ist der Blick wiederum auf § 176 Abs 1 UGB zu richten. Wie bereits für die Erhöhung der Haftsumme ausgeführt wurde,⁶⁹⁷ kann idZ vorgebracht werden, dass der Gesetzeswortlaut undifferenziert auf den Betrag der Haftsumme abstellt. Da der Haftsummenvereinbarung im Vorstadium grs bereits Außenwirkung zukommt, kann zwanglos der Schluss abgeleitet werden, dass dies auch für die im Moment der Begründung der Forderung bereits herabgesetzte Haftsumme gilt.

Auch die Anordnung in den Gesetzesmaterialien zum HaRÄG 2005,⁶⁹⁸ dass der künftige Kommanditist nicht anders haften soll, als der Gläubiger nach Firmenbucheintragung erwarten darf, legt prima facie nahe, dass die herabgesetzte Haftsumme bereits nach außen wirkt. Nach Eintragung der KG in das Firmenbuch entfaltet eine Herabsetzungsvereinbarung nach § 174 1. HS UGB in Bezug auf Neuverbindlichkeiten nämlich durch die (konstitutive) Firmenbucheintragung ihre Wirkung. Wird der Haftungsfond für Neugläubiger verringert, ist es für den Gesetzgeber entscheidend, das Wirksamwerden der Herabsetzung zum Zwecke des Schutzes von Gläubigerinteressen an einen starren, unverrückbaren und für alle erkennbaren Zeitpunkt zu binden.⁶⁹⁹ Dieser Gesetzeszweck lässt sich mE aber nicht auf den vorliegenden Fall einer Herabsetzung der Haftsumme im Stadium der Vorgesellschaft anwenden. Das telos, die Herabsetzung der Haftsumme an einen für alle erkennbaren Zeitpunkt zu binden, wird gerade bei Annahme der Außenwirkung bei bloßer Herabsetzungsvereinbarung nicht erreicht. Dieses telos muss aber ganz grs dort ins Leere gehen, wo die erstmalige Außenwirkung der Vereinbarung der Haftsumme - wie eben nach § 176 Abs 1 S 1 UGB - nicht auf einen solchen Publizitätsakt, sondern lediglich auf ein Handeln im Namen der (Vor)-KG abstellt.

⁶⁹⁷ Vgl II.C.2.6.3.13.3.va) ab).

⁶⁹⁸ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 48 (zu § 176 UGB).

⁶⁹⁹ Vgl *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 174 Rz 3.

Daher ist mE beim obigen Interpretationsergebnis von § 176 Abs 1 UGB zu bleiben. Schließt ein Gesellschafter daher mit einer KG ein Geschäft iSv § 176 Abs 1 UGB und wurde vor diesem Zeitpunkt die zunächst vereinbarte Haftsumme herabgesetzt, entfaltet diese mE für Neuverbindlichkeiten Außenwirkung. Der betroffene künftige Kommanditist kann daher vom Dritten nur bis zu dieser herabgesetzten Haftsumme in Anspruch genommen werden.

bbb) Wirksamkeit der Haftsummenherabsetzung hinsichtlich Altverbindlichkeiten

Fraglich ist auch die Wirkung einer Vereinbarung der Haftsummenherabsetzung hinsichtlich bestehender Altverbindlichkeiten. Greift der Dritte, der iSv § 176 Abs 1 UGB ein Rechtsgeschäft mit der Vor-KG, oder genauer gesagt mit den Gründungsgesellschaftern, geschlossen hat, vor Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch auf einen künftigen Kommanditisten, ist zu klären, ob er seinen Anspruch bis zur Höhe der ursprünglichen Haftsumme richten kann oder sich auf die herabgesetzte Haftsumme beschränken muss.

Die Lösung dieser Frage lässt sich mE aus der ratio legis von § 174 S 2 UGB gewinnen. Dessen Regelungsanliegen, die Verschlechterung der Vertragsposition des Gläubigers einseitig durch Gesellschaftervereinbarung zu unterbinden, ist meiner Ansicht nach nichts anderes als das auf die konkreten Umstände zugeschnittene Verbot des Vertrags zu Lasten Dritter und sohin ein telos, das sich nicht bloß auf das Personengesellschaftsrecht bezieht oder gar bloß auf die fertige Personengesellschaft, sondern vielmehr ein allgemeingültiges Rechtsprinzip der österreichischen Rechtsordnung darstellt. Daher muss auch für das Stadium der Vorgesellschaft gelten, dass eine nach Errichtung der KG erfolgte Herabsetzung der Haftsumme Altgläubigern gegenüber unwirksam ist. Außerdem wird iZ mit dem Gesetzeszweck von § 174 S 2 UGB darauf hingewiesen, dass damit auch möglichen nachträglichen

Manipulationen vorgebeugt werden kann.⁷⁰⁰ Auch dieses Schutzbedürfnis besteht ungemindert im Stadium vor Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch.

Ob der Dritte bei Abschluss des Rechtsgeschäftes über den Haftungsumfang des künftigen Kommanditisten aufgeklärt wurde, kann dabei mE keine Rolle spielen. Denn auch die Unkenntnis über das Haftungspotential des als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafters ändert nichts an der Außenwirkung der ursprünglichen Regelung der Haftsummenhöhe im Gesellschaftsvertrag und an der Qualifikation der späteren Vereinbarung der Haftsummenherabsetzung als Vertrag zu Lasten Dritter. Daher kann sich der Gläubiger bei der Inanspruchnahme des künftigen Kommanditisten, unabhängig davon, ob er bei Vertragsabschluss von der Höhe der Haftsumme wusste, trotz einer späteren Haftsummenherabsetzung auf den ursprünglichen (höheren) Haftsummenbetrag stützen.

2.6.3.13.4 *Firmenbucheintragung der Gesellschaft als Voraussetzung für das Haftungsprivileg?*

Schließlich ist festzuhalten, dass es unerheblich sein muss, ob die Gesellschaft letzten Endes tatsächlich in das Firmenbuch eingetragen wird. Der Kommanditist soll so haften, wie es ein Gläubiger nach der Eintragung der Gesellschaft erwarten darf.⁷⁰¹ Was den Haftungsumfang betrifft, besteht kein Raum für eine schützenswerte Position des Dritten, da ihm durch die unterlassene Eintragung kein Haftungsreservoir verloren geht. Der Wegfall des Haftungsprivilegs des künftigen Kommanditisten, wenn die Gesellschaft nicht oder verspätet eingetragen wird, wäre mE daher eine sachlich nicht gerechtfertigte Besserstellung des Gläubigers und ist daher abzulehnen.

⁷⁰⁰ So *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 174 Rz 3.

⁷⁰¹ So auch *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 434.

2.6.3.13.5 *Fehlende Vereinbarung der Haftsumme im Gesellschaftsvertrag*

Wenn der als Kommanditist einzutragende Gesellschafter im Stadium der Vorgesellschaft bereits lediglich bis zur Höhe seiner im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Haftsumme in Anspruch genommen werden kann, ist nahe liegend zu fragen, was gelten soll, wenn eine Vereinbarung über die Haftsumme in den Gesellschaftsvertrag nicht aufgenommen wurde. Oftmals kommt es in der Praxis nämlich vor, dass lediglich eine Regelung über die Pflichteinlage getroffen wurde. Soll in diesem Fall der Betrag der Pflichteinlage für den Haftungsumfang des künftigen Kommanditisten maßgebend sein?

Auszugehen ist von der Erkenntnis, dass es sich bei unterlassener Haftsummenvereinbarung um einen lückenhaften Gesellschaftsvertrag handelt.⁷⁰² Dieser ist iSv § 914 ABGB mangels vorhandenen Dispositivrechts unter Berücksichtigung der übrigen Geschäftsbestimmungen und des verfolgten Zweckes nach dem wahren Willen der Parteien ergänzend auszulegen. Lässt sich ein solcher nicht feststellen ist der Gesellschaftsvertrag entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen zu ergänzen.⁷⁰³

Als übereinstimmender Wille der Parteien wird idR anzunehmen sein, dass Pflichteinlage und Haftsumme denselben Betrag ausmachen werden.⁷⁰⁴ Die Pflichteinlage ist es, zu deren Leistung sich der Gesellschafter verpflichtet und sie ist es, die er insoweit auch dem unternehmerischen Risiko preisgeben möchte. Eine darüber

⁷⁰² So auch zur insofern vergleichbaren Situation des beschränkt haftenden Gesellschafters einer KG, die ein Grundhandelsgewerbe betreibt und noch nicht in das Firmenbuch eingetragen wurde (§ 176 Abs 1 HGB) *Riegger*, Zur Haftung des Kommanditisten vor der Eintragung ins Handelsregister, BB 1979, 1381.

⁷⁰³ Vgl nur *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 105 Rz 71; siehe auch *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 108.

⁷⁰⁴ *K. Schmidt* in *MünchKomm HGB* §§ 171, 172 Rz 23.

hinausgehende Haftung wird dem Gesellschafter iZ nicht unterstellt werden können. Damit kann folgendes Ergebnis festgehalten werden: Wurde die Haftsumme im Gesellschaftsvertrag nicht festgesetzt, ist die Höhe der Pflichteinlage iZ auch für die Bestimmung der Haftsumme maßgebend. Besteht die Pflichteinlage in Geld, ist der betreffende Betrag als Haftsumme anzusetzen. Hat sich der beschränkt haftende Gesellschafter hingegen zur Leistung von Gegenständen oder Dienstleistungen als Pflichteinlage verbunden, ist auf deren im Gesellschaftsvertrag genannten Betrag, sofern ein solcher nicht genannt ist, auf deren objektiven Wert abzustellen.⁷⁰⁵ Diese Interpretationsregel ist bei Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch durch das Firmenbuchgericht zu beachten.⁷⁰⁶ Unmittelbare Außenwirkung entfaltete diese Regelung vor Inkrafttreten des HaRÄG 2005 einem Kommanditisten gegenüber in dem Fall, in welchem die KG durch die Aufnahme des Betriebes eines Grundhandelsgewerbes, dem auch der Kommanditist zugestimmt hat, bereits entstanden war und dem Dritten die Beteiligung des Gesellschafters als Kommanditist bekannt war.⁷⁰⁷ Vor dem oben skizzierten Hintergrund der Zweifelsregel kann aber mE der Weg über die ergänzende Vertragsauslegung auch für die Vor-KG kein anderes Resultat hervorbringen. Diese gilt daher auch im Vorstadium nach § 176 Abs 1 UGB.

Wurde ein Gegenstand oder eine Dienstleistung als Pflichteinlage versprochen, ist weiter zu fragen, wie sich eine im Gesellschaftsvertrag bewusst vereinbarte Über- oder Unterbewertung der Pflichteinlage im Vergleich zu deren objektiven Wert, wie sie in der Praxis häufig vorkommt, auf die Bestimmung des Haftsummenbetrages anhand oben beschriebener Zweifelsregel auswirkt.

a) Im Falle einer Überbewertung

⁷⁰⁵ Vgl *dens* in MünchKomm HGB §§ 171, 172 Rz 23.

⁷⁰⁶ Zutr *ders* in MünchKomm HGB §§ 171, 172 Rz 23.

⁷⁰⁷ Vgl auch *dens* in MünchKomm §§ 171, 172 Rz 23.

Zunächst soll auf den Fall der Überbewertung eingegangen werden. Wiederum ist an den Beginn der Erörterung die Erkenntnis zu stellen, dass es sich auch hier um einen lückenhaften Gesellschaftsvertrag handelt, allerdings mit veränderten Absichtshaltungen der Parteien. Intendiert ist mit einer solchen Überbewertung eine Besserstellung des als Kommanditisten einzutragenden Gesellschafters. Dieser kann sich durch die Leistung der vereinbarten Einlage, die am Markt einen mitunter beträchtlich geringeren Verkehrswert erzielen würde, von seiner Haftung gem § 176 Abs 1 UGB befreien. In dieser beabsichtigten Besserstellung für die Gesellschafter liegt mE auch die Antwort auf die wiederum für die ergänzende Vertragsauslegung entscheidende Frage der Parteienabsicht. Der Gesellschafter möchte nur diesen Gegenstand oder diese Dienstleistung einbringen, nur diesem oder dieser in einer allfälligen Insolvenz der Gesellschaft verlustig gehen und vor allem möchte er durch dessen oder deren Leistung seine persönliche Haftung ausschließen können. Als Ergebnis kann daher mE festgestellt werden, dass die Haftsumme iZ mit dem geringeren, objektiven Wert anzunehmen ist.⁷⁰⁸

b) Im Falle einer Unterbewertung

Nun soll der umgekehrte Fall untersucht werden, in dem die Gesellschafter die Pflichteinlage im Gesellschaftsvertrag mit einem niedrigeren Wert beziffern als es der objektive Wert der Einlage oder Dienstleistung nahe legen würde. Auch diesfalls ist bei der ergänzenden Auslegung des Gesellschaftsvertrags auf den übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien abzustellen.

Vordringliches Ziel, das mit einer solchen Unterbewertung von Einlagen erreicht werden soll, ist die Bildung von stillen Reserven. Damit soll der innere Wert der Gesellschaft gestärkt werden. Außerdem wird die Dispositionsbefugnis der

⁷⁰⁸ So Riegger, BB 1979, 1381 (1382).

Gesellschafter erhöht, weil damit vermieden wird, dass jede Leistung der Gesellschaft an die Kommanditisten als Rückzahlung der Pflichteinlage angesehen wird. Dieser Zweck kann sich nur dann verwirklichen, wenn die Haftsumme mit dem niedrigeren vereinbarten Wert und nicht mit dem objektiven Wert der Einlage angesetzt wird.⁷⁰⁹

2.6.3.13.6 *Unwirksamkeit der Pflichteinlage*

In einem nächsten Schritt muss gefragt werden, wie sich eine allfällige Unwirksamkeit der im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Pflichteinlage auf die Bestimmung der Haftsumme auswirkt und ob es dabei einen Unterschied macht, ob die Haftsumme im Gesellschaftsvertrag explizit vereinbart wurde oder sich lediglich aus der Zweifelsregel⁷¹⁰ ergibt, wonach der Betrag der Haftsumme der Höhe der Pflichteinlage entspricht.

Die in Frage kommenden Beispiele sind mannigfach: Soll etwa ein GmbH-Anteil als Pflichteinlage geleistet werden, bedarf dessen Übertragung gem § 76 Abs 2 GmbHG der Notariatsaktsform. Dies gilt sowohl für das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft.⁷¹¹ Wird dieser Formanforderung nicht genüge getan und der Gesellschaftsvertrag oder zumindest die Vereinbarung der Pflichteinlage nicht als Notariatsakt errichtet, ist diese unwirksam. Gleichermaßen wird man mit dieser Problemstellung konfrontiert, wenn sich etwa der künftige Kommanditist bei Vereinbarung der Pflichteinlage diesbezüglich in einem Willensmangel befindet, der zur Anfechtung berechtigt, oder (versteckter) Dissens hinsichtlich der Pflichteinlage besteht. Ebenso können die Vertragsparteien bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages übereinkommen, den Gegenstand oder die Summe der Pflichteinlage zu einem späteren

⁷⁰⁹ Zutr *ders*, BB 1979, 1381 (1382).

⁷¹⁰ Vgl II.C.2.6.3.13.5.

⁷¹¹ NZ 1990, 279; OGH ecolx 1992, 634.

Zeitpunkt zu bestimmen. Ist der Verpflichtete bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages voll geschäftsfähig, nicht jedoch bei der späteren Vereinbarung der Pflichteinlage, bezieht sich die Unwirksamkeit nur auf letztere. Denkbar wäre weiters, dass ein Bevollmächtigter nicht über ausreichend Vertretungsmacht verfügt, auch über die Leistung der Pflichteinlage zu kontrahieren. Ebenso kann sich der sachliche Anwendungsbereich eines gesetzlichen Verbotes oder ein Verstoß gegen die guten Sitten nur auf die Vereinbarung der Pflichteinlage beziehen.

a) Entscheidung des BGH als Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der Erörterung soll ein deutsches Judikat⁷¹² des Bundesgerichtshofes (BGH) aus dem Jahre 1977 bilden, das sich bei identischer Problemkonfiguration mit dem Eintritt eines Kommanditisten in eine bestehende KG beschäftigt:

Ein Getränkegroßhändler traf mit einer bestehenden KG die schriftliche Vereinbarung, dieser als Kommanditist beizutreten und als Pflichteinlage seinen Getränkegroßhandel einschließlich des Betriebsgrundstücks in das Gesellschaftsvermögen einzubringen. Die Haftsumme wurde hingegen nicht vereinbart. Das Handelsgeschäft wurde tatsächlich eingebracht, die Einbringung des Grundstücks unterblieb allerdings, weil die entsprechende Verpflichtung nicht notariell beglaubigt wurde (und daher die bestehenden Formerfordernisse nicht erfüllte). Die KG betrieb den Getränkegroßhandel mehrere Monate. Bevor allerdings die Eintragung des neuen Gesellschafters als Kommanditist vorgenommen werden sollte, wurde der Vertrag aufgelöst. Gegenstand des Rechtsstreits bildete die Frage, inwieweit zwei Lieferanten, die die Gesellschaft in den betreffenden Monaten beliefert hatten, auf den Großhändler greifen konnten. Ein Lieferant wusste von der Kommanditisteneigenschaft des Großhändlers, der andere befand sich in Unkenntnis darüber.

⁷¹² BGH vom 28.3.1977 – II ZR 230/75; GmbH-Rdsch 1978, 244 ff = BB 1979, 855 f.

Der BGH entschied, dass der Großhändler dem unwissenden Lieferanten gegenüber unbeschränkt haftet, dem Kenntnis habenden Lieferanten beschränkt auf die Haftsumme, die mit dem Wert des Handelsgeschäfts anzunehmen ist. Von der Höhe der Haftsumme abzuziehen ist nach Ansicht des BGH indes der Wert des Betriebsgrundstücks, weil in Bezug auf dieses die Vereinbarung der Pflichteinlage unwirksam war.

b) Literaturstimmen und eigene Stellungnahme

Im Folgenden soll der Versuch unternommen werden, die Argumente, die in der Literatur⁷¹³ mE zur Weise gegen dieses Urteil vorgebracht wurden, im Spiegel der mit dem HaRÄG 2005 neu geschaffenen rechtlichen Rahmenbedingungen (insb in § 176 Abs 1 UGB) - sofern geboten - neu zu beurteilen und gegebenenfalls in Bezug auf die geänderte Rechtslage fruchtbar zu machen.

Riegger, der sich mit diesem Urteil ausführlich auseinandergesetzt hat, stützt seine Kritik insb auf teleologische Erwägungen, die er § 176 dHGB entnimmt. Ein Dritter solle demnach in seinem guten Glauben, dass es sich bei einer ein Grundhandelsgewerbe betreibenden Gesellschaft, die noch nicht in das Firmenbuch eingetragen wurde, um eine OHG handelt und folglich alle Gesellschafter unbeschränkt haften, geschützt werden. Zu versagen sei ihm dieser Gutglaubensschutz dort, wo er über das Auftreten der Gesellschaft als KG und die Eigenschaft des Gesellschafters als Kommanditist Bescheid wusste. Dann könne er den Kommanditisten lediglich bis zur Höhe seiner Haftsumme in Anspruch nehmen. Selbiges gelte - wie im gegenständlichen Fall - für denjenigen, der einer bereits bestehenden Handelsgesellschaft beitrifft. Auch hier solle der Dritte annehmen können, dass der eintretende Gesellschafter bis zu dessen Eintragung in das Firmenbuch unbeschränkt haftet.

⁷¹³ *Riegger*, BB 1979, 1381 (1382).

Die Kenntnis von der Qualifikation als Kommanditist substituiere also die Firmenbucheintragung. Der Kommanditist sei so zu behandeln, als wäre er bei Abschluss des Geschäftes bereits in das Firmenbuch eingetragen gewesen. Nach der konstitutiven Firmenbucheintragung gelte für das Verhältnis von Pflichteinlage zur Haftsumme, dass beide „Größen“ strikt voneinander zu trennen und jeweils eigens zu beurteilen sind. Daher hätte sich im konkreten Fall die Haftsumme - unter der Annahme der erfolgten Firmenbucheintragung - allein nach dem in das Firmenbuch eingetragenen Betrag beurteilt. Die vereinbarte Pflichteinlage und eine allfällige Unwirksamkeit derselben wäre dann irrelevant gewesen.⁷¹⁴ Dies gelte auch dann, wenn die Haftsumme im Gesellschaftsvertrag nicht vereinbart wurde.

Dieses Argument scheint auch für die Beurteilung der Vor-KG nach § 176 UGB passend, ist an dieser Stelle doch an die Materialien zum HaRÄG 2005⁷¹⁵ ErläutRV zu denken, wonach der als Kommanditist einzutragende Gesellschafter nach Errichtung, aber vor Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch so haften solle, wie dies ein Gläubiger nach Eintragung erwarten darf. Allerdings wird man mE diese Ansicht wohl dahingehend relativieren müssen, dass der Gesetzgeber damit nur eine allgemeine Klarstellung des Haftungsumfanges iS der Haftungsprivilegierung bei einem Auftreten im Namen der (Vor-)KG erreichen wollte. Dass dies aber keine materielle Gleichsetzung der durch ein Auftreten im Namen der KG bewirkten Haftungsbeschränkung mit jener durch die konstitutive Firmenbucheintragung erzeugten bedeuten sollte, zeigen bereits die oben getroffenen Untersuchungsergebnisse zur Änderung der Haftsummenhöhe im Vorstadium, die nämlich teilweise von denen entsprechenden Regeln der fertigen

⁷¹⁴ Vgl nur *K. Schmidt* in MünchKomm HGB §§ 171, 172 Rz 26.

⁷¹⁵ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 48 (zu § 176 UGB).

Gesellschaft abweichen.⁷¹⁶ Daher ist die Aussage in den entsprechenden Gesetzesmaterialien mE iS einer lediglich programmatischen Anordnung zu verstehen.

Nichtsdestotrotz ist *Riegger* darin zuzustimmen, dass auch vor Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch zwischen Pflichteinlage und Haftsumme - sofern beide im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurden - strikt zu trennen ist. Aber auch dann, wenn eine Regelung über die Haftsumme in den Gesellschaftsvertrag nicht aufgenommen wurde, ist zu beachten, dass es sich bei obiger Interpretationshilfe um eine Zweifelsregel handelt, die keinesfalls zur Annahme der Akzessorietät zwischen Pflichteinlage und Haftsumme führen darf.⁷¹⁷ Die Ausführungen *Riegger's* beziehen sich zwar auf die durch Aufnahme eines Grundhandelsgewerbes bereits entstandene KG (bzw auch auf den Eintritt eines Kommanditisten in eine bestehende KG), doch muss diese für die Kommanditistenhaftung grundlegende Unterscheidung, auf der das gesamte haftungsrechtliche Konzept der KG aufbaut, auch für die Vor-KG gelten. Dies bekräftigt auch schon die gesetzgeberische Anordnung in den Materialien zum HaRÄG 2005⁷¹⁸, die vorsieht, dass die Aufklärungspflicht nach § 171 S 2 UGB über die Höhe der auf die Pflichteinlage geleisteten Haftsumme auch schon im Vorstadium Geltung beansprucht. Bereits daraus folgt, dass der Gesetzgeber auch im Vorstadium zwischen Pflichteinlage und Haftsumme unterscheidet.⁷¹⁹ Außerdem wird die auf die Höhe der Haftsumme beschränkte Haftung des künftigen Kommanditsiten auch im Vorstadium durch die Leistung der Pflichteinlage ausgeschlossen.⁷²⁰

⁷¹⁶ So entfaltet etwa die Vereinbarung der Haftsummenerhöhung im Vorstadium im Gegensatz zur Situation bei der fertigen KG auch ohne „Kundmachung in gehöriger Weise“ oder „Mitteilung“ Außenwirkung; vgl dazu II.C.2.6.3.13.3 a).

⁷¹⁷ K. Schmidt, MünchKomm HGB §§ 171, 172, Rz 23

⁷¹⁸ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 48 (zu § 176 UGB).

⁷¹⁹ Vgl II.C.2.6.2.6.

⁷²⁰ Siehe II.C.2.6.2.7.

Nicht zuletzt geriete man in Erklärungsnotstand, würde der objektive Wert der Pflichteinlage der Höhe der Haftsumme entsprechen. Diesfalls würde eine Reduktion letzterer um den Wert der versprochenen Einlage zu dem Ergebnis einer Haftsumme von 0 führen. Eine ergänzende Vertragsauslegung, die zum Ergebnis gelangen würde, dass, die Gesellschaft - als Folge der fehlenden Eintragungsfähigkeit einer Haftsumme von 0 - nicht eingetragen werden kann und es den Gesellschaftern der Vorgesellschaft sohin verunmöglicht wird, den Zweck, um deren Willen die Vorgesellschaft gegründet worden ist, zu erreichen, ist aber unzulässig.⁷²¹

Damit kommt man mE zum Ergebnis, dass die Unwirksamkeit der Einlageverpflichtung keine Auswirkungen auf die Höhe der Haftsumme im Vorstadium zeitigt. Ist die Höhe der Haftsumme im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vereinbart worden, wird sie bei Unwirksamkeit der Vereinbarung der Pflichteinlage nicht um diese verringert. Wurde die Höhe der Haftsumme im Gesellschaftsvertrag hingegen nicht vereinbart, ist nichtsdestotrotz die Zweifelsregel zur Bestimmung der Haftsummenhöhe aus der Pflichteinlagenvereinbarung anwendbar. Dies setzt allerdings voraus, dass die unwirksame Vereinbarung der Pflichteinlage trotzdem Erkenntnisquelle für die Destillation der Parteienabsicht sein kann, auf deren Grundlage der Vertrag in weiterer Folge ergänzend ausgelegt werden soll.

Dies ist grs möglich,⁷²² hängt aber mE vom Grund ab, der zur Unwirksamkeit der Pflichteinlagenvereinbarung führte. Ist die Vereinbarung der Pflichteinlage etwa wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit, mangelnder Vertretungsmacht oder wegen Dissens unwirksam, ist es mE nicht zulässig, den Gesellschaftsvertrag hinsichtlich der Haftsumme nach Maßgabe der unwirksamen Regelung der Pflichteinlage zu ergänzen. So leuchtet mE ein, dass die Parteienabsicht zum Ziele der ergänzenden

⁷²¹ Vgl etwa *K. Schmidt*, DB 1977, 2314 f.

⁷²² So auch *Riegger*, BB 1979, 1380 (1382), allerdings ohne Differenzierung nach dem Unwirksamkeitsgrund.

Vertragsauslegung nicht aus einer vertraglichen Regelung gewonnen werden kann, die gerade dem Willen der Partei nicht entspricht und deswegen anfechtbar ist⁷²³ oder in der es überhaupt zu keiner fehlerfreien Willensbildung⁷²⁴ oder gültigen Willensübereinstimmung⁷²⁵ kam. Ist die Vereinbarung der Pflichteinlage demgegenüber wegen Verstoßes gegen ein Formgebot unwirksam, kann sich mE anderes ergeben. Sollte etwa - ähnlich dem vom BGH entschiedenen Fall - ein GmbH-Anteil als Sacheinlage in die KG eingebracht werden, wurde aber der Gesellschaftsvertrag oder zumindest die entsprechende Vereinbarung über die Pflichteinlage nicht in Notariatsaktsform abgeschlossen und ist daher unwirksam, wird es mE iZ der Parteienabsicht entsprechen, die Höhe der Haftsumme trotzdem mit dem objektiven Wert des GmbH-Anteiles anzunehmen.⁷²⁶ Anderes wird sich freilich dann ergeben, wenn für die Gründung der KG gerade der GmbH-Anteil von entscheidender Bedeutung ist oder aber sich das Vermögen des sich unwirksam zur Einbringung eines GmbH-Anteils verpflichteten Gesellschafters erstreckt und er daher eine bis auf den Wert des GmbH-Anteiles gerichtete Geldforderung eines Gesellschaftsgläubigers finanziell nicht verkraften kann. Lässt sich die Haftsumme mittels ergänzender Vertragsauslegung nicht bestimmen, fehlt eine *essentialia negotii*. Der Gesellschaftsvertrag ist damit mangels Bestimmtheit unwirksam.

Der gesamte Gesellschaftsvertrag wäre selbst bei im Gesellschaftsvertrag gültig vereinbarter Haftsumme auch dann unwirksam, wenn sich aufgrund der Unwirksamkeit der Pflichteinlage nach dem tatsächlichen oder hypothetischen Parteiwillen ergibt, dass die Vertragspartner den Rest des Vertrages, d.h. den Gesellschaftsvertrag ohne die Vereinbarung der Pflichteinlage und sohin lediglich unter Haftungsübernahme bis zur vereinbarten Haftsumme durch den künftigen Kommanditisten, nicht allein geschlossen

⁷²³ So etwa das Beispiel des Irrtums über die Pflichteinlage.

⁷²⁴ Vgl die Beispiele der mangelnden Geschäftsfähigkeit oder Vertretungsmacht.

⁷²⁵ Siehe das Beispiel des Dissenses.

⁷²⁶ Ist der im Gesellschaftsvertrag der GmbH-Anteil im Vergleich zum objektiven Wert über- oder unterbewertet, gilt das unter II.C.2.6.3.13.5 Ausgeführte.

hätten. Dieser Grundsatz stammt aus § 878 S 2 ABGB, der die Rechtsfolge bei Teilunmöglichkeit einer vereinbarten Leistung regelt, wird aber analog auch auf die Fälle der mangelnden Geschäftsfähigkeit, des Dissens' oder der Willensmängel angewendet.⁷²⁷ Lässt sich ein solcher tatsächlicher oder hypothetischer Parteiwille allerdings nicht ermitteln, bleibt der Vertrag aufrecht.⁷²⁸

Eine Gesamtnichtigkeit wird sich mE häufig dann ergeben,⁷²⁹ wenn sich ein Vertragspartner lediglich unter der Voraussetzung als Gesellschafter, uz als beschränkt haftender Gesellschafter, an der Gründung der Gesellschaft beteiligen möchte, wenn er den Betrag seiner Haftsumme durch Leistung einer Sacheinlage erbringen kann. Besonders anschaulich ist mE der Fall, in welchem im Gesellschaftsvertrag vereinbart wird, dass ein solcher Gesellschafter Dienstleistungen als Sacheinlage erbringen soll,⁷³⁰ weil er über kein Vermögen verfügt. Diesfalls wird wohl nach dem tatsächlichen oder hypothetischen Parteiwillen eine Teilunwirksamkeit der Vereinbarung der Pflichteinlage zur Gesamtunwirksamkeit führen. Gegen eine bloße Teilnichtigkeit kann aus Sicht des künftigen Kommanditisten etwa auch sprechen, dass er sein mit der Gesellschaftsbeteiligung verbundenes Risiko auf einen bestimmten als Sacheinlage zu leistenden Gegenstand begrenzt wissen wollte. Ihn sollte er äußerstenfalls verlieren, nicht hingegen auf einen entsprechenden Betrag in bar haften. So kann es gelegen sein, dass er über ausreichend Barvermögen gar nicht verfügt und eine entsprechende Verwertung des ursprünglich (unwirksam) zu leistenden Gegenstands im späteren Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Gesellschafters keinen vergleichbaren Erlös mehr abwirft. Aus dem Blickwinkel der anderen Gesellschafter mag gegen eine Teilnichtigkeit eingewendet

⁷²⁷ Vgl nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 174.

⁷²⁸ Siehe etwa *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 174.

⁷²⁹ Die hier gebrachten Beispiele ähneln jenen, die bereits oben zur Frage, ob die unwirksam vereinbarte Pflichteinlage Quelle für die ergänzende Vertragsauslegung mithilfe der oben beschriebenen Zweifelsregel sein kann.

⁷³⁰ Vgl zur Frage, was als Gegenstand einer Einlage in Frage kommt *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/363.

werden, dass gerade die versprochene Sacheinlage den zentralen Wert für die Gesellschaft darstellt, den eine bloße Bereitstellung eines Haftungsfonds durch Vereinbarung einer Haftsumme ohne Einbringung einer Pflichteinlage nicht zu substituieren vermag.

Selbst wenn aber die Prüfung der tatsächlichen oder hypothetischen Parteienabsicht bei unwirksam vereinbarter Pflichteinlage, aber wirksam verpflichteter Haftsumme zu einer Gesamtnichtigkeit des Gesellschaftsvertrages führen würde, ist damit noch nicht gesagt, dass der Dritte den künftigen Kommanditisten (und auch die anderen Gesellschafter) nicht trotzdem in Anspruch nehmen kann. Es ist nämlich zu prüfen, ob es sich in einem solchen Fall nicht um einen fehlerhaften Gesellschaftsvertrag handelt, der bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen zum Eingreifen der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft und damit zur Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages führt. Dies würde allerdings auch für den Fall gelten, in dem der zur Unwirksamkeit der Pflichteinlagenvereinbarung führende Grund die Anwendung der Zweifelsregel zur Bestimmung der nicht vereinbarten Haftsumme ausschließt. Die Frage nach der Anwendbarkeit der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft für diese Fälle soll im Folgenden untersucht werden.

Die fehlerhafte Gesellschaft ist ein Produkt der richterlichen Rechtsfortbildung.⁷³¹ Ausgangspunkt der so geschaffenen Regeln sind zwei erkannte Problemkreise, die sich aus der Besonderheit der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von gesellschaftlichen Zusammenschlüssen ergeben, wenn diese mit ex tunc-Wirkung angefochten oder für nichtig erklärt werden.⁷³²

⁷³¹ Vgl nur *U. Torggler/H. Torggler* in *Straube*³ § 105 Art 7 Nr 1 mwN.

⁷³² Der Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit mit Wirkung ex tunc liegt darin, dass ein Vertrag - solange er nicht angefochten wird - gültig ist.

Erstens geht es um die Schwierigkeiten, die ganz allgemein mit der Rückabwicklung laufender Dauerschuldverhältnisse verbunden sind.⁷³³ So wird im Bereich des allgemeinen Zivilrechts angenommen, dass die Nichtigkeits- und Anfechtungsregeln des ABGB auf Zielschuldverhältnisse zugeschnitten und dementsprechend teleologisch auch auf diese zu reduzieren seien. Die so entstehende Lücke müsse mit entsprechend modifizierten und auf die Besonderheit von Dauerschuldverhältnissen abgestimmten Nichtigkeits- und Anfechtungsbestimmungen geschlossen werden. Dies resultiere in einer bloßen ex nunc-Wirkung der Nichtigkeits- und Aufhebungstatbestände.⁷³⁴ Diese Schwierigkeiten werden zudem dadurch vervielfacht, dass sich die Anfechtung oder Nichtigkeit auf einen Gesellschaftsvertrag bezieht, der nicht bloß ein „gewöhnliches“ Dauerschuldverhältnis, sondern vielmehr eine komplexe, weit verästelte Organisationsverfassung unter mitunter zahlreichen Vertragspartnern darstellt.

Der zweite friktionsträchtige Aspekt betrifft die mangelnde Bezugnahme der Nichtigkeits- und Anfechtungsfolgen auf eine dritte Partei, der gegenüber die fehlerhafte Gesellschaft nach außen in Erscheinung tritt. Die Nichtigkeits- und Anfechtungsregel, wie sie das ABGB (im teleologisch reduzierten Sinn) für Zielschuldverhältnisse vorsieht, seien nicht bloß von einer Interessenabwägung getragen, die nicht auf Dauerschuldverhältnisse zugeschnitten sind, sondern vernachlässigen auch, dass Dritte beim Auftreten einer fehlerhaften Organisation beteiligt sind. Die wirksame Konstituierung der Gesellschaft ist zwar fehlgeschlagen. Trotzdem ist ein Verband nach außen in Erscheinung getreten und kann insofern von der Rechtsordnung nicht mehr negiert werden.⁷³⁵

⁷³³ Vgl. *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 105 UGB Rz 70, 75.

⁷³⁴ Siehe *dens* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 105 UGB Rz 77.

⁷³⁵ So *U. Torggler/H. Torggler* in *Straube*³ § 105 Art 7 Nr 1 Rz 35 mwN.

Die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft versuchen nun diese Unzulänglichkeiten des allgemeinen Vertragsrechts in Bezug auf die Besonderheiten eines Gesellschaftsverhältnisses aufzulösen. Von der hL⁷³⁶ wird daher der festgestellten Nichtigkeit oder erfolgreichen Anfechtung von Gesellschaftsverhältnissen lediglich ex nunc-Wirkung beigemessen. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt die fehlerhafte Gesellschaft unter Maßgabe der Wertungskriterien des Bestandschutzes im Innenverhältnis und des Verkehrsschutzes im Außenverhältnis nach innen und außen wirksam.⁷³⁷ Eine Rückabwicklung des Gesellschaftsverhältnisses findet nicht statt. Die beiden Voraussetzungen, die die Anwendbarkeit der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft bedingen, lassen sich konsequenter Weise den erwähnten Problemfeldern entnehmen.

So muss zum einen der abgeschlossene Gesellschaftsvertrag fehlerhaft sein.⁷³⁸ Diese Fehlerhaftigkeit wird iS einer Gesamt- und nicht bloß Teilunwirksamkeit verstanden,⁷³⁹ weil der Gesellschaftsvertrag bei einer bloßen Teilunwirksamkeit ohnehin bestehen bleibt. Zur Lösung der Frage, ob Teil- oder Gesamtunwirksamkeit vorliegt, beurteilt sich auch dem wahren Willen der Parteien, in dessen Ermangelung nach der hypothetischen Parteienabsicht.

Zum anderen wird das In-Vollzug-Setzen der Gesellschaft verlangt, da nur dann der oben beschriebene zusätzliche Aspekt des Schutzes des Dritten zum Tragen kommt. Dies wurde bislang aus Gründen der Rechtssicherheit bei den Tatbeständen des (§ 161 Abs 2 HGB iVm) § 123 HGB angenommen.⁷⁴⁰ Damit ist das Entstehen der Gesellschaft als Maßstab an das In-Vollzug-Setzen der Gesellschaft gelegt worden. Darunter war sowohl

⁷³⁶ Vgl etwa K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ 137.

⁷³⁷ U. Torggler/H. Torggler³ § 105 Art 7 Nr 1 Rz 35.

⁷³⁸ U. Torggler/H. Torggler in Straube³ § 105 Art 7 Nr 1 Rz 36.

⁷³⁹ U. Torggler/H. Torggler in Straube³ § 105 Art 7 Nr 1 Rz 36.

⁷⁴⁰ So U. Torggler/H. Torggler in Straube³ § 105 Art 7 Nr 1 Rz 36.

die Aufnahme eines Grundhandelsgewerbes nach § 1 Abs 1 HGB als auch die konstitutive Eintragung der Gesellschaft nach § 2 HGB einzuordnen.

Schließlich wurde von der hL noch eine dritte Negativvoraussetzung aufgestellt. Demnach darf die Wirksamkeit der Gesellschaft nach innen und außen nicht aus „gewichtigen Belangen der Allgemeinheit oder bestimmter schutzwürdiger Personen unvertretbar sein“.⁷⁴¹ Dies soll bei Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit, mangelnder Geschäftsfähigkeit, mangelnder Vertretungsmacht oder etwa bei qualifizierten Willensmängeln⁷⁴² der Fall sein.

Die Beweggründe, die zur richterlichen Herausbildung eines besonderen Regelungsregimes der fehlerhaften Gesellschaft geführt haben, scheinen mE genauso auf die als nicht rechtsfähige Außen-GesbR zu qualifizierende Vorgesellschaft passend. Auch hier rechtfertigen die Anliegen des Bestandschutzes im Innenverhältnis sowie jene des Verkehrsschutzes im Außenverhältnis die Annahme modifizierter Regeln in Bezug auf eine Gesellschaft, die auf einem fehlerhaften Gesellschaftsvertrag beruht.⁷⁴³ Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft sind mE erfüllt. So scheint die Fehlerhaftigkeit des Gesellschaftsvertrages nicht weiter problematisch, wird doch gerade der Fall untersucht, in dem der tatsächliche oder hypothetische Parteiwille ergibt, dass der restliche Vertrag ohne wirksame Vereinbarung der Pflichteinlage nicht geschlossen worden wäre. Damit gilt der ganze Vertrag als unwirksam. Aber auch der Fall, in dem der Grund für die Unwirksamkeit der Vereinbarung der Pflichteinlage auch eine ergänzende Vertragsauslegung für die nicht

⁷⁴¹ EvBl 2001/58 = wbl 2001, 230; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 19; *U. Torggler/H. Torggler* in *Straube*³ § 105 Art 7 Nr 1Rz 36; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth M.*, Gesellschaftsrecht Rz 254; aA *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB⁵ § 105 Rz 210 ff.

⁷⁴² Abweichend in Bezug auf Arglist OGH SZ 61/111.

⁷⁴³ So auch *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth M.*, Gesellschaftsrecht Rz 258.

vereinbarte Haftsumme aufgrund oben beschriebener Zweifelsregel ausscheidet, mündet in einer Gesamtnichtigkeit wegen mangelnder Bestimmtheit.

Näherer Betrachtung bedarf aber die Frage, ob die Gesellschaft bereits in Vollzug gesetzt worden ist. Wie bereits erwähnt, wurde bislang das In-Vollzug-Setzen der Gesellschaft nach überwiegender Ansicht⁷⁴⁴ an deren Entstehen nach (§ 161 Abs 2 HGB iVm) § 123 HGB gebunden. Nach geltender Rechtslage würde dies daher bedeuten, dass für das In-Vollzug-Setzen auf die konstitutive Firmenbucheintragung abzustellen ist.⁷⁴⁵ Diese Ansicht ist mE aber zu eng und sollte nunmehr auf den gegenständlichen Fall des Handelns für die (Vor-)KG iSd §§ 123 Abs 2 S 1 und 2 sowie 176 Abs 1 S 1 und 2 UGB⁷⁴⁶ ausgedehnt werden. Es genügt nämlich mE, dass ein Gründungsgesellschafter oder eine für die Gesellschaft rechtsgeschäftlich bestellte Person nach außen tätig wird. Es muss erforderlich und ausreichend das Ingangsetzen einer verfassten Organisation sein.⁷⁴⁷ Dies machen die §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB aber gerade zur Anwendungsvoraussetzung. Daraus folgt, dass das Abschließen von Geschäften im Namen der Gesellschaft vor deren Firmenbucheintragung für das In-Vollzug-Setzen genügen muss.⁷⁴⁸

Von der Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft ausgeschlossen sind hingegen - wie oben erwähnt - Fallgestaltungen, in denen der Grund der Unwirksamkeit der Vereinbarung der Pflichteinlage als besonders berücksichtigungswürdig zu qualifizieren ist. So kann die Pflichteinlage als Folge der fehlerhaften Gesellschaft nicht als wirksam betrachtet werden, wenn der Verpflichtete im

⁷⁴⁴ Vgl nur *U. Torggler/H. Torggler* in Straube³ § 105 Art 7 Nr 1 Rz 36.

⁷⁴⁵ So auch *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB § 105 Rz 68; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 68.

⁷⁴⁶ Selbiges muss konsequenterweise für die Vor-OG gelten.

⁷⁴⁷ So *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 148.

⁷⁴⁸ So auch *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 258.

relevanten Zeitpunkt geschäftsunfähig oder unwirksam vertreten war. Ebenso auszuschneiden sind jene Sachverhalte, in denen das Versprechen der Pflichteinlage einem gesetzlichen Verbot oder den guten Sitten widerspricht.

Was bedeuten diese Überlegungen aber nun für den Ausgangspunkt der Diskussion? Verlangen die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft auch im Fall der unwirksamen Vereinbarung der Pflichteinlage Beachtung?

Ergibt die Parteienabsicht nach dem Gesagten, dass die unwirksame Vereinbarung der Pflichteinlage nach dem tatsächlichen oder hypothetischen Willen der Gesellschafter zu einer Gesamtnichtigkeit oder -anfechtbarkeit des Gesellschaftsvertrages einer Vor-KG führt, greifen die Bestimmungen über die fehlerhafte Gesellschaft.⁷⁴⁹ Diese bewirken, dass der fehlerhafte Gesellschaftsvertrag, einschließlich der unwirksamen Einlageverpflichtung nach innen und außen dennoch wirksam ist. Die Gesellschafter können damit weiterhin die Pflichteinlage verlangen und der betroffene Gesellschafter kann sich nach wie vor durch deren Leistung von der Einlagepflicht befreien. Dies ist für ihn deshalb von Bedeutung, weil er dadurch die Haftsumme um den Betrag der Pflichteinlage reduzieren kann.⁷⁵⁰ Die Fehlerhaftigkeit berechtigt aber zur Austrittskündigung sowie zur Aufkündigung der Vor-KG aus wichtigem Grund. Diese Instrumentarien richten sich mE nach GesbR-Recht.⁷⁵¹

Es kann also festgehalten werden, fehlerhaft ist, nach den Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft zu behandeln ist. Daraus folgt, dass die fehlerhafte Vorgesellschaft nach außen und innen wirksam ist. Damit bleiben Pflichteinlage und Haftsumme unberührt. Damit hat mE nicht nur der betroffene Gesellschafter das Recht

⁷⁴⁹ So auch *K. Schmidt*, MünchKomm HGB, §§ 171, 172 Rz 23.

⁷⁵⁰ Vgl auch *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 258.

⁷⁵¹ Vgl dazu *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/76 ff, 2/83.

nach wie vor die Sacheinlage zu leisten, sondern auch die anderen Gesellschafter können diese noch fordern.

2.6.3.13.7 Unwirksamkeit der Haftsummenvereinbarung

Dieselbe Argumentationskette gilt im Übrigen für den Fall, dass die Vereinbarung der Haftsumme nichtig oder anfechtbar ist. Auch hier darf die Zweifelsregel, dass Pflichteinlage und Haftsumme einander entsprechen, nicht zu der Annahme einer Akzessorität führen. Ebenso greifen in den Fällen der Gesamtnichtigkeit oder der Anfechtung des gesamten Vertrages die Bestimmungen über die fehlerhafte Gesellschaft. Das Gesellschaftsverhältnis und damit auch die Haftsummenvereinbarung bleiben demgemäß im Innen- und Außenverhältnis bis zu einer allfälligen Austrittskündigung oder Aufkündigung wirksam.

2.7 Übergangsbestimmungen

2.7.1 Vor dem 1.1.2007 entstandene Gesellschaften

Vor dem 1.1.2007 entstandene Gesellschaften (OHG, OEG und KEG) gelten gem § 907 Abs 2 UGB unbeschadet der Abs 8 bis 14 leg cit mit 1.1.2007 als OG bzw KG; dies auch dann, wenn die bisher ins Firmenbuch eingetragene Firma noch nicht entsprechend abgeändert worden ist. Nach § 907 Abs 4 Z 2 UGB haben eingetragene Personengesellschaften spätestens ab dem 1.1.2010 im Geschäftsverkehr ihrer Firma die in § 19 Abs 1 Z 2 und 3 UGB bezeichneten Rechtsformzusätze⁷⁵² beizufügen. Dies bedeutet, dass ab diesem Zeitpunkt die Pflicht zur Führung der neuen Rechtsformzusätze

⁷⁵² Zu den Rechtsformzusätzen vgl I.D.2.3.

rechtlich erzwungen werden kann.⁷⁵³ Bis zum 1.1.2010 ist auch die Änderung im Firmenbuch anzumelden. Der in § 907 Abs 2 UGB verwendete Ausdruck „gelten“ mag mitunter Verwirrung stiften, da er eine gesetzliche Fiktion nahe legt, anstatt schlicht und einfach davon zu sprechen, dass sie nunmehr OG bzw KG „sind“. Klarheit verschafft aber ein Blick in die Materialien zum HaRÄG 2005⁷⁵⁴, wenn es dort heißt, dass § 907 Abs 2 UGB „eine terminologische Ersetzung dieser Begriffe in anderen Bundesgesetzen“ „erübrigt“. ⁷⁵⁵

Fraglich ist, wie jene Gesellschaften zu behandeln sind, die vor dem 1.1.2007 durch die Aufnahme eines vollkaufmännischen grundhandelsgewerblichen Betriebes entstanden sind. Sind sie nämlich noch nicht in das Firmenbuch eingetragen, könnte aufgrund des durch das HaRÄG 2005 nunmehr ausnahmslos eingeführten Normativsystems zu folgern sein, dass diesen Gesellschaften bis zur Firmenbucheintragung die Rechtsfähigkeit wieder abzuerkennen ist. Dies hätte zur Folge, dass sich eine ehemals bereits entstandene OHG oder KG mit 1.1.2007 automatisch auflösen und in eine GesbR wandeln würde.⁷⁵⁶

Zutr wird dies allerdings in der Literatur⁷⁵⁷ verneint. So sei es nämlich nicht Ziel des UGB, bestehende Rechtssubjekte zu beseitigen. Diese Gesellschaften bestehen daher als Rechtssubjekte weiter und sind bis 1.1.2010 unter Berücksichtigung der neuen (zwingenden) Rechtsformzusätze zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden. Die §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB gelten kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in den §§ 907 Abs 9 und 14 UGB sind bis zur entsprechenden Firmenbucheintragung nicht

⁷⁵³ *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB Vor §§ 105 - 160 Rz 25.

⁷⁵⁴ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 65.

⁷⁵⁵ So *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB Vor §§ 105 - 160 Rz 24.

⁷⁵⁶ *Ders* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB Vor §§ 105 - 160 Rz 29.

⁷⁵⁷ Zutr *ders* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB Vor §§ 105 - 160 Rz 29.

anzuwenden. Diese Bestimmungen gelten nur für jene OG und KG, die nach dem 31.12.2006 errichtet wurden.

Sofern der Gegenstand der vor dem 1.1.2010 bereits entstandenen Gesellschaften auf eine unternehmerische Tätigkeit gerichtet ist, gelten sie ab diesem Zeitpunkt gem § 907 Abs 2 UGB als Unternehmer iSd § 1 UGB. Auch hier verwendet der Gesetzgeber den Ausdruck „gelten“ und trägt damit zur Verwirrung bei, denn, wer eine unternehmerische Tätigkeit entfaltet, ist Unternehmer und gilt nicht bloß als Unternehmer.

Im Ergebnis bedeutet die Anordnung in § 907 Abs 2 UGB, dass vor dem 1.1.2010 entstandene OHG und KG nunmehr mit 1.1.2010 Unternehmer sind. Dies gilt auch für jene bereits entstandenen EEG, die ein minderkaufmännisches, freiberufliches oder land- und forstwirtschaftliches Unternehmen betrieben. Für nicht unternehmerisch tätige EEG sind hingegen keine Unternehmer, für sie ist weiterhin das EGG maßgeblich.⁷⁵⁸

2.7.2 Vor dem 1.1.2007 errichtete, aber noch nicht entstandene Gesellschaften

Ist eine OG oder KG vor dem 1.1.2007 errichtet, aber noch nicht entstanden, ist ein vorgesellschaftliches Handeln gem § 907 Abs 9 S 1 iVm dem letzten Satz sowie Abs 14 UGB nach der Rechtslage vor dem HaRÄG 2005 zu beurteilen.⁷⁵⁹

⁷⁵⁸ Zutr *ders* in Krejci, Reform-Kommentar UGB Vor §§ 105 - 160 Rz 31.

⁷⁵⁹ *Ders* in Krejci, Reform-Kommentar UGB Vor §§ 105 - 160 Rz 30.

III. Zusammenfassung

Ausgangspunkt der Erörterung der Personenvorgesellschaften nach UGB ist § 123 Abs 1 UGB. Darin ordnet der Gesetzgeber an, dass OG und KG ausnahmslos mit der Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch entstehen. Damit stellt sich die Frage, ob und bejahendenfalls mit wem Verträge, die im Namen der Gesellschaft vor deren Firmenbucheintragung geschlossen werden, zustande kommen sowie, ob bereits vor der Eintragung Einlagen, allen voran Sacheinlagen, an die Gesellschaft als eigenen Rechtsträger übertragen werden können.

Diese Fragen werden insb in den beiden zentralen Vorgesellschaftsnormen in den §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB beantwortet. § 123 Abs 2 S 1 UGB sieht vor, dass dann, wenn Gesellschafter oder zur Vertretung der Gesellschaft bestellte Personen nach Errichtung, aber vor Entstehung der Gesellschaft in deren Namen handeln, alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet werden. Es handelt sich bei dieser Bestimmung um eine Vertretungsregel, die als Rechtsfolge eine Zuordnung der im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäfte zu den Gesellschaftern vornimmt. Daraus folgt ua, dass Vor-OG und Vor-KG als nicht rechtsfähige Außen-GesbR zu qualifizieren sind. Mangels Rechtsfähigkeit ist das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern zuzuordnen und steht in deren Miteigentum.

Entsprechend dem vertretungsrechtlichen Charakter der §§ 123 Abs 2 und 176 Abs 1 UGB werden darin auch zentrale Aussagen über das Außenverhältnis von Vor-OG und Vor-KG getroffen. Erfasst wird von den Regelungen mE sowohl ein Handeln im Namen der fertigen Gesellschaft als auch der Vorgesellschaft, ebenso wie ein Handeln unter nicht eintragungsfähiger Firma. Nicht anwendbar ist die Regelung aber bei einem Handeln im Namen der Vorgründungsgesellschaft. Die §§ 123 Abs 2 S 2 und 176 Abs 1 S 2 UGB beinhalten

zudem eine vertretungsrechtliche Besonderheit, indem sie die Rechtsfolge des jeweiligen S 1 leg cit, dh die Zuordnung der abgeschlossenen Geschäfte, auch dann anordnen, wenn der handelnde Gesellschafter nicht, nicht ausreichend oder nicht allein vertretungsbefugt ist. Zutreffenderweise wird diese Bestimmung als Vollmachtsvermutung verstanden, die sich an der Regelung der Vertretungsmacht der fertigen Gesellschaft orientiert.

Die Berechtigung und Verpflichtung der Gesellschafter nach § 123 Abs 2 S 1 UGB wird vom Gesetz nicht näher definiert. ME werden die Gesellschafter im Lichte der Materialien zum HaRÄG 2005 solidarisch verpflichtet. Die Berechtigung orientiert sich mE hingegen am gewöhnlichen GesbR-Recht und ist daher als Gesamthandforderung aufzufassen. Mit der Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch tritt die Gesellschaft in die zuvor in ihrem Namen geschlossenen Geschäfte nach zutreffender Ansicht im Wege der Universalsukzession ein; dies gilt auch für die im Namen der Vorgesellschaft geschlossenen Geschäfte sowie für das im Miteigentum der Gesellschafter stehende Gesellschaftsvermögen.

Die Bestimmung des § 176 Abs 1 S 1 UGB sieht für den künftigen Kommanditisten einer Vor-KG eine Haftungsprivilegierung vor; dies bedeutet, dass dann, wenn Gesellschafter oder zur Vertretung der Gesellschaft bestellte Personen nach Errichtung, aber vor Entstehung der Gesellschaft in deren Namen handeln, der Kommanditist für die in der Zeit bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Haftsumme haftet. Mangels Firmenbucheintragung bezieht sich der Haftsummenbegriff auf die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Haftsumme. Wird die Pflichteinlage im Vorstadium geleistet, entfällt die Haftung gem § 171 S 1 UGB per analogiam. Die Auskunftspflicht des Kommanditisten über die Höhe der geleisteten Einlage gegenüber Gläubigern auf deren Verlangen nach S 2 leg cit ist analog auch auf das Vorstadium anzuwenden. Die Aufklärungspflicht umfasst ebenfalls in analoger Anwendung im Vorstadium mE auch schon die Höhe der Haftsumme selbst. Gegenüber erst potentiellen Vertragspartnern scheidet eine analoge Anwendung der Auskunftspflicht nach § 171 S 2 UGB mE aus. Diesfalls kann die Annahme von Schutz-

und Aufklärungspflichten in Fortentwicklung der Grundsätze vom vorvertraglichen Schuldverhältnis teilweise Abhilfe schaffen.

Wird im Vorstadium die Höhe der Haftsumme geändert, ist in der Rechtsfolge und der entsprechenden Begründung mE einerseits zwischen Haftsummenerhöhung und -herabsetzung, andererseits zwischen Alt- und Neuverbindlichkeiten zu unterscheiden. Wurde die Haftsumme im Gesellschaftsvertrag nicht geregelt, ist mE die Regel anzuwenden, wonach Haftsumme und Pflichteinlage einander iZ entsprechen. Bei in Gesellschaftsverträgen häufig vorkommenden Über- und Unterbewertungen gilt mE Folgendes: Bei Überbewertungen der Haftsumme ist diese iZ mit dem geringeren objektiven Wert anzusetzen, im Falle einer Unterbewertung mit dem geringeren vereinbarten Wert.

Ist die Höhe der Haftsumme im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vereinbart worden, wird sie bei Unwirksamkeit der Vereinbarung der Pflichteinlage nicht um die Höhe der Pflichteinlage verringert. Wurde die Höhe der Haftsumme im Gesellschaftsvertrag hingegen nicht geregelt, ist mE trotz Unwirksamkeit der Pflichteinlagenvereinbarung die Zweifelsregel zur Bestimmung der Haftsummenhöhe anwendbar. Dies setzt allerdings mE voraus, dass die unwirksame Vereinbarung der Pflichteinlage trotzdem Erkenntnisquelle für die Destillation der Parteienabsicht sein kann, auf deren Grundlage der Vertrag in weiterer Folge ergänzend ausgelegt werden soll; dies ist vom konkreten Grund, der zur Unwirksamkeit geführt hat, abhängig.

Ergibt die Parteienabsicht, dass die unwirksame Vereinbarung der Pflichteinlage nach dem tatsächlichen oder hypothetischen Willen der Gesellschafter zu einer Gesamtnichtigkeit oder -anfechtbarkeit des Gesellschaftsvertrages einer Vor-KG führt, greifen mE die Bestimmungen über die fehlerhafte Gesellschaft.

Mag. iur. **Philip Aumüllner**

Adresse: Gatterholzgasse 17/12-13, A-1120 Wien

Akademischer Titel: Magister iuris (Mag. iur.)

Staatsbürgerschaft: Österreich

Geburtstag: 10. November 1981

Geburtsort: Wien

Universität

- **Universität Wien - Juridicum** **Wien**
Doktoratsstudium (2007 – 2009):
Dissertation: "Die Personenvorgesellschaften nach UGB" bei o.Univ-Prof.
Dr. Josef Aicher
- **Universität Wien - Juridicum** **Wien**
Magisterstudium (2001 - 2006):
Abschluss: 29.6.2006
Spezialisierung: Zivilrecht, Unternehmensrecht, Gesellschaftsrecht, internationales
Privatrecht
- **Universität Bologna** **Bologna**
Auslandsstudienjahr (2004 - 2005):
Absolvierte Prüfungen: Internationales Privatrecht, Rechtsphilosophie und -theorie,
Völkerrecht und Europarecht

Schulausbildung

- **Matura: BRG Rosasgasse (1992-2000):** Matura im Juni 2000 **Wien**
(mit Auszeichnung)
- **Volksschule: Schulbrüder (1988-1992)** **Wien**

Philip Aumüllner

Wien, Mai 2009