

ein Geschäft von Anfang an nichtig, bei dem die Parteien wissen, dass die erforderliche grundverkehrsrechtliche Genehmigung versagt werden würde.<sup>47)</sup>

Die Erscheinungsformen für Umgehungsgeschäfte sind vielfältig. Den Versuch einer **Kategorisierung** hat *Sieker* unternommen. Er unterscheidet zwischen Fällen der Verschleierung der causa, der Aufspaltung eines einheitlichen Rechtsgeschäfts, der Zwischenschaltung und der gegenläufigen Gestaltung.<sup>48)</sup> Zum Teil wird auch zwischen zulässigen und unzulässigen Umgehungsgeschäften unterschieden. Mit *Anderwald* ist allerdings die Sinnhaftigkeit der Kategorie „zulässiges Umgehungsgeschäft“ in Frage zu ziehen. Ist die „Umgehung“ zulässig, liegt schlichtweg kein Umgehungsgeschäft vor.

Die Abgrenzung zwischen Schein- und Umgehungsgeschäft ist insb iZm der **FinanzStrG-Novelle 2010** diskutiert worden.<sup>49)</sup> Wegen der Täuschung über Tatsachen kann vornehmlich das Scheingeschäft finanzstrafrechtliche Konsequenzen zur Folge haben. Im Gegensatz zum Zivilrecht stellt in steuerlicher Hinsicht allerdings die **Täuschungsabsicht** ein zentrales

Tatbestandsmerkmal dar, welches auch nicht auf den Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses, sondern der Einreichung der jeweiligen Abgabenerklärung abstellt.<sup>50)</sup>

#### Praxistipp

Für die Beratungspraxis ist zu beachten, dass das Mitwirken an einem ungültigen Scheingeschäft oder einem verbotenen Umgehungsgeschäft (durch Vertragserrichtung, Urkundenerrichtung etc) zu einem Entfall des Entgeltsanspruchs führt. Dies resultiert aus der Tatsache, dass ein gesetzwidriges Umgehungsgeschäft nicht Inhalt eines gültigen Bevollmächtigtungsvertrags sein kann.<sup>51)</sup>

47) *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 916 Rz 5.

48) *Sieker*, Umgehungsgeschäfte (2001) 46ff; vgl auch *Anderwald*, Abgrenzung 29.

49) Vgl *Leitner*, SWK 2012, 75 ff.

50) *Leitner*, SWK 2012, 81.

51) OGH 27. 4. 2001, 7 Ob 87/01 x; *Rainer*, immolex 2006, 65.

#### → Die Grauzone

- Bei einer bloßen Fehlbezeichnung ist das Erklärte tatsächlich gewollt, wird aber falsch bezeichnet. Die Fehlbezeichnung erfolgt unabsichtlich. Der nachträgliche Nachweis des übereinstimmenden Willens kann problematisch sein.
- Beim Scheingeschäft ist das Erklärte gerade nicht gewollt. Die falsche Bezeichnung erfolgt absichtlich. Rechtsfolge ist nach § 916 ABGB die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Soll mit dem Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verschleiert werden, ist dieses nach seiner wahren Beschaffenheit zu beurteilen.

- Beim Umgehungsgeschäft ist das Erklärte tatsächlich gewollt.
- Hier bestehen die Probleme nicht auf Sachverhaltsebene, sondern in der Interpretation der umgangenen Norm.

#### → Zum Thema

##### Über den Autor:

MMag. DDr. Patrick Warty ist assoziierter Professor für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht an der Universität Salzburg.  
Kontaktadresse: Universität Salzburg, Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Churfürststr. 1, 5020 Salzburg. Tel: +43 (0)662/8044/3517,  
E-Mail: patrick.warty@sbg.ac.at

## Fehlbezeichnung und die GesbR-Falle

Kooperationen sind Teil des Wirtschaftslebens. Häufig bezeichnen die Beteiligten ihr gemeinsames Handeln schlicht als „Kooperation“ oder schließen einen „Kooperationsvertrag“. In solchen Konstellationen laufen die Beteiligten Gefahr, unbedacht eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu begründen: Einerseits kann das schlüssig geschehen, andererseits ist die Bezeichnung eines Vertrags nicht maßgeblich. Anwendbar sind dann eine Reihe gesetzlicher Bestimmungen, die im Konfliktfall den spezifischen Konstellationen oft nicht gerecht werden.

Von Joachim Pierer und Wilhelm Milchrahm

GRAU 2021/26

#### Inhaltsübersicht:

- A. Problemstellung
- B. Fehlbezeichnung einer Zusammenarbeit als „bloß faktisch“
- C. Fehlbezeichnung einer Vereinbarung
  1. Unbewusste Fehlbezeichnung
  2. Erkennen der Fehlbezeichnung nur durch eine Partei

3. Bewusste beidseitige Fehlbezeichnung
- D. Kriterien für das Vorliegen einer GesbR
  1. Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks
  2. Abgrenzungsfragen
- E. Folgeprobleme einer Fehlbezeichnung
  1. Die Auffangfunktion der §§ 1175 ff ABGB
  2. Haftung für Schulden der Gesellschaft
  3. Kein Entgeltanspruch für Beitragsleistungen
  4. Widmung von Vermögen für die Gesellschaft

## ► Gesellschaftsrecht

### A. Problemstellung

In der Praxis sind Kooperationen zwischen Unternehmen (aber auch zwischen natürlichen Personen) oft nur durch faktische Zusammenarbeit gekennzeichnet, dh, sie beginnen ohne ausdrückliche Vereinbarung mit ihrer Zusammenarbeit. Typische Beispiele finden sich etwa im Bereich der Immobilienentwicklung, der Forschung und der Produktentwicklung, ebenso in der Startup-Szene. Selbst wenn der Zusammenarbeit eine – dann häufig als Kooperationsvertrag bezeichnete – Vereinbarung zugrunde liegt, beinhaltet diese meist nur punktuelle Regelungen. Gemeinsam ist beiden Konstellationen, dass die Beteiligten dieses Zusammenwirken in rechtlich **nicht eindeutiger Terminologie** bezeichnen und daher oft eine falsche Bezeichnung wählen, die die tatsächlichen **Rechtsfolgen verdeckt**.

Während die Gründung einer Kapitalgesellschaft von den Gründungsgesellschaftern eine bewusste Entscheidung erfordert, weil eine Vertragsurkunde (Gesellschaftsvertrag) vorausgesetzt wird,<sup>1)</sup> und die Formpflicht des Gesellschaftsvertrags,<sup>2)</sup> ein gesetzlicher Mindestinhalt<sup>3)</sup> und die zwingend notwendige Anmeldung zum Firmenbuch vorschnelles Handeln verhindern, bestehen diese Erfordernisse und damit der Übereilungsschutz bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR) nicht.<sup>4)</sup> Die an der Kooperation Beteiligten erkennen daher oftmals nicht, dass eine GesbR begründet wurde, weil sie davon ausgingen, dass nur für ein Projekt oder zur Erreichung eines Zieles zusammengearbeitet werden sollte, für das die Gründung einer eigenen Gesellschaft gerade nicht vorgesehen war. Im Konfliktfall wird dann aber vom Gericht festgestellt, dass alle Beteiligten durch ihre Zusammenarbeit **Gesellschafter einer GesbR wurden** und damit zahlreichen gesetzlichen Regelungen unterworfen sind, die auf ihre Art der Zusammenarbeit oft nur bedingt passen.<sup>5)</sup>

Mitunter besteht aber auch Problembewusstsein bei den Beteiligten: Es finden sich dann vertragliche Regelungen in den „Kooperationsvereinbarungen“, die das Entstehen einer GesbR verhindern sollen. Diese Regelungen bewirken aber nur selten die gewünschte Rechtsfolge.<sup>6)</sup>

Maßgeblich ist, dass die Hürde für das Entstehen einer GesbR niedrig ist, weil sie eine Auffangfunktion<sup>7)</sup> erfüllt: Schon eine gemeinsame Tätigkeit zweier natürlicher oder juristischer<sup>8)</sup> Personen, um dadurch einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen, führt gem § 1175 Abs 1 ABGB zum Entstehen einer GesbR, sofern keine

speziellere Gesellschaftsform dafür gewählt wurde. Die GesbR verleiht somit selbst nur sehr lockeren Zusammenschlüssen eine Struktur und legt die Rechte und Pflichten der Gesellschafter fest.

### B. Fehlbezeichnung einer Zusammenarbeit als „bloß faktisch“

Oft bezeichnen die Kooperationspartner ihre Zusammenarbeit als „bloß faktisch“, weil sie keine vertragliche Einordnung vornehmen (wollen). Die Vorstellung bloß faktischer Zusammenarbeit ist dann unzutreffend, wenn die „bloß faktischen“ Handlungen bereits die Umsetzung des zuvor gefassten Willens sind, ein gemeinsames Ziel zu verfolgen, dh, wenn die Parteien dennoch von einer rechtsgeschäftlichen Bindung ausgehen (und nicht nur ein tatsächlich unverbindlich gemeintes „Gentlemen’s Agreement“ wollen). Nach der – herrschend angewendeten – gemäßigten Rechtsfolgen-theorie ist es für das Zustandekommen eines Vertrags nicht nötig, dass die Parteien an eine bestimmte Vertragsfigur gedacht haben, es darf nur *„keiner der beiden Parteien das Bewußtsein erkennbar fehlen, daß sie Rechte erwirbt oder Pflichten übernimmt“*.<sup>9)</sup> Sobald der gemeinsame Wille den objektiven **Tatbestand** einer Rechtsnorm erfüllt, treten deren **Rechtsfolgen** ein. Es muss gerade nicht das Bewusstsein vorherrschen, mit dieser oder jener Handlung eine GesbR zu gründen.<sup>10)</sup>

#### Beispiel

Anlässlich einer Fachmesse treffen sich die Geschäftsführer zweier Unternehmen und kommen überein, dass ihre Unternehmen die Entwicklung eines gemeinsamen Produkts angehen wollen. Die zuständigen Fachabteilungen beider Seiten beginnen sich abzustimmen und legen ein Arbeitsprogramm und die wechselseitigen finanziellen Beiträge fest. Damit ist bereits eine GesbR zur Produktentwicklung begründet.

Mit einem solchen die rechtliche Dimension nicht reflektierenden Vorgehen geben die Beteiligten zudem die ihnen vom größtenteils dispositiven GesbR-Recht gebotenen Gestaltungsmöglichkeiten auf. Anstatt einer auf die Zusammenarbeit abgestimmten Regelung werden im Streitfall in der Regel die §§ 1175 ff ABGB anzuwenden sein. →

- 1) Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017) Rz 1/68ff.
- 2) Notariatsaktspflicht gem § 4 Abs 3 GmbHG, § 16 Abs 1 AktG.
- 3) § 4 GmbHG; § 17 AktG.
- 4) Dazu Punkt C. Zur Auffangfunktion s am Ende dieses Abschnitts.
- 5) Vgl Artmann/Thiery, GesbR neu – Auswirkungen für die Praxis? RdW 2016, 3 (7).
- 6) Dazu Punkt C.3.
- 7) ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 7.
- 8) Alle rechtsfähigen Gebilde können grds Gesellschafter einer GesbR sein, vgl Rauter in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 1175 Rz 30.
- 9) OGH II Ob 1030/25 ZBI 1926/126; im Anschluss daran F. Bydliński, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967) 7 f; Welsch/Kletečka, Grundriss I<sup>6</sup> Rz 317.
- 10) OGH 8 ObA 284/97 s ARD 4929/3/98.

**Praxistipp**

Die Parteien sollten auch Regelungen für Fälle treffen, auf deren Eintritt sie nicht hoffen (zB Konflikte, vorzeitiger Abbruch eines Projekts), um nicht von unpassendem GesbR-Recht überrascht zu werden.

In der vorerwähnten Konstellation kommt der Gesellschaftsvertrag konkludent zustande. Der Maßstab des § 863 ABGB ist zwar ein strenger, weil man sonst Gefahr läuft, jemandem einen Willen zu unterstellen, den er so nie hatte; in Kombination mit § 1175 ABGB ist die Schwelle für das Entstehen einer GesbR aber niedrig. Ausreichend ist die beabsichtigte **Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks** durch eine bestimmte Tätigkeit, was aufgrund der Auffangfunktion des § 1175 ABGB in den **Abschluss eines Gesellschaftsvertrags umgedeutet** wird.<sup>11)</sup> Es muss also weder die Rechtsform der GesbR bedacht worden sein, noch muss die rechtliche Einordnung der Zusammenarbeit richtig – oder überhaupt – benannt werden, weil es nur auf den Inhalt ankommt.<sup>12)</sup> Für das Entstehen einer GesbR ist es daher nach § 863 ABGB ausreichend, dass mit Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund bleiben darf, daran zu zweifeln, dass der Wille der Beteiligten darauf gerichtet war, einen gemeinschaftlichen Zweck mit wechselseitiger Bindungswirkung zu verfolgen. Im unternehmerischen Bereich wird sehr häufig – allein aufgrund der regelmäßig gewünschten Planungssicherheit – von einer wechselseitigen Bindung auszugehen sein.

**Praxistipp**

Zur Vermeidung einer wechselseitigen Bindungswirkung bzw einer Rechtsverbindlichkeit ist von vornherein ein unmissverständlicher und ausdrücklicher Hinweis auf die Unverbindlichkeit der Abrede geboten (gentlemen's agreement). Vorteilhaft ist ein gentlemen's agreement etwa in Fällen, in denen Unternehmen die Zweckmäßigkeit einer Zusammenarbeit zuvor prüfen wollen. Aus späteren Entwicklungen kann aber ein schlüssiges Abgehen von der Unverbindlichkeit nach Maßgabe des Einzelfalls resultieren, sodass dann ein Zustandekommen einer GesbR nicht ausgeschlossen ist. Es ist daher eine sorgfältige Beachtung solcher Entwicklung zweckmäßig, um ggf entgegenzuwirken.

**C. Fehlbezeichnung einer Vereinbarung****1. Unbewusste Fehlbezeichnung**

Parteien benennen ihre Vereinbarung – oft im Bestreben nach Klarheit – meist nach der gemeinsamen Tätigkeit. In der Praxis begegnen daher allgemeine Bezeichnungen wie „Kooperationsvertrag“, aber auch speziellere Formen wie „Arrondierungsvereinbarung“, „Immobilienprojektentwicklungsvertrag“ oder „F&E-Vereinbarungen“<sup>13)</sup>. Für die **rechtliche Qualifikation** eines Vertrags ist allerdings die **tatsächliche Ausgestaltung** der gegenseitigen Rechtsbeziehungen maßgeblich, unabhängig davon, was die Parteien tatsächlich wollten, ob sie sich der rechtlichen Tragweite ihres

Verhaltens bewusst waren oder wie sie ihre Vereinbarung genannt haben.<sup>14)</sup>

Diesen Grundsätzen folgend finden sich somit alle Beteiligten, die den Tatbestand des § 1175 Abs 1 ABGB erfüllen (dazu Punkt D.1), in einer GesbR wieder. Die Entstehung der Gesellschaft ist unabhängig davon, ob die Parteien die Gründung einer GesbR beabsichtigt haben oder ob sie davon ausgegangen sind, dass ihre Zusammenarbeit keine oder andere Rechtsfolgen auslöst, selbst wenn sie redlich waren, also gerade keine Umgehungsabsichten vorlagen. Wurden in der Vereinbarung bestimmte – meist konfliktträchtige – Aspekte der Zusammenarbeit wie Willensänderung oder Vermögensordnung und -auseinandersetzung nicht geregelt, müssen die Fragen auch durch Vertragsauslegung geklärt werden.

Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften und damit insb einer GesbR sind nach hA gem § 914 ABGB auszulegen.<sup>15)</sup> Beim Vorliegen einer **Vertragslücke** ist primär das **Dispositivrecht** (§§ 1175 ff ABGB) heranzuziehen, das für vertraglich unregelte Fragen eine Regelung bereitstellt.<sup>16)</sup> Das gilt jedenfalls dann, wenn weder eine vom dispositiven Recht abweichende Absicht der Parteien noch eine dementsprechende Verkehrssitte festgestellt werden kann.<sup>17)</sup> Problematisch wird das insb in jenen Konstellationen, die vom Standardfall abweichen, an dem sich die Gesetzesverfasser in der Regel orientieren. Daher wird man beim internationalen Konsortialkredit oder beim Arrondierungsvertrag im Rahmen der Immobilienentwicklung mit dem dispositiven Recht deutlich weniger Fragen is der Parteien lösen können als im klassischen Fall des Aufbaus eines gemeinsamen Unternehmens.

**Praxistipp**

Vor dem Eingehen einer Zusammenarbeit sollte mit Blick auf die §§ 1175 ff ABGB geprüft werden, wie das Gesetz die in der individuellen Vereinbarung unregelten Fragen lösen würde und ob dies ein gangbarer Weg für die Parteien ist oder ob Anpassungsbedarf besteht.

**2. Erkennen der Fehlbezeichnung nur durch eine Partei**

In der Praxis deutet in der Vertragsurkunde oft nichts auf eine GesbR hin: Statt Gesellschaftern ist von den Vertragspartnern oder statt Beschlüssen von Entschei-

11) Maßgeblich ist, dass die Absicht der Parteien auf die für den Vertragstyp charakteristischen Elemente gerichtet ist, OGH 6 Ob 117/18a NZ 2018/152; OGH 26. 11. 2020, 5 Ob 199/20f ecolex 2021/155.

12) OGH 12. 2. 1991, 8 Ob 707/89 RdW 1991, 261.

13) Forschung und Entwicklung.

14) OGH 12. 2. 1991, 8 Ob 707/89 RdW 1991, 261; OGH 26. 9. 2018, 6 Ob 117/18a NZ 2018/152.

15) OGH 20. 5. 2008, 4 Ob 229/07s SZ 2008/65; Riedler in KBB<sup>6</sup> § 1175 Rz 4. Dem vorangehend (s Punkt B) beantwortet § 863 ABGB die Frage, ob überhaupt eine schlüssige Willenserklärung vorliegt, vgl Bollenberger/P. Bydlinki in KBB<sup>6</sup> § 914 Rz 1.

16) OGH 20. 11. 2001, 3 Ob 146/01v JBl 2002, 455 – dessen Zweck ist es, gerade für im Vertrag nicht geregelte Fragen Regeln zur Verfügung zu stellen; vgl Bollenberger/P. Bydlinki in KBB<sup>6</sup> § 914 Rz 2.

17) Vonkilch in Fenyes/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 914 Rz 123. Zum Verhältnis zwischen ergänzender Vertragsauslegung und Dispositivrecht s am Ende von D.3.

dungsfindung die Rede; als Titel wird statt Gesellschaftsvertrag etwa Kooperationsvertrag oder eine andere nicht gesetzlich geregelte Bezeichnung gewählt. Daher erkennt vielleicht nur eine Partei das Zustandekommen einer GesbR.

Relevant ist in diesem Zusammenhang, ob diese Partei ihr Wissen mit den anderen hätte teilen müssen, weil bejahendenfalls ein Schadenersatzanspruch der anderen in Betracht käme. Eine solche **vorvertragliche Aufklärungspflicht** wird man aber ohne **Hinzukommen besonderer Umstände** nicht annehmen können, weil grundsätzlich nur über Aspekte aufzuklären ist, über die der andere nach den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs Aufklärung erwarten durfte.<sup>18)</sup> Eine solche Erwartungshaltung in Bezug auf die rechtliche Qualifikation einer Vereinbarung ist im Allgemeinen zu verneinen. Zudem gilt, dass im Zuge der Verhandlungen selbst geschaffene Vorteile nicht preisgegeben werden müssen.<sup>19)</sup> Anderes kann aber gelten, wenn eine Partei die Einholung von diesbezüglichen Informationen aktiv verhindert oder selbst eine beratende Rolle für die anderen Parteien einnimmt.<sup>20)</sup>

### 3. Bewusste beidseitige Fehlbezeichnung

Die Parteien könnten sich auch einig sein, das Entstehen einer **GesbR zu verhindern**. Dieses Ziel wird in der Praxis oft mit Klauseln wie „Nach übereinstimmendem Parteiwillen wird durch Abschluss des Vertrags keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründet“ oder „Die Vertragsparteien schließen die Anwendung der Regelungen der GesbR aus“ abzusichern versucht, insb mit Blick auf die Beurteilung ihrer Vereinbarung durch neutrale Dritte.

#### Praxistipp

Da von den Parteien in der Regel nicht die GesbR als Gesellschaftsform, sondern nur die unreflektierte Anwendung der als unpassend befundenen gesetzlichen Bestimmungen und Rechtsfolgen abgelehnt werden, ist die möglichst konkrete vertragliche Regelung der Rechte und Pflichten der Beteiligten empfehlenswert.

Entscheidend ist zunächst, ob es sich um eine Wissens- oder Willenserklärung handelt. Eine **Wissenserklärung**<sup>21)</sup> würde der Anwendbarkeit der §§ 1175 ff ABGB nicht im Wege stehen, weil sie nur die Äußerung einer Vorstellung über eine bestimmte Tatsache ist, ohne dass ihr die Absicht zur Herbeiführung von Rechtsfolgen zu entnehmen wäre.

Liegt eine Willenserklärung vor, ist der **Parteiwille beachtlich** und ein vertraglicher Ausschluss des GesbR-Rechts gem § 1181 ABGB zulässig, soweit er nicht zwingende Bestimmungen<sup>22)</sup> betrifft. Damit ist auch eine nicht überschreitbare **Grenze** gezogen: Zwingende Gesetzesbestimmungen sind jedenfalls anwendbar, und selbst die ausdrückliche Ablehnung der Gesellschaftsform ändert nichts an der Einordnung als GesbR, sobald die Voraussetzungen des § 1175 Abs 1 Satz 2 ABGB erfüllt sind.<sup>23)</sup>

Abseits zwingenden Rechts können die dispositiven §§ 1175 ff ABGB dem jeweiligen Einzelfall angepasst

werden. Soweit der vertragliche Ausschluss greift, sind die gesetzlichen Bestimmungen also grundsätzlich nicht anzuwenden. Ohne vertragliche Regelungen besteht aber eine **Vertragslücke**, die nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen wohl durch dispositives GesbR-Recht zu schließen wäre,<sup>24)</sup> was durch dessen vertraglichen Ausschluss aber grundsätzlich nicht in Frage kommt. Erforderlich ist dann der Rückgriff auf den **hypothetischen Willen** der Parteien oder die **Verkehrssitte**.<sup>25)</sup> Je kürzer und lückenhafter die Vereinbarung und je unklarer die Umstände im konkreten Einzelfall sind, umso schwieriger wird es aber sein, einen hypothetischen Parteiwillen festzustellen.

#### Praxistipp

Die Parteien sollten im Vertrag – zB in einer Präambel – festhalten, welche Ziele sie unter welchen Umständen erreichen möchten. Solche Informationen sind für die Auslegung des Vertrags von Bedeutung.

Scheitert die Feststellung sowohl des hypothetischen Willens als auch der Verkehrssitte, ist uE am naheliegendsten, dennoch auf die Grundsätze der §§ 1175 ff ABGB zurückzugreifen. Immerhin strebt das Dispositivrecht eine ausgewogene und gerechte Lösung an,<sup>26)</sup> die die Parteien zu vereinbaren verabsäumt haben.

#### Praxistipp

Die Parteien können das Entstehen einer GesbR nicht verhindern, wenn der Tatbestand des § 1175 ABGB erfüllt ist. Werden aber die dispositiven Regelungen des GesbR-Rechts vertraglich abbedungen, ist die Anwendung der §§ 1175 ff ABGB im Wege der Vertragslückenfüllung nicht gänzlich ausgeschlossen. Bei vertraglichem Ausschluss des dispositiven GesbR-Rechts sollten daher vertragliche Ersatzregelungen aufgenommen werden, um Vertragslücken möglichst zu vermeiden.

## D. Kriterien für das Vorliegen einer GesbR

### 1. Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks

Die **bewusst weite Definition** der Gesellschaft nach § 1175 Abs 1 ABGB stellt nur darauf ab, dass sich

18) OGH 20. 2. 1979, 5 Ob 524/79 SZ 52/22 uva (RIS-Justiz RS0014811).

19) *Fleischer*, Vertragsschlussbezogene Aufklärungspflichten zwischen Personengeschaftern, NZG 2000, 561 (564); grundlegend *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001) 573 ff.

20) Vgl A. *Reich-Rohrig*, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss (2015) 226 ff.

21) Ob die Formulierung „Mit dieser Vereinbarung wird keine GesbR begründet“ eine Willenserklärung oder eine Wissenserklärung ist, könnte schon streitanfällig sein.

22) § 1184 Abs 2, §§ 1188, 1193 Abs 2, §§ 1194, 1209, 1210; vgl *Riedler* in KBB<sup>9</sup> § 1181 Rz 1 f.

23) OGH 13. 1. 1998, 8 ObA 284/97s ARD 4929/3/98; OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 93/01x MietSlg 53.185; s auch OGH 19. 5. 1981, 4 Ob 104/80 SZ 54/75.

24) Zur Streitfrage, ob der hypothetische Parteiwille oder dispositives Recht vorrangig ist, s *Vonkilch* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 914 Rz 113 ff mwN.

25) OGH 24. 10. 1990, 9 ObA 172/90 SZ 63/191 uva (RIS-Justiz RS0017832); *Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 914 Rz 101; *Artmann/Thiery*, RdW 2016, 3 (7).

26) Vgl OGH 30. 3. 1979, 1 Ob 566/79 SZ 52/57.

zwei oder mehrere Personen durch einen Vertrag zusammenschließen, um durch eine bestimmte Tätigkeit einen **gemeinsamen Zweck** zu verfolgen. Damit sind neben erwerbswirtschaftlichen auch ideelle Zwecke erfasst.<sup>27)</sup> Nur der bloße – vielleicht zufällige – Gleichlauf der Interessen mehrerer Personen nebeneinander, ohne dass sie auf einen gemeinsamen Zweck hinarbeiten, führt aber nicht zum Vorliegen einer GesbR.<sup>28)</sup>

#### Beispiel

Arbeiten auf einer Baustelle mehrere Unternehmen, kommt trotz des notwendigen organisierten Zusammenwirkens keine GesbR zustande, wenn jeder Unternehmer nur aufgrund des zwischen ihm und dem Bauherren geschlossenen Werkvertrags tätig wird.<sup>29)</sup> Davon ist die Bau-ARGE (Bau-Arbeitsgemeinschaft) zu unterscheiden: Zweck der Arbeitsgemeinschaft ist die gemeinsame Durchführung des den Partnerfirmen übertragenen Hauptauftrags, sodass ein GesbR vorliegt.<sup>30)</sup>

Der Gesetzgeber hat im Zuge der GesbR-Reform<sup>31)</sup> mit Blick auf die Lehre klargestellt, dass eine **Gemeinschaftsorganisation** kein zwingendes Tatbestandselement einer GesbR, sondern bloße Rechtsfolge ist.<sup>32)</sup> Unter Gemeinschaftsorganisation sind Regelungen zu verstehen, die jedem Partner gewisse Einwirkungs- und Mitwirkungsrechte bezüglich der Tätigkeit der anderen Gesellschafter und der Gesellschaft insgesamt einräumen. Da die §§ 1181 ff ABGB ohnehin diesbezügliche Regelungen bereithalten, müssen sie nicht vorab eigens vereinbart werden.

Die Rsp betonte hingegen zur alten Rechtslage stets, dass eine – wenn auch lose – Gemeinschaftsorganisation zwischen den Beteiligten vereinbart sein müsse, damit eine GesbR vorliegt.<sup>33)</sup> In 1 Ob 181/13 v verlangt der OGH klare bzw bindende Organisationsabsprachen, wobei der angelegte strenge Maßstab wohl aus dem konkreten Einzelfall des Hausbaus im Rahmen einer Lebensgemeinschaft resultierte, deren Charakteristikum eben auch gemeinsames Wohnen ist, sodass der Bedarf nach einem Abgrenzungskriterium groß war, das man aber auch im verfolgten Zweck finden hätte können.<sup>34)</sup>

Entgegen der (älteren) Rsp gilt uE – insb mit Blick auf den Willen des Gesetzgebers zur GesbR-Reform –, dass **Einwirkungs- und Mitwirkungsrechte der Beteiligten** (insb Regelungen zur Willensbildung) jedenfalls ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer GesbR sind.<sup>35)</sup> Deren Vereinbarung ist aber keine zwingende Voraussetzung, weil dieses Tatbestandsmerkmal nicht von § 1175 ABGB vorgesehen ist.<sup>36)</sup> Ohne solche Rechte wird man aber nicht mehr von der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks sprechen können, sodass dann auch keine GesbR vorliegt.<sup>37)</sup>

#### Hinweis

Je eindeutiger die organisatorische und finanzielle Trennung, desto weniger wird eine GesbR anzunehmen sein. Maßgeblich sind etwa die individuelle

Honorierung jedes einzelnen Geschäfts, getrennte Konten samt getrennter Abrechnung sowie eine hierarchische Beziehung iS einer Letztverantwortung nur eines Beteiligten.<sup>38)</sup>

## 2. Abgrenzungsfragen

An den gemeinschaftlich verfolgten Zweck der Gesellschaft sind nach der Rsp keine allzu strengen Maßstäbe anzulegen.<sup>39)</sup> Das Entstehen einer GesbR kann daher insb in Fällen **gemeinsamer Vermögensverwaltung** unklar sein, etwa bei Miteigentümern einer Sache. Seit der GesbR-Reform 2015 gelten für bloße Miteigentumsgemeinschaften, die sich auf „Haben und Verwalten“ beschränken, die Bestimmungen der §§ 1175 ff ABGB nur dann, wenn dies von den Miteigentümern ausdrücklich vereinbart wurde.<sup>40)</sup> Bloße Vermögensverwaltung bzw alleiniges „Haben“ kann daher nicht zur Begründung einer GesbR führen. Dennoch kann eine bestehende Miteigentumsgemeinschaft schlüssig in eine GesbR umgewandelt werden, wenn sich das bloße Haben und Verwalten hin auf gemeinsames Wirken und die Erzielung eines gemeinschaftlichen Nutzens erweitert.<sup>41)</sup>

Alle Kooperationen, die über bloßes „Haben und Verwalten“ hinausgehen, kommen daher als GesbR in Frage. Nur dann, wenn die Zusammenarbeit einem spezielleren (idR gesetzlich geregelten) **Vertragstyp** zugeordnet werden kann, wird keine GesbR vorliegen. Maßgebliches Kriterium ist hierbei die **vertragliche Hauptleistungspflicht**. Im Ergebnis kommt es daher auf die konkrete Vertragsgestaltung im **Einzelfall** an.

#### Beispiel

Ein Industrieunternehmen möchte mit einem Forschungsunternehmen einen neuen Werkstoff für

27) Etwa wissenschaftliche, soziale, religiöse oder karitative Zwecke; ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 8.

28) Vgl OGH 26. 9. 2018, 6 Ob 117/18a NZ 2018/152; OGH 17. 7. 2018, 10 Ob 53/18v eocolex 2019/5.

29) OGH 8. 2. 1973, 2 Ob 117/72 SZ 46/15.

30) Zur Bau-ARGE *Haberer*, Die Bau-ARGE nach der GesbR-Reform, in FS Karasek (2018) 231.

31) BGBl I 2014/83, in Kraft seit 1. 1. 2015.

32) ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 6 mwN.

33) RIS-Justiz RS0022222; RS0022154. Gelegentlich wird auch auf die bloß faktische Handhabung bzw Gewährung solcher Rechte abgestellt, etwa OGH 7. 10. 1987, 3 Ob 545/87 JBI 1988, 516.

34) Auch die ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 7 erwähnen, dass eine GesbR unter Lebensgefährten nur dann vorliegen wird, wenn mit dem verfolgten Zweck der typische Rahmen einer Lebensgemeinschaft verlassen wird. Vgl auch *Kodek*, Lebensgemeinschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts? EF-Z 2018, 100 (102); OGH 15. 12. 2004, 9 Ob 140/04k EFSlg 108.088.

35) OGH 20. 4. 2006, 5 Ob 297/05w EvBl 2006/146; *Kalss/Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/1; *Rauter* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 1175 Rz 27; *Riedler* in *KBB*<sup>8</sup> § 1175 Rz 3; *Artmann/Thiery*, RdW 2016, 3 (3).

36) So bereits *Rauter* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 1175 Rz 27; *Warto* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>04</sup> § 1175 Rz 16; vgl auch *Artmann* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>9</sup> § 1175 Rz 43; *Jabornegg/Resch/Slezak* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup> § 1175 Rz 15; *A. Wimmer*, Anm zu OGH 8 Ob 49/19t EF-Z 2019, 270 (273); *aA Schurr* in *Schwimmann/Neumayr*, TK<sup>5</sup> § 1175 Rz 7.

37) OGH 20. 4. 2006, 5 Ob 297/05w EvBl 2006/146; *Rauter* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 1175 Rz 27.

38) OGH 18. 10. 2005, 5 Ob 226/05d RdW 2006/143; OGH 26. 9. 2018, 6 Ob 117/18a NZ 2018/152.

39) OGH 12. 2. 1991, 8 Ob 707/89 RdW 1991, 261; OGH 13. 8. 1998, 2 Ob 197/98d RdW 1999, 18.

40) § 826 Satz 2 ABGB.

41) ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 6.

seine Produkte entwickeln. Entscheidend ist die Vertragsgestaltung: Hat das Forschungsunternehmen für einen Erfolg einzustehen, liegt in der Regel ein Werkvertrag vor.<sup>42)</sup> Soll ein Prototyp geliefert werden, könnte auch ein Kaufvertrag vorliegen.<sup>43)</sup> Vereinbaren die Vertragsparteien allerdings, dass auch das Industrieunternehmen eigene Forschung betreibt und die Ergebnisse zur Verfügung stellt, spricht dies für eine gemeinsame Zweckverfolgung, sodass eine GesbR begründet würde.<sup>44)</sup> Die Einordnung ist für die Folgen der Kooperation maßgeblich, zB wer welche IP-Rechte erwirbt oder wie die Entwicklungskosten und ein etwaiger Gewinn aufzuteilen wären.

dit Schulden der Gesellschaft zu begleichen habe, könnte er sich bei den übrigen Gesellschaftern regressieren.

### 3. Kein Entgeltanspruch für Beitragsleistungen

Im Fall 8 Ob 707/89<sup>46)</sup> hatten sich ein Architekt und ein Geschäftsmann zusammengeschlossen, um Grundstücke zu verkaufen, auf denen Häuser errichtet werden sollten. Die Gründung einer eigenen Gesellschaft war nicht beabsichtigt. Noch vor dem Bau der ersten Häuser endete die Zusammenarbeit im Streit und der Architekt klagte seinen ehemaligen Partner auf Zahlung des Honorars für Planungsarbeiten. Das Gericht entschied, dass kein Honoraranspruch bestehe, sondern die Planungsarbeiten als **Beitrag** zur schlüssig gegründeten GesbR zu werten und dem **gemeinsamen Zweck** gewidmet gewesen seien.

### 4. Widmung von Vermögen für die Gesellschaft

Da die GesbR gem § 1175 Abs 2 ABGB nicht rechtsfähig ist, sind die Vermögenswerte der Gesellschaft immer den Gesellschaftern zuzuordnen.<sup>47)</sup> Ein **Gesellschafter** kann **Sachen oder Rechte zum Gebrauch durch die Gesellschaft einbringen** (*quoad usum*), sodass er Eigentümer bleibt; ebenso kann er sein (Allein-)Eigentum aufgeben und allen Gesellschaftern Miteigentum übertragen (*quoad dominium*); auch Einbringung dem Wert nach (*quoad sortem*) kommt in Frage.<sup>48)</sup> Bei Letzterer bleibt der Gesellschafter zwar Eigentümer, im Innenverhältnis ist die Sache aber als Eigentum der Gesellschaft zu behandeln (§ 1180 Abs 2 ABGB), sodass man von wirtschaftlichem Eigentum<sup>49)</sup> der anderen Gesellschafter bzw von einer Treuhänderstellung des einbringenden Gesellschafters spricht.<sup>50)</sup>

Während *quoad usum* Eingebrahtes dem Gesellschafter mit Liquidation der Gesellschaft gem § 1216c Abs 2 ABGB **zurückzugeben** ist, fällt eine *quoad sortem* eingebrachte Sache im Zweifel nicht an den Eigentümer zurück, sondern wie *quoad dominium* Eingebrahtes an die Liquidationsmasse und ist daher am Ende unter den Gesellschaftern (anteilig) **aufzuteilen** (§ 1216e Abs 1 ABGB).<sup>51)</sup>

#### Hinweis

Die Art der Einbringung entscheidet über das Schicksal der Sache bei Beendigung der Gesellschaft. →

42) Vgl *Heidinger/Karre*, Forschungs- und Entwicklungsverträge (2008) 16f.

43) *Zirkel in Rosenberger/Wündisch*, Verträge über Forschung und Entwicklung<sup>3</sup> Kap 3 Rz 27f, 44.

44) *Zirkel in Rosenberger/Wündisch*, Verträge über Forschung und Entwicklung<sup>3</sup> Kap 3 Rz 6 mwN.

45) OGH 13. 8. 1998, 2 Ob 197/98d RdW 1999, 18.

46) OGH 12. 2. 1991, 8 Ob 707/89 RdW 1991, 261.

47) Vgl *Riedler* in KBB<sup>6</sup> § 1180 Rz 1.

48) Statt vieler *Told*, Grundfragen der GesbR (2011) 42f.

49) *Spitzer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Vermögensordnung und Insolvenz, in FS Nowotny (2015) 413 (421).

50) OGH 20. 4. 2006, 5 Ob 297/05w EvBl 2006/146; OGH 24. 7. 2019, 8 Ob 49/19t EvBl 2020/32; *Told*, Grundfragen 43 mwN.

51) OGH 14. 2. 2012, 5 Ob 209/11p RdW 2012/492; OGH 24. 7. 2019, 8 Ob 49/19t EvBl 2020/32.

## E. Folgeprobleme einer Fehlbezeichnung

### 1. Die Auffangfunktion der §§ 1175ff ABGB

Da die Fehlbezeichnung für die Parteien das Entstehen einer GesbR verdeckt, werden sie in der Regel keine oder nur unvollständige Regelungen getroffen haben, die einem Gesellschaftsverhältnis gerecht werden. Aufgrund der Auffangfunktion der GesbR sind dann die §§ 1175 ff ABGB anwendbar. Diese beinhalten – ausgehend vom Standardfall – allgemeine Regelungen, die den spezifischen Einzelfällen oft nicht gerecht werden oder allgemein die Beteiligten überraschen, zB:

- Im Zweifel sind alle Gesellschafter zu gleichen Teilen beteiligt.
- Alle Gesellschafter sind grundsätzlich zu Geschäftsführung und Vertretung berechtigt.
- Für außergewöhnliche Geschäfte und bestimmte Vollmachten ist ein einstimmiger Beschluss aller Gesellschafter erforderlich.
- Die Gesellschafter haften für gesellschaftsbezogene Verbindlichkeiten gegenüber Dritten als Gesamtschuldner.
- Detaillierte Regelungen gibt es auch für die Verteilung von Gewinnen und Verlusten, Gesellschafternachfolge, Umwandlung, Auflösung und Liquidation der Gesellschaft.

Die nachfolgenden Beispiele veranschaulichen mögliche Überraschungseffekte.

### 2. Haftung für Schulden der Gesellschaft

Im Fall 2 Ob 197/98d<sup>45)</sup> kauften **mehrere Investoren** Bilder und Antiquitäten für den Weiterverkauf. Die Transaktion war kreditfinanziert, die Investoren boten der Bank ihre Haftung als Bürgen an, mehrere Bürgschaften kamen aber nicht zustande. Der Weiterverkauf scheiterte, der Kredit konnte nicht zurückgezahlt werden und die Bank klagte den Organisator der Investorengruppe erfolgreich auf € 290.000,-; der wendete sich wiederum an die übrigen Investoren. Das Gericht bejahte deren Haftung, weil sie Gesellschafter einer GesbR mit dem Zweck des spekulativen An- und Verkaufs von Bildern und Antiquitäten wurden, unabhängig davon, wie die Parteien ihre Zusammenarbeit rechtlich einordneten. Den Beitrag zum **gemeinsamen Zweck** sah das Gericht im Angebot der Haftung als Bürge an die Bank, deren Nichtzustandekommen keine Auswirkungen habe. Da der Organisator mit dem Kre-

Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag, ist die Einbringungsart und die Widmung nach der Absicht der Parteien zu ermitteln, bzw kann sie sich auch aus schlüssigem Handeln ergeben.<sup>52)</sup> So ist selbst bei Liegenschaften im **Alleineigentum** des einbringenden Gesellschafters nach der Rsp nicht automatisch von einer Einbringung *quoad usum* auszugehen.<sup>53)</sup>

#### Praxistipp

Die Widmung eingebrachter Sachen sollte schriftlich festgehalten werden, um den Verlust des Eigen-

tums zu vermeiden. Es drohen auch Schadenersatzansprüche der anderen Gesellschafter, wenn der Eigentümer – vermeintliches – Eigentum verkauft,<sup>54)</sup> das aber schlüssig *quoad sortem* eingebracht wurde.

52) OGH 24. 7. 2019, 8 Ob 49/19t EvBl 2020/32; *Told*, Grundfragen 43f.

53) OGH 24. 7. 2019, 8 Ob 49/19t EvBl 2020/32.

54) Vgl OGH 20. 4. 2006, 5 Ob 297/05 w EvBl 2006/146; *Riedler*, Treuhandmissbrauch bei *quoad sortem* in eine GesbR eingebrachten Sachen, wbl 2007, 218.

#### → Die Grauzone

Schließen sich mehrere Personen oder Unternehmen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zusammen, agieren sie in einer Grauzone, weil sie Gesellschafter einer GesbR werden, ohne dies womöglich zu wissen oder zu beabsichtigen. In derselben Grauzone bewegt man sich, wenn die Entstehung einer GesbR bewusst vermieden werden soll oder die Zusammenarbeit nur punktuell geregelt wurde, weil das GesbR-Recht Auffangfunktion im Fall von Regelungslücken zwischen den Parteien hat. Vor einer beabsichtigten Zusammenarbeit sollten daher Rechte und Pflichten umfassend schriftlich festgelegt werden. Im Zuge

dessen sollte auch geprüft werden, ob das ergänzend anwendbare GesbR-Recht der §§ 1175ff ABGB noch Aspekte regelt, die von den Parteien nicht bedacht wurden, und ob die gesetzliche Regelung dem Parteiwillen entspricht.

#### → Zum Thema

##### Über die Autoren:

Dr. Joachim Pierer, LL.M. (Yale), ist Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien.  
Internet: [www.joachimpierer.at](http://www.joachimpierer.at)  
Mag. Wilhelm Milchrahm ist Rechtsanwalt und Partner bei MSLEGAL Milchrahm Stadlmann Rechtsanwälte OG.  
Internet: [www.mslegal.at](http://www.mslegal.at)

## Scheingeschäfte im Gesellschaftsrecht

### Das Verbot der Einlagenrückgewähr und ihre Folgen

In der Praxis werden Verträge manchmal so gestaltet, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht erkennbar tangiert wird. Fallbeispiele solcher Gestaltungen und die Konsequenzen solcher Umgehungsversuche werden in diesem Beitrag dargestellt.

Von Daniela Huemer

GRAU 2021/27

#### Inhaltsübersicht:

- A. Das Verbot der Einlagenrückgewähr aus gesellschaftsrechtlicher Sicht
  1. Allgemeines
  2. Abgrenzung zur verdeckten Gewinnausschüttung
- B. Erfasster Personenkreis
- C. Erfasste Rechtsformen
- D. Erscheinungsformen in der Praxis
- E. Konsequenzen solcher Scheingeschäfte
  1. Rückgewähranspruch
  2. Schadenersatzanspruch gegen die Organmitglieder und den Abschlussprüfer
  3. Außenhaftung des Aktionärs
  4. Ausfallhaftung der Mitgesellschafter
  5. Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts

6. Steuerrechtliche Folgen
7. Strafrechtliche Folgen

#### ► Gesellschaftsrecht

### A. Das Verbot der Einlagenrückgewähr aus gesellschaftsrechtlicher Sicht

#### 1. Allgemeines

In den letzten Jahren musste sich der OGH sehr häufig mit dem Thema Einlagenrückgewähr beschäftigen<sup>1)</sup>: Es

1) Vgl zB OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h; 1. 9. 2010, 6 Ob 132/10w; 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12p; 21. 12. 2017, 6 Ob 206/17p;