

Die Bau-ARGE Rechtliche Betrachtung

Bürgerliches Recht
ABGB
Kodex + Kommentar

Unternehmensrecht
UGB
Kodex + Kommentar

VIBÖ
Mustervertrag +
Geschäftsordnung

Vorgelegt von

Roland Andreas WINKLER, BSc; 0430256

Vorgelegt am

Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft

Betreuer

Univ.-Prof. Dr.-Ing. Detlef HECK

Mitbetreuende/r Assistent/in

Dipl.-Ing. Mag.iur. Reinhild NÖSTLTHALLER

Graz, 22.03.2011

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich erkläre hiermit ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe. Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht. Die vorliegende Fassung entspricht der eingereichten elektronischen Version.

(Ort), am (Datum)

(Roland Winkler)

Danksagung

An dieser Stelle möchte ich allen Personen recht herzlich danken, die mir während meiner Masterarbeit mit Rat und Tat zur Seite standen.

Für die Betreuung von universitärer Seite bedanke ich mich besonders bei Herrn Univ.-Prof. Dr.-Ing. Detlef Heck und Frau Dipl.-Ing. Mag.iur. Reinhild Nöstlhaller, welche mir die Erstellung dieser Arbeit und die Befassung mit diesem Thema ermöglichten.

Bei Herrn Univ.-Prof.i.R. Dr.iur. Gunter Nitsche möchte ich mich für die Unterstützung bei speziellen rechtlichen Fragestellungen bedanken.

Dafür, dass sich Herr Dipl.-Ing. Dr. Christian Theuermann von der Bau-firma Kostmann für ein Praxisgespräch Zeit genommen hat und damit Erfahrungen aus der Baupraxis eingebracht werden konnten, möchte ich danke sagen.

Schlussendlich möchte ich meiner Familie und meinen Freunden, die mir während meiner gesamten Ausbildungszeit mit viel Liebe und Rat zur Seite gestanden sind, von ganzem Herzen danken.

(Ort), am (Datum)

(Roland Winkler)

Kurzfassung

ARGEN haben auf Grund der umfangreichen wirtschaftlichen und technischen Einsatzmöglichkeiten eine wesentliche Bedeutung in der Bauwirtschaft. Speziell bei Großprojekten, bei denen oftmals die Kapazitäten eines einzelnen Unternehmens nicht ausreichen würden, schließen sich Bauunternehmen zu einer ARGE zusammen. Vor allem im Tiefbau, zum Beispiel bei großen Tunnel-, Brücken- oder Straßenbaustellen, aber auch bei Hochhäusern, Staumauern oder Kraftwerksbauten kommen ARGEN zum Einsatz.

In der Baupraxis sind neben den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen vor allem auch die rechtlichen Aspekte einer ARGE von großer Bedeutung, welche den Schwerpunkt dieser Masterarbeit darstellen. Im Allgemeinen ist sie rechtlich gesehen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Um vertragliche Probleme bei der Durchführung von Bauprojekten in ARGEN zu vermeiden, werden in der vorliegenden Arbeit die gesetzlichen Hintergründe beschrieben.

Zunächst wird auf die Bedeutung der ARGE im Bauwesen eingegangen. Die GesbR wird durch das bürgerliche Recht geregelt, weshalb das ABGB einen Schwerpunkt dieser Arbeit bildet. Weitere Rechtsgebiete wie Unternehmensrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Insolvenzrecht oder Gewerberecht sowie ÖNORMEN werden behandelt. Der von der VIBÖ erarbeitete Mustervertrag für die Bau-ARGE sowie die dazugehörige Geschäftsordnung sind für die Baupraxis von großer Bedeutung und stellen ebenfalls einen Hauptbereich dar.

Den Abschluss dieser Masterarbeit bildet ein Erfahrungsbericht aus der Baupraxis. Einige Bestimmungen des Gesetzes werden durch die herrschende Lehre und die Rechtsprechung unterschiedlich ausgelegt und sind auf den konkreten Einzelfall abzustimmen. So lange es zu keinen Haftungsfällen kommt, entstehen bei Bau-ARGEN sehr selten Rechtsstreitigkeiten aus dem Gesellschaftsvertrag.

Abstract

Big building sites are a great challenge and often climb over the capacity of a single building contractor. Therefore several building contractors get together to a working group (so called "ARGE"). Especially in civil engineering for example in large tunnels, bridges or roads and also for skyscrapers, concrete dams and power station projects a "ARGE" is formed.

Beside the economical aspects of the "ARGE" also the regulatory frameworks, which is the main topic of this master thesis, are interesting for building experience. In general the "ARGE" is in the Austrian law a "Gesellschaft bürgerlichen Rechts" which is similar to a civil law association. To provide problems with the contract the knowledge of the law is profitable.

At first the relevance of the "ARGE" for the building industry is described. The "GesbR" is regulated by the civil law and as a consequence the "ABGB" is a focus of this thesis. Attention is also given to other fields of law like business law, tax law, employment law, insolvency law or trade law as well as to the Austrian standards ("ÖNORMEN"). Another main topic is the model contract and the internal regulations of the "VIBÖ" which are also very important for the building experience.

As a summary a report of the building experience is given. Some regulations of the law are differently interpreted by the prevailing view and the case law. Therefore, they must be adapted individually to the specific case. As long as there are no cases of liabilities, law suits because of the partnership agreement are very uncommon.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung.....1

2. Die Relevanz der ARGE im Bauwesen5

 2.1 Begriffsdefinition der ARGE..... 5

 2.2 Bedeutung für das Bauwesen 7

 2.3 Gründe und Anwendung der ARGE 10

 2.4 Arten von Bau-ARGEN 13

 2.4.1 Die „klassische“ Bau-ARGE 14

 2.4.2 Beteiligungs- oder Interessengemeinschaft..... 15

 2.4.3 Die Los-ARGE 15

 2.4.4 Die fortgesetzte ARGE 17

 2.4.5 Horizontale und vertikale ARGE 18

 2.5 Weitere Begriffsdefinitionen..... 18

3. Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR26

 3.1 Geschichtliches..... 26

 3.2 Anwendungsbereiche der GesbR 28

 3.3 Gesellschaftsrechtliche Einordnung 31

 3.3.1 Natürliche Personen..... 32

 3.3.2 Personengesellschaften..... 32

 3.3.3 Körperschaften (Juristische Personen)..... 33

 3.4 Regelungen im ABGB 34

 3.4.1 Entstehung einer Erwerbsgesellschaft und Begriff 35

 3.4.2 Einteilung..... 36

 3.4.3 Form der Errichtung 37

 3.4.4 Wirkung des Vertrages und des wirklichen Beitrages 39

 3.4.5 Hauptstamm 39

- 3.4.6 Rechte, Pflichten und Beitrag zum Hauptstamm 42
- 3.4.7 Mitwirkung 43
- 3.4.8 Gemeinschaft des Eigentumes 45
- 3.4.9 Nachschuss zum Hauptstamm 48
- 3.4.10 Betrieb der anvertrauten Geschäfte 49
- 3.4.11 Haftung für den Schaden..... 51
- 3.4.12 Verteilung des Gewinnes und Verlustes 52
- 3.4.13 Rechnungslegung..... 53
- 3.4.14 Verhältnis gegen Nichtmitglieder..... 54
- 3.4.15 Auflösung und Austritt 63
- 3.4.16 Teilung des gesellschaftlichen Vermögens..... 68
- 3.4.17 Miteigentum 69
- 3.4.18 Ergänzende Anmerkung..... 70
- 3.5 Regelungen im UGB..... 70
 - 3.5.1 Umwandlung und Schwellenwert..... 71
 - 3.5.2 Solidarhaftung 72
 - 3.5.3 Vertretung..... 73
 - 3.5.4 Vergleich mit OG und KG..... 74
- 4. Anwendung auf die Bau-ARGE..... 76**
 - 4.1 Allgemeines 76
 - 4.2 Versicherungsverträge 77
 - 4.3 Vorvertragliches Schuldverhältnis 78
 - 4.4 Regelungen in den ÖNORMEN 79
 - 4.5 Organisation der ARGE..... 79
 - 4.5.1 Firmenrat 80
 - 4.5.2 Technische und kaufmännische Geschäftsführung..... 81

4.5.3 Bauleitung..... 83

5. Mustervertrag der VIBÖ84

5.1 Die VIBÖ..... 84

5.2 Der Arbeitsgemeinschaftsvertrag 86

5.3 Die Geschäftsordnung..... 89

5.3.1 Zweck, Beiträge, Beteiligung und Haftung..... 89

5.3.2 Geräte..... 90

5.3.3 Material, Kleingeräte und Werkzeuge..... 96

5.3.4 Personal 97

5.3.5 Weitere Bestimmungen der GO 100

6. Sonstige Rechtsgebiete 103

6.1 Steuerrecht 103

6.2 Arbeitsrecht..... 107

6.3 Zivilgerichtliches Verfahren 108

6.4 Insolvenzrecht..... 108

6.5 Gewerberecht 110

7. Praxisgespräch..... 112

8. Resümee 117

Abbildungsverzeichnis 122

Abkürzungsverzeichnis..... 123

Literaturverzeichnis..... 125

Linkverzeichnis 128

1. Einleitung

Das Bauwesen ist ein sehr weit gefächertes Spektrum und deckt die unterschiedlichsten Fachbereiche ab. Befragt man Laien nach ihrer Meinung über die Aufgabenbereiche des Bauwesens, so denken diese in den meisten Fällen zunächst nur an den gewöhnlichen Hochbau wie zum Beispiel die Errichtung von Bürogebäuden, Siedlungen und Einfamilienhäusern sowie an die unzähligen Straßenbaustellen, welche den meisten Bürgern beim Passieren ins Auge fallen. Im Zuge weiterer Überlegungen werden dann ebenfalls Brücken und Tunnels aufgezählt, welche vor allem auf Grund ihrer Größe auffallen. Woran allerdings viele Fachkundige im ersten Moment nicht denken ist, dass die Bauwissenschaft noch weitere Gebiete wie Hochwasserschutz, Lawinnenverbau, Wasserversorgung und -entsorgung sowie vieles mehr umfasst.

In all diesen Fachzweigen können nun die Größe und der Umfang beziehungsweise die Dauer der Bauarbeiten stark variieren. Die Bandbreite reicht von sehr kleinen Baustellen, welche oft nur ein paar Tage dauern, bis hin zu riesigen Ingenieurprojekten mit einer Laufzeit von mehreren Jahren. Von der Art des Bauprojektes sind nun nicht nur die Dauer, die zu bebauende Grundfläche, die zu wählenden Bauverfahren, die Baugeräte, die Kosten usw. abhängig, sondern auch die Gesellschaftsformen der beteiligten Firmen, in Bezug auf die rechtliche Gestaltung, passen sich den gegebenen Randbedingungen an. Bei kleinen bis mittelgroßen Baustellen werden die Bauarbeiten meist nur von einem Bauunternehmen durchgeführt, wobei dieses in den häufigsten Fällen eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (kurz „GmbH“) ist. Allerdings sind auch Aktiengesellschaften (kurz „AG“), Einzelunternehmen sowie in seltenen Fällen Personengesellschaften, zu welchen die Offene Gesellschaft (kurz „OG“) und die Kommanditgesellschaft (kurz „KG“) zählen, bei Projekten dieser Größe anzutreffen. Im Gegensatz dazu stellen Großbaustellen eine größere Herausforderung dar und übersteigen oft die Kapazität eines einzelnen Bauunternehmens. Aus diesen Gründen schließen sich bei solchen Bauaufgaben mehrere Bauunternehmen zu einer Arbeitsgemeinschaft (kurz „ARGE“) zusammen, um eine gemeinsame Durchführung der Arbeiten zu erzielen. Zum Einsatz kommen solche Arbeitsgemeinschaften vor allem im Tiefbau, zum Beispiel bei großen Tunnel-, Brücken- oder Straßenbaustellen. Aber auch bei Hochhäusern, Staumauern oder Kraftwerksbauten sind immer wieder ARGEN beschäftigt.

Einleitung



Abbildung 1: Baustellenbereich der ARGE Hengsbergtunnel im April 08

Die ARGE als Gesellschaftsform kommt also des Öfteren zur Anwendung und ist somit im Bauwesen von großer Bedeutung. Nun stellt sich einerseits die Frage, wie diese Gesellschaft in der Baupraxis eingesetzt wird und welche Auswirkungen sie auf die baubetrieblichen und bauwirtschaftlichen Aspekte hat. Auf der anderen Seite ist es jedoch ebenfalls von enormer Relevanz, welche rechtlichen Rahmenbedingungen und Regelungen für die Arbeitsgemeinschaft anzuwenden sind. Im Allgemeinen ist eine ARGE, im rechtlichen Sinne gesehen, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (kurz „GesbR“) und stellt somit eine gesonderte Gesellschaftsform dar. Für die ARGE beziehungsweise GesbR gelten also eigene rechtliche Bestimmungen, welche bei der Verwendung einer solchen Gesellschaft zu beachten sind, um rechtliche Probleme bei der Durchführung von Bauprojekten beziehungsweise einschränken zu können.

In dieser Arbeit soll nun in weiterer Folge vor allem auf die rechtlichen Problemstellungen und Besonderheiten in Bezug auf die ARGE eingegangen und somit ein Überblick über die gesetzlichen Vorschriften geschaffen werden. Zunächst soll die Relevanz der ARGE für das Bauwesen erläutert und zusätzlich aufgezeigt werden, unter welchen Umständen die Anwendung überhaupt in Betracht gezogen wird. Da verschiedene Arten beziehungsweise Gestaltungsformen der ARGEN bei Bauprojekten vorzufinden sind, sollen diese etwas näher betrachtet werden. Die Arbeitsgemeinschaft als GesbR wird vor allem im Allge-

Einleitung

meinen Bürgerlichen Gesetzbuch (kurz „ABGB“) geregelt, womit dieses eine Grundlage dieser Arbeit darstellt und durch Kommentare zum Bürgerlichen Recht ergänzt werden soll. Hierbei soll vor allem die Gründung, aber auch die Haftung, die Vertretung und schlussendlich die Beendigung beschrieben werden.

Weitere rechtliche Fragestellungen in Bezug auf die ARGE ergeben sich im Falle der Insolvenz sowie bei zivilgerichtlichen Verfahren, wofür zum Beispiel zu klären ist, wie die Prozess- und Parteifähigkeit gehandhabt wird. Ebenso wichtig für die wirtschaftliche Praxis und den Erfolg eines Unternehmens sind die Steuergesetze. Wie wird die ARGE als Gesellschaft beziehungsweise wie werden die einzelnen Gesellschafter besteuert und was ist hierfür zu beachten? Da bei der Durchführung von Bauprojekten nicht nur Geräte und Material, sondern auch Arbeitskräfte notwendig sind, spielen die arbeitsrechtlichen Vorschriften eine wesentliche Rolle. Dazu zählen zum Beispiel Arbeitsverträge sowie auch sozialversicherungsrechtliche Aspekte oder Regelungen, welche den Betriebsrat betreffen. Neben all diesen gesetzlichen Verordnungen soll auch ein Bezug zu den ÖNORMEN hergestellt werden, welche ja für das Bauwesen besonders relevant sind. Darüber hinaus kann sich die rechtliche Betrachtung nicht nur innerhalb der österreichischen Grenzen bewegen, sondern auch auf internationaler Ebene durchgeführt werden, denn Bauprojekte im Ausland sind heutzutage schon längst keine Seltenheit mehr. Eine internationale Sichtweise ist dann notwendig, wenn sich die Baustelle der ARGE außerhalb der Landesgrenzen befindet beziehungsweise auch dann, wenn einer der Gesellschafter der Arbeitsgemeinschaft nicht aus Österreich stammt oder wenn man sich an einer ausländischen ARGE beteiligt. Welches Recht in solchen Fällen anzuwenden ist, wird in dieser Arbeit jedoch nicht behandelt.

Doch nicht nur zur Durchführung von Bauarbeiten an Großprojekten werden Arbeitsgemeinschaften gebildet, sondern oft schließen sich mehrere Unternehmen bereits bei der Bewerbung um einen Auftrag zu einer Gemeinschaft zusammen. In diesem Falle spricht man von einer Bietergemeinschaft (kurz „BIEGE“) und im Allgemeinen ist das Bundesvergabegesetz (kurz „BVerG“) im öffentlichen Bereich anzuwenden. Auch hierbei sind besondere Regelungen für Bietergemeinschaften im Zuge eines Vergabeverfahrens zu beachten.

Da der Anteil von Arbeitsgemeinschaften an der Bauwirtschaft nicht gerade gering ist und sich des Öfteren rechtliche Probleme ergeben beziehungsweise ergeben haben, wurden Gedanken über eine vorgefertigte Vertragsschablone laut. Aus diesen Gründen wurde von der Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs (kurz „VIBÖ“) ein Mustervertrag und dazu eine Geschäftsordnung für Bauar-

Einleitung

beitsgemeinschaften erarbeitet. Diese haben den Zweck, eine Vertragsgrundlage zu schaffen, welche einheitlich verwendet, allerdings bei Bedarf abgeändert werden kann und gewisse rechtliche Streitigkeiten im Vorfeld vermeiden soll. Dieser VIBÖ-Mustervertrag für Bau-ARGE n kommt in der Praxis häufig zum Einsatz und stellt deshalb für diese Arbeit einen Schwerpunkt dar.

Zusammenfassend kann das Ziel dieser Arbeit so beschrieben werden, dass ein Überblick über die gesetzlichen Rahmenbedingungen betreffend die Arbeitsgemeinschaft, rechtlich gesehen die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, geschaffen werden soll, wobei der Bezug zu Problemstellungen des Bauwesens eine vorrangige Rolle spielen wird.

2. Die Relevanz der ARGE im Bauwesen

Bevor man sich näher mit dem Wesen der Bau-ARGE und deren rechtlichen Bestimmungen beziehungsweise Hintergründen beschäftigt, stellt sich grundsätzlich wohl eher die Frage, wann und unter welchen Umständen eine solche Arbeitsgemeinschaft zur Anwendung kommt beziehungsweise überhaupt sinnvoll ist und wie häufig sie im Zusammenhang mit Bauprojekten anzutreffen ist, also ob sie eine wichtige oder nur untergeordnete Rolle für das Bauwesen spielt. Daher soll in diesem Kapitel, nachdem eine kurze Begriffsdefinition der ARGE angeführt wird, zunächst die Bedeutung dieser für die Bauwirtschaft betrachtet werden und welche Gründe dazu führen können, dass eine solche Gesellschaftsform gewählt wird. Da es mehrere Möglichkeiten zur Ausgestaltung von Arbeitsgemeinschaften im Bauwesen gibt, soll auf die verschiedenen Arten von Bau-ARGEN eingegangen werden. Abschließend werden in diesem Abschnitt Definitionen weiterer wichtiger Begriffe aufgelistet, welche in dieser Arbeit des Öfteren im Zusammenhang mit der ARGE verwendet werden.

2.1 Begriffsdefinition der ARGE

Eine allgemein gültige Definition der ARGE lässt sich in der ÖNORM A 2050 im Punkt 3.3 (Arbeitsgemeinschaft) finden. „Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem AG gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten.“¹ Da es sich hierbei um eine Definition durch das österreichische Normungsinstitut handelt, kann man sich grundsätzlich auf diese Beschreibung berufen. Allerdings finden sich in der Literatur auch weitere, jedoch teilweise ähnliche Begriffsbestimmungen, welche an dieser Stelle ebenfalls angeführt werden.

Oberndorfer und Jodl definieren im „Handwörterbuch der Bauwirtschaft“ die Arbeitsgemeinschaft in Anlehnung an die ÖNORM A 2050, wobei sie diese dadurch ergänzen, dass die ARGE mit der Rechtsform

¹ ÖNORM A 2050 Ausgabe: 2000-03-01; S. 4 Punkt 3.3

Die Relevanz der ARGE im Bauwesen

einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts abgeschlossen wird. Wenn ein ARGE-Partner wegfällt, so bleibt der Vertrag über Leistungen, welche noch zu erbringen sind, mit den verbleibenden ARGE-Partnern bestehen. Die einzelnen Gesellschafter der Arbeitsgemeinschaft sind prozentuell beteiligt.²

In seinem Kommentar zur ÖNORM B 2110 definiert Karasek die Arbeitsgemeinschaft wie folgt. „Unter einer Bau-ARGE wird üblicherweise ein Zusammenschluss mehrerer Personen zur Durchführung eines Bauprojektes verstanden. Es kommt in der Praxis häufig vor, dass sich mehrere Bauunternehmen (zumeist handelt es sich dabei um juristische Personen) zu einer solchen Arbeitsgemeinschaft zusammenschließen.“³

Straube und Aicher beschreiben Bau-Arbeitsgemeinschaften als Zusammenschlüsse von rechtlich selbstständig bleibenden Unternehmen, wobei diese Zusammenschlüsse nach außen auftreten. Dabei können die Unternehmen aus gleichen oder verschiedenen Fachrichtungen stammen. Ersteres wird als horizontale und letzteres als vertikale Arbeitsgemeinschaft bezeichnet. Der Zweck dieser Zusammenschlüsse ist es, dass man sich gemeinsam für Bauaufträge bewirbt. Wird der Zuschlag erhalten, so soll die ARGE eine Bauleistung, welche sachlich und zeitlich begrenzt ist, erbringen.⁴

Eine weitere Begriffsdefinition sieht folgendermaßen aus. „Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in der Bauwirtschaft sind Zusammenschlüsse zur gemeinsamen Erbringung einer sachlichen und zeitlich begrenzten Bauleistung.“⁵

Es ist zu erkennen, dass all diese Definitionen durchaus ähnlich sind, sich aber gegenseitig durch weitere Erklärungen, welche bereits auf eine gewisse rechtliche Stellung der ARGE hinweisen, ergänzen. Grundsätzlich kann die Arbeitsgemeinschaft also als ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmen, welche juristisch gesehen generell als Personen bezeichnet werden können, gesehen werden. Dies hat im Bauwesen den Grund, dass diese Partnerfirmen dann ein gewisses Bauvorhaben, welches sachlich und zeitlich begrenzt ist, gemeinsam durchführen und nach Beendigung im Regelfall wieder getrennte Wege aus rechtlicher und wirtschaftlicher Sicht gehen. Aus diesen Gründen

² Vgl. OBERNDORFER, W.; JODL, H.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft; S. 21

³ KARASEK, G.: ÖNORM B 2110 – Kommentar; S. 145

⁴ Vgl. STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I; S. 5:7

⁵ KÜHNE, J.; STRAUBE, M.: Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft (ARGE); S. 29

wird die ARGE auch oft als ein „Unternehmen auf Zeit“ bezeichnet. Anzumerken ist, dass all diese Begriffserklärungen den Hinweis auf die Erbringung einer Leistung beinhalten, woraus man schließen kann, dass der Zweck einer Arbeitsgemeinschaft, zumindest im Bauwesen, stets mit einer Leistungserbringung verbunden ist.

2.2 Bedeutung für das Bauwesen

Arbeitsgemeinschaften spielen in der Bauwirtschaft eine doch größere Rolle, als man zunächst annehmen könnte. Einige Großprojekte werden durch die Medien publik gemacht, was zur Folge hat, dass diese auch den allgemeinen Bürgern beziehungsweise Laien geläufig sind. Was dabei jedoch oft nicht bekannt gegeben wird ist, dass häufig eine ARGE von Bauunternehmen zum Einsatz bei der Durchführung der Planungs- oder Baumaßnahmen kommt. Daher ist man sich der Bedeutung und Häufigkeit von Arbeitsgemeinschaften für das Bauwesen oft gar nicht bewusst. Dass Bau-ARGEN doch des Öfteren zur Anwendung kommen, ist in Österreich aber auch in Deutschland bereits seit Jahrzehnten der Fall.

1980 zum Beispiel machten die industriellen Bauunternehmen in etwa neunzig von hundert Arbeitsgemeinschaften aus, wodurch man jährlich auf eine Anzahl von ungefähr 400 Bau-ARGEN kam. Im Jahr 2002 gab es 220 Unternehmen in der Gesellschaftsform einer GesbR, wobei dadurch 2.355 Beschäftigte vorzufinden waren und der Umsatz ca. 501 Millionen Euro durch diese Unternehmensform betrug. Diese Zahlen stammen aus dem Jahrbuch 2005 der „Statistic Austria“, sind jedoch zu hinterfragen, denn die GesbR kann nicht in das Firmenbuch eingetragen werden, was also zur Folge hat, dass diese Gesellschaftsform nicht offiziell erfasst wird und somit die Ermittlung von, der Realität entsprechenden, Angaben sehr schwierig ist. Vor allem die Höhe des Umsatzes erscheint sehr niedrig und müsste in etwa das Zehnfache betragen. Da solche Arbeitsgemeinschaften vor allem bei Großprojekten, welche im Regelfall eine hohe Auftragssumme aufweisen, anzutreffen sind, verdienen viele Bauunternehmen einen Großteil ihrer Erträge durch Projekte, bei denen sie als ARGE-Mitglieder beteiligt sind, da dieser Geldanteil meist höher ist als die Summe mehrerer kleinerer Bauvorhaben. Ebenso wird ein beachtlicher Teil des österreichischen Gesamtbudgets für Großbaustellen durch öffentliche Auftraggeber ausgegeben, wovon man ableiten kann, dass Bau-ARGEN eine wichtige Rolle für die gesamte Wirtschaft in Österreich spielen. Im Nachbarstaat Deutschland verhält es sich mit der Bedeutung von Arbeitsgemeinschaften für das Bauwesen ähnlich. Da auch grenzüberschreiten-

de ARGEN immer häufiger zum Einsatz kommen, haben diese beziehungsweise analoge internationale Gesellschaftsformen nicht zu unterschätzende Auswirkungen auf die komplette Wirtschaft der EU und auch darüber hinaus.^{6 7}

Auch im Internet lassen sich einige Einträge unter dem Suchbegriff „Bau-ARGEN in Österreich“ finden, wodurch aktuelle, zufällig ausgewählte Beispiele angeführt werden können.

Bau Arge Vrable

Tätigkeitsbeschreibung:

Im Rahmen der Bau Arge Vrable wird man sich mit der Durchführung von Vollwärmeschutz- und Installationsarbeiten bei Wohnhäusern in der Slowakei befassen. Der Baubeginn ist im Oktober 2010, das geplante Bauende 2012.

Anteilseigner (Gesellschafter):

- Firma Putz Estrich Fassaden und Handels GmbH; Gesellschaft mit beschränkter Haftung
- Firma RS PLAN & BAU LIMITED; Gesellschaft mit beschränkter Haftung
- Firma Feichter Installationen GmbH; Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁸

ARGE Bau RHKW

Tätigkeitsbeschreibung:

Industriebau, Errichtung eines Reststoffheizkraftwerks, Fertigstellung im Oktober 2011, Auftragsvolumen von 16,2 Millionen Euro.

Handelnde Personen (Geschäftsführer):

- Firma Dywidag Bau GmbH; Gesellschaft mit beschränkter Haftung
- Firma HABAU Hoch- und Tiefbau- gesellschaft m.b.H.; Gesellschaft mit beschränkter Haftung

⁶ Vgl. KREJCI, H.: Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft; Vorwort S. V

⁷ Vgl. STADLER, G.; HECK, D.: Bauwirtschaftslehre VU – Skriptum; S. 4

⁸ Vgl. http://www.firmenabc.at/bau-arge-vrable_FqWi, Datum des Zugriffs 25.11.2010 16:20

Die Relevanz der ARGE im Bauwesen

- Firma Bilfinger Berger Baugesellschaft m.b.H.; Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁹

Anhand dieser angeführten Beispiele kann man den Tätigkeitsbereich und die Zusammensetzung einer ARGE sehen. Dabei soll darauf hingewiesen werden, dass, wie es auch in diesen Beispielen der Fall ist, häufig Gesellschaften mit beschränkter Haftung (kurz „GmbH“) als Gesellschafter einer Arbeitsgemeinschaft vorkommen. Auch bei vielen weiteren bekannten Bauprojekten kamen Bauarbeitsgemeinschaften zum Einsatz. So wurden zum Beispiel beim Skylink für den Flughafen Wien in den Fachbereichen der Entwurfsplanung, Tragwerksplanung, Ausführungsplanung, TGA-Planung und der Projektsteuerung jeweils ARGEN eingesetzt. Hieran kann man erkennen, dass Arbeitsgemeinschaften nicht nur für die bauliche Durchführung, sondern auch bereits für die Planung von Bauprojekten gegründet werden. Für die Herstellung des Hengsbergtunnel in der Steiermark war ebenfalls eine Bau-ARGE zuständig, welche sich mit „Arge Hengsbergtunnel, Wayss & Freytag, Held & Francke, Habau“ bezeichnete und aus folgenden Gesellschaftern bestand.

- Firma Wayss & Freytag; Gesellschaft mit beschränkter Haftung
- Firma HABAU Hoch- und Tiefbau- gesellschaft m.b.H.; Gesellschaft mit beschränkter Haftung
- Firma Held & Francke Baugesellschaft m.b.H.; Gesellschaft mit beschränkter Haftung¹⁰



Abbildung 2: ARGE Alpentransit Brenner¹¹

⁹ Vgl. http://www.firmenabc.at/arge-bau-rhkw_FCzU, Datum des Zugriffs 25.11.2010 16:25

¹⁰ Vgl. http://www.firmenabc.at/arge-hengsbergtunnel-wayss-freytag-held-francke-habau_BiXC, Datum des Zugriffs 25.11.2010 17:20

Da der Eisenbahnbau ein sehr kapitalintensiver Bereich des Bauingenieurwesens ist und somit meist zu den Großprojekten zählt, werden auch hier gerne Arbeitsgemeinschaften gebildet, um solche Bauvorhaben realisieren zu können. So wurde zum Beispiel für den Bau der Unterinntalbahn, welche eine zentrale Verbindung zum zukünftigen Brenner Basistunnel darstellen soll, die ARGE Alpentransit Brenner ins Leben gerufen.¹²

Die Bedeutung der ARGE im Bauwesen ist also nicht von der Hand zu weisen, denn für die meisten Großbaustellen werden Arbeitsgemeinschaften eingesetzt. Aus diesem Grund ist es ratsam, wenn man mit dieser Gesellschaftsform vertraut ist, um eventuelle beziehungsweise Nachteile bei der Beteiligung an einer ARGE vermeiden zu können.

2.3 Gründe und Anwendung der ARGE

An dieser Stelle stellt sich die Frage, welche Gründe nun dazu führen, dass die Wahl einer Arbeitsgemeinschaft in Betracht kommt beziehungsweise welche Rahmenbedingungen vorliegen müssen, damit eine solche Gesellschaftsform überhaupt gewählt werden kann. Grundsätzlich ist zu erwähnen, dass eine ARGE im Allgemeinen für jedes Bauprojekt geeignet ist, das heißt gewisse „Zulassungsbeschränkungen“ gibt es für diese Gesellschaftsform generell nicht, weder durch gesetzliche Bestimmungen, noch durch wirtschaftlich überlegte Begrenzungen. Allerdings ist es natürlich dafür Voraussetzung, dass alle Vertragspartner mit der Anwendung einer Arbeitsgemeinschaft einverstanden sind, also ein vertraglicher Konsens vorliegt. Es gibt jedoch durchaus Fälle, in denen seitens des Auftraggebers der Einsatz einer ARGE nicht erwünscht ist und bereits bei der Ausschreibung sozusagen vorvertraglich ausgeschlossen wird, worauf später noch näher eingegangen werden soll.

Wie bereits erwähnt, werden Arbeitsgemeinschaften im Bauwesen vor allem für Großprojekte gegründet, wobei dies sowohl auf der Planungs- als auch auf der Bauausführungsseite der Fall sein kann. Meist wird durch so ein Großbauvorhaben die Kapazität eines einzelnen Bauunternehmens überschritten, wodurch die Bildung einer ARGE

¹¹ http://www.alpentransit-brenner.at/fileadmin/user_upload/arge/flash/images/3.jpg, Datum des Zugriffs 25.11.2010 17:30

¹² Vgl. <http://www.alpentransit-brenner.at>, Datum des Zugriffs 25.11.2010 17:30

Die Relevanz der ARGE im Bauwesen

notwendig wird. Das heißt wenn Baufirmen, selbst die größeren, allein ein Projekt nicht mehr bewältigen können, kann der Zusammenschluss mehrerer zu einer Arbeitsgemeinschaft das Problem lösen. Dass nur ein Projekt sozusagen die Auslastungsgrenze eines einzigen Unternehmens überschreitet, kommt vor allem bei kapital- und arbeitsintensiven Großbauvorhaben vor, wobei es sich meist um Aufgaben im Tiefbau handelt. Zu diesen Baustellen gehören insbesondere Tunneln, Brücken, Staumauern, Kraftwerke aber auch Straßen- und Eisenbahnstrecken. Doch auch im Hochbau kommen Arbeitsgemeinschaften zur Anwendung, so zum Beispiel bei der Errichtung von Hochhäusern.

Sinn solcher ARGEN ist die Vereinigung wirtschaftlicher, technischer und personeller Leistungskräfte. Hat zum Beispiel eine Baufirma allein nicht genügend Arbeitskräfte zur Durchführung eines Bauauftrages, so kann sie sich zusammen mit anderen Unternehmen im Zuge einer Bau-ARGE trotzdem am Projekt beteiligen, da sie zusammen ja mehr Arbeitspersonal haben. Des Weiteren fällt die Anlauffinanzierung leichter, wenn man die Geldmittel gemeinsam aufbringt. Gerade beim Bau von Tunneln werden oft spezielle Tunnelbohrmaschinen, wie zum Beispiel Vollschnittmaschinen, eingesetzt, deren Anschaffung beziehungsweise auch Miete sehr teuer und daher eine Teilung dieser Kosten von großem Vorteil ist.

Ein weiterer Grund für die Entscheidung zur Gründung einer ARGE ist die Risikoteilung, denn diese Gesellschaft tritt als eine Haftungsgemeinschaft auf, das heißt es besteht eine Solidarhaftung aller Partnerfirmen. Dies bedeutet, dass alle zur ungeteilten Hand, also alle für einen und einer für alle, haften. Im Zuge dieser Arbeit wird noch näher auf die Solidarhaftung und deren Bedeutung eingegangen. Erneut kann als Beispiel der Tunnelbau angeführt werden, denn vor allem hierbei besteht oft ein sehr hohes Risiko, denn die Beschaffenheit des Gebirges kann nicht zu hundert Prozent an allen Stellen genau im Voraus bestimmt werden, woraus sich schnell Verzögerungen im Baubetrieb und daraus resultierende Mehrkosten ergeben können. Die Gefahr, bei solchen Projekten einen Verlust zu machen, ist somit als recht hoch einzustufen. Hierbei kann also eine ARGE sinnvoll sein, denn dann wird ein eventuell möglicher Verlust ebenfalls gemeinsam getragen und dieser fällt für das einzelne Unternehmen nicht so hoch aus. Eine Teilung des Risikos durch den Einsatz einer Arbeitsgemeinschaft kann sowohl vom Auftraggeber als auch vom Auftragnehmer durchaus gewünscht sein.

Auch wettbewerbpolitische Gründe können die Bildung einer ARGE rechtfertigen. So kann es zum Beispiel der Fall sein, dass man zusammen als Arbeitsgemeinschaft mehr Referenzen und Kompetenz aufweisen kann und somit dem Bauherrn vertrauenswürdiger er-

Die Relevanz der ARGE im Bauwesen

scheint, weshalb man in weiterer Folge den Zuschlag leichter erteilt bekommt. Ebenso spielt die allgemeine Wirtschaftslage eine gewisse Rolle, weshalb konjunkturpolitische Gründe eine ARGE als sinnvoll erscheinen lassen. Darüber hinaus gibt es oft sogenannte Prestigeprojekte, wodurch eine Unternehmung zu einem bekannten Namen kommen kann beziehungsweise sich ein solches Bauvorhaben immer sehr gut in der Referenzliste der Firma macht. Somit beteiligen sich in manchen Fällen Baufirmen an einer Arbeitsgemeinschaft nur deshalb, um bei einer Prestigebaustelle dabei sein zu können und oft gar nicht wegen einem wirtschaftlichen Interesse. Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass ARGEN vor allem bei Großprojekten und zur Bewältigung innovativer Aufgaben, wo insbesondere die Vereinigung von Know-how vorrangig ist, zur Anwendung kommen.

Die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft bringt einige Vorteile mit sich. Grundsätzlich ist bei dieser Unternehmensform eine lose, gesellschaftliche Organisation anzutreffen. Dies bedeutet, dass die Gestaltung der ARGE recht flexibel ist und nicht wie bei anderen Gesellschaftsformen, wie zum Beispiel einer Aktiengesellschaft (kurz „AG“), relativ straff durch das Gesetz vorgegeben ist. Ebenso ist die Bindung an die Partner recht flexibel, denn Bau-ARGEN sind im Regelfall ja Unternehmen auf Zeit und werden danach wieder aufgelöst. Das heißt also, dass man nicht auf eine unbestimmt lange Zeit an gewisse Gesellschafter gebunden ist, sondern bei einem neuen Projekt, nach Beendigung der alten Arbeitsgemeinschaft, wieder mit ganz anderen Bauunternehmen zusammenarbeiten kann. Des Weiteren ist die Gründung im Regelfall einfach und eher formlos möglich, wodurch ein gewisser Verwaltungsaufwand verringert werden kann. Vorteilhaft ist auch, dass sich eine Baufirma dadurch an einem Großprojekt beteiligen kann, jedoch dabei ihre rechtliche Selbstständigkeit nicht aufgibt. Grundsätzlich ist zu erwähnen, dass die gesetzlichen Rahmenbedingungen für eine ARGE, also rechtlich gesehen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (kurz „GesbR“), vorwiegend ein dispositives, also nachgiebiges beziehungsweise durch Vertrag abänderbares, Recht aufweisen, wodurch ein weiterer Spielraum für freie vertragliche Gestaltung geschaffen wird, was ebenfalls als ein Vorteil angesehen werden kann.

Allerdings beinhaltet die Arbeitsgemeinschaft auch einige Nachteile. Vor allem der Umstand, dass die gesetzlichen Regelungen teilweise für diese Gesellschaftsform nicht ausreichend formuliert sind und darüber hinaus die herrschende Lehre (kurz „hL“) sich nicht in allen Punkten einig ist und so Meinungen auseinander gehen, bringt eine gewisse Problematik mit sich. Hinzu kommt, dass auch die Rechtsprechung (kurz „Rsp“) durch den Obersten Gerichtshof (kurz „OGH“) ihre eigene Auffassung beziehungsweise Auslegung des Gesetzes hat und somit eine eindeutige Interpretation nicht möglich ist. Daraus er-

geben sich also einige Schwierigkeiten, welche man jedoch durch eine detaillierte vertragliche Gestaltung zum Großteil in den Griff bekommen kann. Je genauer also der Vertrag ausgestaltet ist, desto weniger Streitpunkte beziehungsweise Missverständnisse können auftreten. Dies bedeutet allerdings, dass dafür ein bestimmter Aufwand notwendig ist, welcher als ein Nachteil aufgefasst werden kann. Zuvor wurde die Solidarhaftung als ein Vorteil angeführt, jedoch kann sich diese auch nachteilig auf einen Gesellschafter der ARGE auswirken. So kann es sich ergeben, dass ein Gesellschafter nach außen hin für alle anderen haftet und somit allein die gesamte Schuld tragen und begleichen muss. Nach innen besteht jedoch die Möglichkeit zum Regress, das heißt der nach außen hin haftende Gesellschafter kann von seinen Partnerfirmen im Innenverhältnis Rückersatz, also Ersatzanspruch geltend machen. Doch wie bereits erwähnt, wird auf die Thematik der Solidarhaftung noch ausführlicher eingegangen. Auf Grund solcher Nachteile entscheiden sich manche Auftraggeber eben dafür, bereits bei der Ausschreibung die Wahl zur Bildung einer ARGE auszuschließen, um eventuelle spätere rechtliche Schwierigkeiten beziehungsweise Auslegungsdifferenzen in Bezug auf die GesbR zu vermeiden.^{13 14}

2.4 Arten von Bau-ARGEN

Eine Arbeitsgemeinschaft ist wie bereits erläutert ein vertraglicher Zusammenschluss mehrerer Unternehmen zu dem Zweck, gemeinsam eine vertraglich festgelegte, sachlich und zeitlich begrenzte Leistung zu erbringen. Doch die Form des Zusammenschlusses und die unterschiedlichen vertraglichen Gestaltungen dieser Gesellschaft führen dazu, dass es verschiedene Arten von Bau-ARGEN gibt. Bevor diese jedoch näher betrachtet werden können, ist es an dieser Stelle notwendig, zuerst die Begriffe des Außen- und Innenverhältnisses einer Arbeitsgemeinschaft genauer zu beschreiben.

Generell muss bei allen Gesellschaften zwischen rein gesellschaftsinternen Vorgängen und außenwirksamen Vorgängen unterschieden werden. Das Innenverhältnis umfasst alle Ereignisse und Abläufe, welche zwischen den Gesellschaftern innerhalb der Gesellschaft stattfinden und wird in Form der Geschäftsführung vollzogen. Dazu gehören zum Beispiel die internen vertraglichen Regelungen, ein interner Leistungsausgleich von Personal und Gerät sowie auch die Gewinn- und

¹³ Vgl. KÜHNE, J.; STRAUBE, M.: Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft (ARGE); S. 29 und 30

¹⁴ Vgl. STADLER, G.; HECK, D.: Bauwirtschaftslehre VU – Skriptum; S. 73 und 74

Verlustteilung. Grundsätzlich sind all diese Vorgänge nur teilweise bis gar nicht nach außen hin wirksam, beeinflussen außenstehende Dritte also nur sehr beschränkt. Das Außenverhältnis hingegen regelt Beziehungen zwischen der Gesellschaft beziehungsweise den Gesellschaftern und gesellschaftsfremden Dritten, welche beispielsweise Werkvertragspartner wie Auftraggeber oder auch Sub- beziehungsweise Nachunternehmer sein können. Die Tätigkeit im Außenverhältnis wird durch die Vertretung übernommen, woraus sich auch verschiedene Haftungsmöglichkeiten ergeben können. Allgemein gilt jedoch, dass interne Beschränkungen, zum Beispiel in Bezug auf Haftung oder Vertretung, außenstehenden, gutgläubigen Dritten gegenüber nicht wirken, wenn der Dritte diese nicht kannte beziehungsweise kennen musste. Wie dies im Detail zu verstehen ist und welche Schwierigkeiten sich daraus ergeben, wird in dieser Arbeit noch genau behandelt. Man sieht jedoch an dieser Bestimmung bereits, dass die Unterscheidung zwischen Angelegenheiten nach außen oder nach innen für Gesellschaften eine wichtige Rolle spielt. Auch die folgende Einteilung der verschiedenen Arten von Bau-ARGEN nimmt Bezug auf die Beziehungen im Außen- und Innenverhältnis.^{15 16}

2.4.1 Die „klassische“ Bau-ARGE

Diese ist „jene Arge, in welcher alle Partner gemeinsam an der Erstellung des Bauvorhabens mitarbeiten und nach außen hin auch als Gesellschafter in Erscheinung treten.“¹⁷ Diese „klassische“ Arbeitsgemeinschaft tritt also als Außengesellschaft auf, denn alle Gesellschafter erscheinen sichtbar nach außen. Das kann zum Beispiel dadurch erreicht werden, dass es eigene Hinweisschilder mit der Bezeichnung der ARGE auf der Baustelle gibt. Der Mustervertrag der VIBÖ (Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs) ist genau für diese Art der Arbeitsgemeinschaft erstellt worden.¹⁸ Diese Art wird in anderen Literaturstellen auch als „echte ARGE“ bezeichnet. Weiteres Merkmal ist, dass hier eine gemeinschaftliche Leistungserbringung (auch im Innenverhältnis) vorliegt. Dies bedeutet, dass Personal, Maschinen und Kapital gemeinschaftlich zur Verfügung gestellt und eingesetzt werden. Hierbei werden anfangs die Beteiligungsquoten der

¹⁵ Vgl. WEBER, M.: Unternehmens- und Gesellschaftsrecht – Eine Einführung; S. 91

¹⁶ Vgl. ROTH, G.; FITZ, H.: Unternehmensrecht – Handels- und Gesellschaftsrecht; S. 160

¹⁷ KREJCI, H.: Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft; S. 5

¹⁸ Vgl. STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I; S. 5:8

einzelnen Partner vereinbart und später die eingesetzten Mittel bar ausgeglichen.^{19 20}

2.4.2 Beteiligungs- oder Interessengemeinschaft

Bei dieser Art der Arbeitsgemeinschaft „tritt zumindest einer der Gesellschafter Dritten gegenüber nicht als Vertragspartner in Erscheinung. Es besteht also nur eine „Innengesellschaft“.“²¹ Im Extremfall kann dies bedeuten, dass nur ein Gesellschafter nach außen hin in Erscheinung tritt und dem Auftraggeber gegenüber direkt haftet, jedoch sind im Innenverhältnis weitere Gesellschafter beteiligt und durch eine GesbR verbunden. Die nach außen hin nicht aufscheinenden Gesellschafter wirken jedoch am gemeinsamen Projekt mit und sind dafür voll verantwortlich. Darin liegt auch der Unterschied zu einem Subunternehmer, welcher nur für seinen Teil der Leistung verantwortlich ist. Allerdings haftet ein Nachunternehmer nur gegenüber seinem Vertragspartner, also im Regelfall einem Generalunternehmer (kurz „GU“), welcher wiederum dem Auftraggeber (kurz „AG“) des Bauvorhabens, mit welchem er einen Werkvertrag eingegangen ist, verbindlich ist. Mit dem Bauherrn steht der Subunternehmer also nicht im direkten Vertragsverhältnis. Da die Gesellschafter, welche nur im Innenverhältnis beteiligt sind, voll am Bauvorhaben mitarbeiten und verantwortlich sind, unterscheidet sich die Beteiligungsgemeinschaft auch von einer „Stillen Gesellschaft“. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Beteiligung nur im Innenverhältnis erfolgt und nicht alle Gesellschafter nach außen hin sichtbar auftreten. Oft wird für diese Form auch die Bezeichnung „stille Arbeitsgemeinschaft“ verwendet.²²

2.4.3 Die Los-ARGE

Diese Art von Arbeitsgemeinschaft ist eine Außengesellschaft. Das Außenverhältnis entspricht der einer „klassischen“ ARGE, das heißt alle Gesellschafter treten nach außen hin sichtbar auf und haften solidarisch. Allerdings wird im Innenverhältnis die Leistung nicht gemeinschaftlich erbracht, sondern die Durchführung der Baumaßnahmen wird auf die einzelnen Gesellschafter aufgeteilt, welche dann ihren Teil

¹⁹ Vgl. OBERNDORFER, W.; JODL, H.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft; S. 21

²⁰ Vgl. STADLER, G.; HECK, D.: Bauwirtschaftslehre VU – Skriptum; S. 26

²¹ KREJCI, H.: Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft; S. 5

²² Vgl. STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I; S. 5:8

selbstständig erledigen. Dazu muss natürlich die Voraussetzung vorhanden sein, dass die Arbeit exakt teilbar ist, also in Abschnitte beziehungsweise sogenannte „(Bau-)Lose“ unterteilt werden kann. Vor allem im Straßenbau ist eine solche Unterteilung in mehrere Baulose relativ häufig anzutreffen. Im Regelfall wird dann je ein Los von je einem Gesellschafter ausgeführt. Im Zuge dieser Aufteilung werden eigene Sub- beziehungsweise Nachunternehmerverhältnisse zwischen dem einzelnen Gesellschafter und den übrigen Partnerfirmen der Arbeitsgemeinschaft im Innenverhältnis begründet. Generell führt jeder Gesellschafter die Bauarbeiten für seinen Abschnitt selbst durch, allerdings haftet Dritten gegenüber jeder Gesellschafter nicht nur für seinen Teil beziehungsweise für sein Los, sondern für die Erfüllung der kompletten Bauleistung. Dies bedeutet also, dass die Solidarhaftung durch die Subunternehmerverhältnisse unberührt bleibt.²³ Die Los-ARGE wird auch als „Arbeitsgemeinschaft mit Leistungstrennung“²⁴ bezeichnet. Mit dem Begriff „Leistungstrennung“ ist gemeint, dass die Leistung auf die einzelnen Gesellschafter aufgeteilt und von denen einzeln erbracht wird. Es erfolgt auch kein Leistungsausgleich und die Abrechnung wird ebenso von jedem ARGE-Partner selbst durchgeführt. Um Missverständnisse beziehungsweise spätere Konfliktpunkte zu vermeiden, wird oft schon im Zuge der Ausschreibung eine genaue Leistungsbeschreibung für die einzelnen Subunternehmer ausgearbeitet. Zu beachten ist, dass wenn überhaupt keine Zusammenarbeit mehr anzutreffen ist, keine ARGE vorliegt. Dies wurde vom Obersten Gerichtshof in OGH 19. 2. 1981, 7 Ob 6/81, GesRZ 1981, 173 entschieden. Darin wird erwähnt, dass ein Gesellschaftsvertrag, in diesem Fall für eine ARGE, auch durch konkludente Handlung abgeschlossen werden kann.²⁵

Konkludent bedeutet, dass man einen Vertrag auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären kann, welche darauf schließen lassen, dass die Absicht zum Eingehen eines Vertrages ohne Zweifel vorhanden gewesen ist. Dies wird vom Gesetz durch § 863 ABGB geregelt.

In seiner Entscheidung von oben erwähnt der OGH allerdings, dass man von so einem Abschluss des Gesellschaftsvertrages nur ausgehen kann, wenn gewisse Mindestvoraussetzungen, welche für solche Gesellschaften typisch und üblich sind, vorhanden sind. Zu diesen

²³ Vgl. KREJCI, H.: Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft; S. 5 und 6

²⁴ OBERNDORFER, W.; JODL, H.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft; S. 21

²⁵ Vgl. STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I; S. 5:8 und 5:9

Merkmale zählen zum Beispiel Beitrags- und Mitwirkungspflicht, die Treuepflicht, die Bestellung von Organen, Regelungen über die Geschäftsführung und die kaufmännische Verwaltung sowie Angaben zur Bauleitung, welche die technische Koordinierung und Überwachung auf der Baustelle übernimmt. Wenn nun also diese Merkmale nicht vorzufinden sind, so kann laut OGH-Entscheidung davon ausgegangen werden, dass keine ARGE vorliegt. Dazu soll ein kurzes Beispiel angeführt werden.²⁶

„Zwei Bauunternehmer schließen sich zum Bau einer Straße in der Weise zusammen, dass jeder mit seinen Leuten und seinem Material ein bestimmtes Baulos herstellt und nur der Ertrag des ganzen Unternehmens geteilt wird. Da sie auf der Baustelle selbst in keiner Weise zusammenarbeiten, liegt keine ARGE vor.“²⁷

2.4.4 Die fortgesetzte ARGE

Im Regelfall wird eine Arbeitsgemeinschaft für die Durchführung eines bestimmten Bauvorhabens gegründet und danach wieder aufgelöst. Anders verhält es sich bei der fortgesetzten Arbeitsgemeinschaft. „Bei dieser Form wird eine ARGE über den Bauauftrag (der ursprünglich zur Bildung der ARGE geführt hat) hinausgehend auf unbestimmte Zeit und für eine unbestimmte Zahl weiterer Bauaufträge fortgesetzt.“²⁸ Gründe für eine Weiterführung können sein, dass die bisherige Zusammenarbeit sehr erfolgreich war, die Arbeitsgemeinschaft ein gut eingespieltes Team ist, die Gesellschafter auch in Zukunft ihr Know-how gemeinsam nützen wollen und sich die aufgebaute Logistik beziehungsweise Organisation positiv bewährt hat. Zu beachten ist hierbei jedoch, dass, wenn das Dauermoment der Zusammenarbeit überwiegt und die fortgesetzte ARGE als Betrieb eines baugewerblichen Unternehmens angesehen werden kann, eine Umwandlung der Gesellschaftsform von einer GesbR zu einer Offenen Gesellschaft (kurz „OG“) oder einer Kommanditgesellschaft (kurz „KG“) zwingend durch das Recht vorgeschrieben werden kann.²⁹ Hierfür sind vor allem die Regelungen des Unternehmensgesetzbuches (kurz „UGB“) maßgebend. Für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gilt grundsätzlich nach § 8 Abs 3 UGB, dass, wenn sie die Umsatzschwelle des § 189

²⁶ Vgl. <http://www.ris.bka.gv.at/Jus/>, Datum des Zugriffs 27.11.2010 19:00

²⁷ STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I; S. 5:9

²⁸ STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I; S. 5:9

²⁹ Vgl. KREJCI, H.: Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft; S. 6

UGB überschreitet, sie zur Eintragung der Gesellschaft als OG oder als KG verpflichtet ist. Ob diese Regelung auch für eine Bau-ARGE gilt, ist jedoch umstritten, denn diese wird ja im Regelfall nicht auf Dauer angelegt und könnte somit nicht unternehmerisch tätig sein im Sinne des UGB. Auch dieser Fragestellung wird sich diese Arbeit noch näher widmen. Allerdings ist bei fortgesetzten ARGEN auf jeden Fall auf diese Bestimmungen zu achten, denn eine notwendige gesetzliche Umwandlung der Gesellschaftsform und eine eventuelle Buchführungspflicht ziehen weitreichende Änderungen mit sich, womit die Vorteile der eher losen Gesellschaftsform der GesbR verloren gehen.³⁰

2.4.5 Horizontale und vertikale ARGE

Setzt sich die Arbeitsgemeinschaft aus Unternehmen, welche die gleiche Fachrichtung aufweisen, zusammen, so spricht man von einer horizontalen ARGE. Kommen die Unternehmen jedoch aus unterschiedlichen Fachrichtungen, so liegt eine vertikale ARGE vor.³¹ Wie der Begriff „Fachrichtung“ in diesem Zusammenhang genau aufzufassen ist, wird von Straube und Aicher in diesem Handbuch nicht näher erläutert. Mit Fachrichtung könnte beispielsweise gemeint sein, dass der Straßenbau und der Tunnelbau unterschiedliche Fachrichtungen sind. Weitere Beispiele für Fachrichtungen könnten die Statik und die Bauphysik auf der Planungsseite sein. Schließen sich andererseits mehrere Unternehmen, welche vorwiegend im Brückenbau tätig sind, zu einer ARGE für eine Brückenbaustelle zusammen, so liegt wohl eher eine horizontale ARGE vor, denn die Gesellschafter üben dieselbe „Fachrichtung“ aus. Nicht zu verwechseln ist der Begriff „Fachrichtung“ mit dem der „Branche“, welcher im nächsten Unterkapitel definiert wird.

2.5 Weitere Begriffsdefinitionen

In dieser Arbeit werden im Zusammenhang mit der Arbeitsgemeinschaft im Bauwesen typische Begriffe verwendet, welche sich des Öfteren wiederholen werden. Da die Bedeutung dieser Wörter für das Verständnis ausschlaggebend ist, sollen im Folgenden einige Begriffsdefinitionen aufgelistet werden.

³⁰ Vgl. WEBER, M.: Unternehmens- und Gesellschaftsrecht – Eine Einführung; S. 89 und 90

³¹ Vgl. STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I; S. 5:7

Leistungsgemeinschaft:

Dieses Wort ist unter Umständen in der Umgangssprache anzutreffen, stellt jedoch keinen normierten Begriff für eine Unternehmereinsatzform dar. In den meisten Fällen wird damit eine Arbeitsgemeinschaft mit Leistungstrennung, also eine Los-ARGE gemeint.³²

ARGE-Vertrag:

In diesem Vertrag wird festgelegt, wie die technischen, rechtlichen und kaufmännischen Rahmenbedingungen, welchen die Arbeitsgemeinschaft unterliegt, gestaltet werden sollen. Diese Art von Vertrag ist kein Werkvertrag, sondern ein Gesellschaftsvertrag, weil dadurch eine Gesellschaft gegründet wird. Für diesen ARGE-Vertrag sowie für den ARGE-Vorvertrag gibt es vorgefertigte Musterverträge, zum Beispiel von der VIBÖ, welche in der Praxis häufig zur Anwendung kommen, jedoch wegen dem dispositiven Gesetz auch abgeändert werden können.³³

ARGE-Vorvertrag:

Hierdurch wird (vor)vertraglich festgelegt, dass im Falle einer Auftragserteilung die Übereinkunft zur Gründung einer Arbeitsgemeinschaft, welche dann einem ARGE-Vertrag unterliegt, besteht. Solche Vorverträge werden häufig bei Bietergemeinschaften im Zuge der Einreichung eines gemeinsamen Angebotes angewendet. Meist sind diese Vorverträge recht kurz gefasst und enthalten nur die wichtigsten Eckdaten wie Beteiligungsverhältnis, technische und kaufmännische Geschäftsführung, Kalkulationsgrundlagen und Gerätemietsätze.³³

Geschäftsführung:

Diese ist für die Gesamtabwicklung der Geschäfte einer Arbeitsgemeinschaft zuständig. Sie wird in die technische und die kaufmännische G. unterteilt, wobei dafür jeweils eine beziehungsweise mehrere Personen der beteiligten Partnerfirmen abgestellt werden. Dafür erhalten die Gesellschafter, welche diese Aufgabe übernehmen, eine Vergütung, welche in den meisten Fällen in Prozent vom Umsatz festge-

³² Vgl. OBERNDORFER, W.; JODL, H.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft; S. 152

³³ Vgl. OBERNDORFER, W.; JODL, H.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft; S. 25

legt und „Gestion“ genannt wird. Die technische G. umfasst zum Beispiel vertragliche Angelegenheiten zum Bauvertrag sowie Mehrkostenforderungen, Überwachung der Bauarbeiten und Einhaltung von Vorschriften wie Gewerberecht, Sicherheit auf der Baustelle oder Umweltschutz. Für die Finanzierung, den Geldverkehr und das Rechnungswesen ist die kaufmännische G. zuständig.³⁴

Gestion:

„Vergütung an die ARGE-Partnerfirmen, die die Geschäftsführung bei ARGEN wahrnehmen; zumeist in Prozent vom Umsatz.“³⁵

Bietergemeinschaft:

„Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck der Einreichung eines gemeinsamen Angebotes.“³⁶ Wird der Auftrag (Zuschlag) auch tatsächlich erteilt, so ist die Bietergemeinschaft in weiterer Folge als Arbeitsgemeinschaft dem Auftraggeber zu einer solidarischen Leistungserbringung verpflichtet.³⁷

Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs (kurz „VIBÖ“):

Sie ist eine private Interessensvertretung der Bauindustrie und hat eine Vertragsmustervorlage für ARGEN in der Bauwirtschaft erstellt. Diese Vorlage besteht aus dem Mustervertrag mit der Bezeichnung „Arbeitsgemeinschaftsvertrag“ und einer dazugehörigen „Geschäftsordnung für Arbeitsgemeinschaftsverträge“ (kurz „GO“). Durch Anwendung dieses Vertrages in Kombination mit der GO gehen die beteiligten Gesellschafter eine Unterwerfungserklärung gegenüber der VIBÖ ein.^{38 39}

³⁴ Vgl. OBERNDORFER, W.; JODL, H.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft; S. 112 und 113

³⁵ Vgl. OBERNDORFER, W.; JODL, H.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft; S. 114

³⁶ ÖNORM A 2050 Ausgabe: 2000-03-01; S. 5 Punkt 3.11

³⁷ Vgl. OBERNDORFER, W.; JODL, H.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft; S. 78

³⁸ Vgl. OBERNDORFER, W.; JODL, H.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft; S. 238

³⁹ Vgl. KARASEK, G.: ÖNORM B 2110 – Kommentar; S. 146

VIB-Liste:

Damit wird eine Liste bezeichnet, welche von der VIBÖ herausgegeben wird und eine Baustellenausstattungs-, Material- und Werkzeugliste beinhaltet. Somit werden Kleingeräte, Werkzeuge und Baustellenausstattungsgegenstände aufgelistet. Diese Gegenstände werden zur gemeinsamen Leistungserbringung benötigt und im Normalfall innerbetrieblich durch Rück- beziehungsweise Verkauf zwischen den einzelnen Gesellschaftern verrechnet.⁴⁰

Geschäftsordnung für Arbeitsgemeinschaftsverträge (kurz „GO“):

Diese GO wird von der VIBÖ herausgegeben und beschreibt in 19 Hauptpunkten die allgemeinen Regelungen für Arbeitsgemeinschaften im Bauwesen, wobei diese im Regelfall stets in Verbindung mit dem Mustervertrag der VIBÖ verwendet wird. Wird diese GO durch die Vertragspartner vereinbart, so geben diese damit auch gleichzeitig eine Unterwerfungserklärung gegenüber der VIBÖ ab, was bedeutet, dass sie diese GO als rechtsverbindlich anerkennen. Wie bereits erwähnt, handelt es sich hierbei allerdings um dispositives Recht, weshalb die Gesellschafter auch von dieser GO abweichen und eigene Regelungen im Vertrag bedingen können.⁴¹

Gesellschaft bürgerlichen Rechts (kurz „GesbR“):

Die GesbR ist eine Gesellschaftsform und zählt wie die Offene Gesellschaft (kurz „OG“) und die Kommanditgesellschaft (kurz „KG“) zu den Personengesellschaften, allerdings nicht zu den Gesamthandgesellschaften, denn sie fällt unter das Miteigentum. Sie zählt nicht zu den Körperschaften beziehungsweise juristischen Personen, wie beispielsweise die Aktiengesellschaft (kurz „AG“) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (kurz „GmbH“), welche auch zu den Kapitalgesellschaften gehören, und hat keine eigene Rechtspersönlichkeit, das heißt sie (die Gesellschaft) kann nicht Träger von Rechten und Pflichten sein, sondern dies können nur die einzelnen Gesellschafter. Eine genaue Definition dieser Begriffe und der GesbR erfolgt im nächsten Hauptkapitel.⁴²

⁴⁰ Vgl. OBERNDORFER, W.; JODL, H.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft; S. 245

⁴¹ Vgl. OBERNDORFER, W.; JODL, H.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft; S. 113

⁴² Vgl. KREJCI, H.: Gesellschaftsrecht Band I; S. 23

Solidarhaftung:

Diese ist im bürgerlichen Recht im § 891 S 1 ABGB wie folgt definiert. „Versprechen mehrere Personen ein und dasselbe Ganze zur ungeteilten Hand dergestalt, daß sich einer für alle, und alle für einen ausdrücklich verbinden; so haftet jede einzelne Person für das Ganze.“⁴³ Man definiert Solidarhaftung auch als „unbeschränkte Haftung jedes Partners zur ungeteilten Hand.“⁴⁴ Das heißt also, dass sich die Gesellschafter zwar im günstigen Fall die Haftung gemeinsam im Verhältnis ihrer Anteile teilen, allerdings im Extremfall eine Partnerfirma für alle anderen die gesamte Schuld nach außen hin begleichen muss. Im Innenverhältnis kann der in Anspruch genommene Gesellschafter jedoch Regress, also Rückersatz, von den übrigen Mitgliedern der GesbR (ARGE) fordern. Der zweite Satz von § 891 ABGB formuliert folgendes. „Es hängt dann von dem Gläubiger ab, ob er von allen, oder von einigen Mitschuldnern das Ganze, oder nach von ihm gewählten Anteilen; oder ob er es von einem einzigen fordern wolle.“⁴⁵ Nähere Erläuterungen zu dem Thema der Solidarhaftung werden im Zuge dieser Arbeit noch später angeführt.

Konsortium:

Ein Konsortium ist vergleichbar mit einer ARGE und stellt eine Verbindung selbstständiger Unternehmen dar. Die Gemeinschaft ist ebenfalls nur vorübergehend und hat zum Zweck die Durchführung eines bestimmten Investitionsvorhabens. Der Unterschied zu einer Arbeitsgemeinschaft liegt darin, dass sich beim Konsortium Unternehmen unterschiedlicher Branchen zusammenschließen. Die Beteiligten verpflichten sich zwar zur Erbringung einer Gesamtleistung, allerdings wird diese von jedem Partner einzeln beziehungsweise getrennt und auf eigene Rechnung erbracht. Es liegt also eine getrennte Leistungserbringung vor. Genauer gesagt führt jedes Mitglied seinen Teil im Rahmen seiner Gewerbeberechtigung durch. Im Gegenteil dazu muss bei einer ARGE jeder Gesellschafter alle gewerberechtlichen Voraussetzungen, welche für die Durchführung des Vorhabens notwendig sind, vorweisen können. Wichtig ist, dass beim Konsortium eine lückenlose und genaue Leistungsabgrenzung in sogenannte Teilleistungen für die

⁴³ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 891 S 1 ABGB

⁴⁴ STADLER, G.; HECK, D.: Bauwirtschaftslehre VU – Skriptum; S. 26

⁴⁵ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 891 S 2 ABGB

einzelnen Partner von Nöten ist. In der Regel liegt keine Solidarhaftung vor.^{46 47}

Branche (Gewerk):

Für die Definition des Begriffes Branche oder Gewerk kann vor allem die Gewerbeordnung (kurz „GewO“) als Vergleich herangezogen werden. Dazu kann man die Einteilung der Gewerbearten nach der GewO und einige Beispiele dafür auflisten. Grundsätzlich wird zwischen „Freie Gewerbe“, „Reglementierte Gewerbe“ und „Teilgewerbe“ unterschieden. Beispiele für das „Freie Gewerbe“ sind Filmproduktion, Grafiker oder Kanalräumer. Das „Reglementierte Gewerbe“ umfasst beispielsweise Baumeister, Zimmermeister, Vermögensberater oder Drogist. Zum „Teilgewerbe“ zählen unter anderem ein Nagelstudio, Autoverglasung oder Fahrradtechnik.⁴⁸ Im § 7 Abs 5 GewO sind weitere Gewerbe (als Ausnahme von der Befreiung des Befähigungsnachweises) angegeben wie Baumeister, Terrazzomacher, Waffengewerbe, Zimmermeister oder Steinmetzmeister. All diese hier erwähnten Gewerbearten sind lediglich repräsentativ angeführt und stellen auf keinen Fall eine vollständige Aufzählung aller Gewerbearten dar. Beim Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend (kurz „BMWFJ“) ist allerdings das „Zentrale Gewerberegister“ eingerichtet, welches über gewisse Unternehmen, zum Beispiel die „Telekom Austria AG“, gegen Entgelt und nach Registrierung zugänglich ist und sämtliche Gewerbearten enthält.

Dies waren nun Beispiele für das Wort „Gewerbe“, welches vor allem durch das Gesetz definiert wird. Der Begriff „Branche“ hingegen wird zum Beispiel in Telefonbüchern oder auf Internetseiten wie <http://www.herold.at> verwendet, kann jedoch ähnlich wie das Gewerbe aufgefasst werden. Branche kommt aus dem Französischen und bedeutet „Zweig“. Daraus können sich Ausdrücke wie Wirtschaftszweig oder Geschäftszweig ableiten lassen. Unternehmen, welche weitgehend substituierbare beziehungsweise ähnliche Produkte herstellen, können als Branche zusammengefasst werden. Dabei können die angewendete Fertigungstechnik oder eingesetzte Grundmaterialien als Abgrenzungskriterien angesehen werden. Zusätzlich gibt es umfang-

⁴⁶ Vgl. OBERNDORFER, W.; JODL, H.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft; S. 131

⁴⁷ Vgl. STADLER, G.; HECK, D.: Bauwirtschaftslehre VU – Skriptum; S. 26

⁴⁸ Vgl. [http://de.wikipedia.org/wiki/Gewerbeordnung_\(%C3%96sterreich\)#Gewerbearten](http://de.wikipedia.org/wiki/Gewerbeordnung_(%C3%96sterreich)#Gewerbearten), Datum des Zugriffs 29.11.2010 20:50

Die Relevanz der ARGE im Bauwesen

reiche Branchenklassifikationen, welche von unterschiedlichen statistischen Ämtern erstellt werden.⁴⁹

Eine weitere mögliche Einteilung in Branchen könnte auch in der Insolvenzverwalterliste gefunden werden. Darin wird zum Beispiel zwischen Bauwirtschaft, Bergbau/Energie, Freizeitgewerbe, Gastgewerbe, Holzverarbeitung/Möbel, Immobilien, Land/Forstwirtschaft oder Maschinen/Metall unterschieden.⁵⁰

Joint Venture:

Hierbei handelt es sich um eine wirtschaftliche Kooperation zwischen zwei oder mehreren Parteien, welche auf einer Kapitalbeteiligung beruht. Sinn ist es, ein Unternehmen unter Teilung von Geschäftsführung und Risiko zu führen. Ein Joint Venture ist lediglich eine Bezeichnung für ein Unternehmen, zu welchem sich Kapital-, Know-how- und Dienstleistungsanbieter verbunden haben, wobei diese aus derselben oder aus unterschiedlichen Nationen kommen können. Es ist jedoch keine rechtliche Gesellschaftsform wie zum Beispiel die GesbR. Meist tritt das Joint Venture in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, also einer GmbH oder einer AG, auf. Eine Ausgestaltung als Personengesellschaft ist jedoch ebenfalls möglich. Vor allem bei zeitlich begrenzten Vorhaben findet das Joint Venture seine Anwendung. Es werden dafür auch die Begriffe Gemeinschafts- oder Partnerschaftsunternehmen verwendet.⁵¹

Unternehmer:

Der Begriff des Unternehmers wird in mehreren Gesetzen erklärt, zum Beispiel im Steuerrecht für die Umsatzsteuer. Allerdings ist jene Definition des Unternehmensrechts an dieser Stelle wohl am geeignetsten. „Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt.“⁵² „Ein Unternehmen ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.“⁵³ Auch

⁴⁹ Vgl. <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/branche.html>, Datum des Zugriffs 03.12.2010 17:00

⁵⁰ Vgl. <http://www.edikte1.justiz.gv.at/edikte/mv/ivliste.nsf/suche!OpenForm&subf=b>, Datum des Zugriffs 29.11.2010 21:00

⁵¹ Vgl. BAUER, U.: Enzyklopädie Betriebswirtschaftslehre – Skriptum; S. 2-40

⁵² DORALT, W.: Kodex Unternehmensrecht 2011; § 1 Abs 1 UGB

⁵³ DORALT, W.: Kodex Unternehmensrecht 2011; § 1 Abs 2 UGB

die Definition im Konsumentenschutzgesetz (kurz „KSchG“) ist von Bedeutung. Hierbei wird „jemand, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört“⁵⁴ als Unternehmer bezeichnet.

Verbraucher:

Darunter versteht das KSchG schlicht all jene, welche nicht Unternehmer sind, beziehungsweise auf die der Begriff Unternehmer nicht zutrifft.⁵⁵

Verbrauchergeschäft:

Dieses liegt bei Rechtsgeschäften vor, an denen einerseits ein Unternehmer und andererseits ein Verbraucher beteiligt sind.⁵⁶

Unternehmergeschäft:

Dieses liegt bei Rechtsgeschäften vor, an denen ausschließlich Unternehmer beteiligt sind.⁵⁶

⁵⁴ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1 Abs 1 Z 1 KSchG

⁵⁵ Vgl. DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1 Abs 1 Z 2 KSchG

⁵⁶ Vgl. DORLAT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1 Abs 1 KSchG

3. Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

Grundsätzlich wird eine Bau-ARGE, wenn im Gesellschaftsvertrag keine andere Gesellschaftsform vereinbart wurde, als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (kurz „GesbR“) eingestuft. Dies wird von der herrschenden Lehre derartig aufgefasst und auch von der Rechtsprechung durch den Obersten Gerichtshof in OGH 5. 4. 1990, 7 Ob 11/90; wbl 1990, 314 so entschieden.⁵⁷ Für die Anwendung einer Arbeitsgemeinschaft ist es also sinnvoll, die gesetzlichen Grundlagen der GesbR zu kennen, weshalb in diesem Hauptkapitel ein besonderes Augenmerk darauf gerichtet wird. Zunächst wird die gesellschaftsrechtliche Einordnung der GesbR in Bezug auf das Unternehmensgesetzbuch betrachtet, da einige andere Gesetze, wie zum Beispiel das Steuerrecht, ihre Regelungen davon abhängig machen, welche Gesellschaftsform vorliegt. Anschließend werden die Bestimmungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (kurz „ABGB“), welches die Rechtsgrundlage für die GesbR bildet, näher behandelt. Wie nun die Gesellschaft bürgerlichen Rechts speziell auf die Bau-ARGE anzuwenden ist, wird dann im nächsten Hauptkapitel untersucht.

3.1 Geschichtliches

Der Grundgedanke, dass sich mehrere Personen rechtlich zu einer Gemeinschaft zusammenschließen, besteht schon sehr lange. Bereits im römischen Reich war die römische *societas* anzutreffen, welche der heutigen GesbR durchaus ähnlich war. Diese „war der vertragliche Zusammenschluss mehrerer Personen, um mit gemeinsamen Mitteln einen gemeinsamen Zweck zu erreichen.“⁵⁸ Diese Kooperationsform, welche nicht rechtsfähig war, kam nicht nur bei Großunternehmen, sondern auch bei kleinen Familienbetrieben zum Einsatz. Darüber hinaus wurden auch Gelegenheitsprojekte unter Anwendung dieser Gemeinschaft abgewickelt. Die *societas* gründete sich auf die „Erbengemeinschaft“, aus welcher später die „fortgesetzte Hausgemeinschaft der Erben“ entstand. Diese hatte den Zweck, das gemeinsame Erbe zu

⁵⁷ Vgl. STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I; S. 5:12

⁵⁸ KREJCI, H.: Gesellschaftsrecht Band I; S. 218

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

verwalten und des Weiteren auch noch das nach dem Erbfall gemeinsam erwirtschaftete zu betreuen. Diese Gemeinschaft konnte jedoch auch ohne eine vorangegangene Erbschaft sozusagen „künstlich“ gegründet werden. Da die ursprüngliche Form das gesamte Vermögen der Mitglieder umfasste und dies für den Handel nicht gerade geeignet war, wurde gegen Ende der Republik die „jüngere societas“ ins Leben gerufen. Hierbei beschränkte man sich nur auf jenes Vermögen, welches die Beteiligten einbrachten, um den gemeinsamen Zweck zu erfüllen. Das Vermögen stand unter dem römischen Miteigentum und die Gesellschafter wurden als Gesamtgläubiger beziehungsweise Gesamtschuldner angesehen. Die internen Rechte und Pflichten konnten vertraglich von den Partnern frei gestaltet werden, wobei allerdings die guten Sitten beachtet werden mussten. Bei dieser societas sind also durchaus Grundzüge der heutigen GesbR zu erkennen.⁵⁹

Durch das Inkrafttreten des ABGB im Jahre 1811 wurden auch die Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wirksam. Diese war damit zur damaligen Zeit die einzige rechtliche Gesellschaftsform und war sowohl für sogenannte Handelsleute als auch für den „nicht professionellen“ Bürger zweckdienlich. Erst nach einigen Jahrzehnten wurde, auf Grund der wirtschaftlichen Weiterentwicklung und daraus resultierenden Änderungen der Geschäftswelt, der Ruf nach weiteren Gesellschaftsformen laut. Durch die damals empfundene Notwendigkeit neuer Gestaltungsmöglichkeiten für Gesellschaften, welche sich besser an die wirtschaftlichen Gegebenheiten anpassen sollten, entstand in weiterer Folge das Gesellschaftsrecht. Bis heute sind die Regelungen des ABGB, welche die GesbR betreffen, nahezu unverändert geblieben. Dies mag unter anderem ein möglicher Grund dafür sein, dass es in Bezug auf diese Gesellschaftsform heutzutage immer wieder Auslegungsprobleme und unterschiedliche Meinungen in gewissen Punkten gibt, denn die gesetzlichen Regelungen haben wohl mit der Entwicklung der Wirtschaft und den heutigen Anforderungen an die GesbR, vor allem aber an die Bau-ARGE, nicht mitgehalten.⁶⁰

Die Situation in der Bauwirtschaft um 1811 war grundlegend anders als sie heute anzutreffen ist. Der damalige Bauherr, welcher ein Haus erbauen wollte, hat das Material hierfür selbst besorgt und bezahlt. Für die Durchführung der Arbeiten hat dieser jedoch Leute verdungen, welche die Erfahrung und das Wissen des Bauhandwerkes mit sich brachten. Diese Verdingung war mit jener an einem Bauernhof, wo man Mägde und Knechte verdungen hatte, zu vergleichen. Zu dieser

⁵⁹ Vgl. KREJCI, H.: Gesellschaftsrecht Band I; S. 218 und 219

⁶⁰ Vgl. NITSCHKE, G.: Bürgerliches Recht und Handelsrecht – Teil 2: Handelsrecht – Skriptum; S. 21

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

Zeit lag also eine eher lose Konstellation der „Unternehmen“ vor. Etwa um 1850, als die großen Städte anfangen schlagartig zu wachsen, gab es dann allerdings eine wirtschaftliche Veränderung, durch welche dem Bauunternehmer neue Aufgaben zufielen. So leistete dieser nicht mehr nur die körperliche Arbeit, sondern übernahm zusätzlich die Einkaufsleistung der Baumaterialien, war für die Lieferung dieser zuständig und führte die Bauarbeiten zu Festpreisen durch. Somit hatte der Maurermeister die wirtschaftliche Verantwortung für das Bauvorhaben zu tragen und auch seine Stellung gegenüber dem Bauherrn sowie gegenüber seinen Gesellen änderte sich. Bisher arbeitete der Meister im Tagelohn beim Bauherrn, nun wurde er jedoch zu einem Unternehmer, denn er übernahm ein gewisses Risiko für die ordnungsgemäße Erfüllung der Bauarbeiten und verlangte dafür etwas mehr Entgelt als den bisherigen Tagelohn. Die Gesellen standen nicht mehr im Lohn beim Bauherrn, sondern beim Meister, weshalb dieser zum Arbeitgeber wurde. Die Veränderung der Situation brachte auch mit sich, dass der Maurermeister, welcher bislang nur Maurer beschäftigt und Maurerarbeiten durchgeführt hatte, ebenso Zimmerer beziehungsweise auch Bautischler einstellte, damit er den kompletten Rohbau herstellen konnte. Damit entstand das sogenannte „Baugeschäft“, welches auch heute noch in ähnlicher Weise praktiziert wird. An dieser Stelle sei noch kurz darauf hingewiesen, dass um 1860 die Bedeutung des Stahlbaus zunahm und den Holzbalken als tragendes Element für Konstruktionen weitgehend ablöste. Die Entdeckung des Stahlbetons durch Joseph Monier fand ebenfalls zu dieser Zeit statt und revolutionierte zusammen mit der industriellen Fertigung das Bauwesen nachhaltig.⁶¹

3.2 Anwendungsbereiche der GesbR

Eines der wohl größten Anwendungsgebiete der Gesellschaft bürgerlichen Rechts findet sich, wie bereits erwähnt, im Bauwesen und zwar in der Form von Arbeitsgemeinschaften. Darüber hinaus gibt es jedoch viele weitere Einsatzmöglichkeiten, für welche eine GesbR als Gesellschaftsform gewählt wird. Der Grund für den sehr breit gefächerten Anwendungsbereich liegt wohl darin, dass für diese Gesellschaft keinerlei Formvorschriften vorliegen und somit eine Gründung recht einfach stattfinden kann. Im Folgenden wird eine mögliche Einteilung der Anwendungen einer GesbR dargestellt.

⁶¹ Vgl. PFARR, K.: Geschichte der Bauwirtschaft; S. 87-89

Zusammenschluss zum Betrieb eines Minderhandelsgewerbes:

Mit Minderhandelsgewerbe ist in diesem Fall gemeint, dass die Umsatzschwelle des § 189 UGB nicht überschritten wird. Somit kann dies auch als Zusammenschluss zum Betrieb eines nicht rechnungspflichtigen gewerblichen Unternehmens bezeichnet werden. Beispielsweise können der Zusammenschluss zum Betrieb einer Tankstelle, einer Bäckerei, einer kleinen Gastwirtschaft oder einer Werbeagentur angeführt werden.

Zusammenschluss zur Ausübung einer freiberuflichen Tätigkeit:

Dies kann man ebenfalls als Zusammenschluss zum Betrieb eines nichtkaufmännischen Unternehmens ansehen. Hierzu zählt zum Beispiel der Zusammenschluss von Freiberuflern wie Ärzte, Rechtsanwälte, Zivilingenieure oder, wenn mehrere Musiker zusammen auftreten. Zu beachten ist jedoch, dass die spezifischen Berufsvorschriften die gemeinsame Ausübung der Tätigkeit überhaupt erlauben müssen.

Zusammenschluss von Land- und Forstwirten:

Laut traditioneller Auffassung betreiben Land- und Forstwirte kein gewerbliches Unternehmen, können jedoch durchaus eine GesbR gründen, um damit eine Zusammenarbeit zu bewirken.

Gelegenheitsgesellschaften:

Diese sind meist auf ein bestimmtes Geschäft gerichtet und enden im Regelfall mit dessen Vollendung. Die ARGE im Bauwesen ist eine klassische Gelegenheitsgesellschaft. Aber auch Durchführung von Messen und Ausstellungen oder Veranstaltung von gesellschaftlichen Ereignissen können als Beispiele genannt werden.

Gesellschaften zwischen Ehegatten und Lebensgefährten:

Lediglich durch eine Ehe oder eine Lebensgemeinschaft allein wird noch keine GesbR gegründet. Diese Leute können aber eine solche gründen, nur müssen dafür allerdings Mindestvoraussetzungen vorhanden sein. So müssen die Partner ihre Mühe, ihr Kapital und sonstige Sachwerte vereinigen, um einen bestimmten Zweck, zum Beispiel den Bau eines Hauses, zu verfolgen. Des Weiteren muss eine gewisse

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

Organisation vorliegen, welche die Einwirkungs- beziehungsweise Mitwirkungsrechte der Gesellschafter regelt.

Stimmbindungsverträge (Syndikatsverträge):

Hierbei verpflichten sich mehrere Gesellschafter einer Personen- oder Kapitalgesellschaft dazu, ihre Stimme derart abzugeben, wie dies die Mehrheit der Mitglieder des Syndikats tut.

Vorgründungsgesellschaft:

Das ist ein Zusammenschluss von Personen, welche den Willen haben, eine Gesellschaft zu gründen. Allerdings wurde noch kein formgültiger Gesellschaftsvertrag abgeschlossen.^{62 63 64}

Nun gibt es jedoch auch Fälle, wo die Anwendung einer GesbR nicht möglich ist. Dazu regelt § 8 Abs 3 UGB folgendes. „Betreiben mehrere Personen ein Unternehmen in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 1175 ff. ABGB) und überschreitet die Gesellschaft den Schwellenwert des § 189, so sind sie zur Eintragung der Gesellschaft als offene Gesellschaft oder als Kommanditgesellschaft verpflichtet.“⁶⁵ Der Schwellenwert des § 189 UGB wird überschritten, wenn ein Unternehmen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren Umsatzerlöse von über 700.000 Euro oder in einem Geschäftsjahr Umsatzerlöse von über 1.000.000 Euro erwirtschaftet. Wird der Schwellenwert überschritten, so ist das Unternehmen rechnungspflichtig und muss die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung einhalten. Im Falle einer GesbR wird eine Umwandlung in eine OG oder KG und deren Eintragung in das Firmenbuch notwendig.⁶⁶ Die Regelung, dass bei Überschreitung des Schwellenwertes die unternehmerische Tätigkeit nur mehr in Form einer eingetragenen Personengesellschaft durchgeführt werden darf, gilt nicht für Angehörige der freien Berufe sowie für Land- und Forstwirte (§ 189 Abs 4 UGB). Des Weiteren ist es umstritten, ob diese Regelung des § 8 Abs 3 UGB auch

⁶² Vgl. SCHUMMER, G.: Personengesellschaften; S. 11 und 12

⁶³ Vgl. NITSCHKE, G.: Bürgerliches Recht und Handelsrecht – Teil 2: Handelsrecht – Skriptum; S. 21

⁶⁴ Vgl. KÜHNE, J.; STRAUBE, M.: Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft (ARGE); S. 21-23

⁶⁵ DORALT, W.: Kodex Unternehmensrecht 2011; § 8 Abs 3 UGB

⁶⁶ Vgl. DORALT, W.: Kodex Unternehmensrecht 2011; §§ 189 ff UGB (Drittes Buch)

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

für Bau-ARGEN anzuwenden ist. Grundsätzlich muss ein Unternehmen unter anderem auf Dauer angelegt sein, wie dies in § 1 Abs 2 UGB vorgeschrieben wird. Nun wird jedoch teilweise die Meinung vertreten, dass eine Arbeitsgemeinschaft im Bauwesen nicht auf Dauer angelegt ist und somit nicht unternehmerisch tätig im Sinne des § 1 UGB sei. Wenn die Bau-ARGE also nicht als Unternehmen im Sinne des UGB gelten würde, so könnte auch die Bestimmung des § 8 Abs 3 UGB nicht auf sie angewendet werden, was wiederum zur Folge hätte, dass eine Umwandlung in eine OG oder KG gar nicht zwingend vorgeschrieben werden könnte. Im Einzelfall mag dies zwar zutreffen, allerdings kann darüber nach herrschender Meinung keine pauschale Aussage für alle Fälle getroffen werden, weshalb in Bezug auf die Auslegung dieser Bestimmung Vorsicht geboten ist.⁶⁷ Des Weiteren ist die Anwendung einer GesbR zum Beispiel für Bankgeschäfte ausdrücklich ausgeschlossen, was im Bankwesengesetz durch § 5 Abs 1 Z 1 BWG dadurch geregelt wird, dass hierfür nur eine Kapitalgesellschaft, eine Genossenschaft oder eine Sparkasse in Frage kommt.⁶⁸

3.3 Gesellschaftsrechtliche Einordnung

Einige Gesetze machen ihre Bestimmungen von der Unternehmensform der Gesellschaft abhängig. Daher wird an dieser Stelle ein Überblick über diese gegeben. Grundsätzlich wird zwischen natürlichen Personen, Personengesellschaften und Körperschaften beziehungsweise juristischen Personen unterschieden.

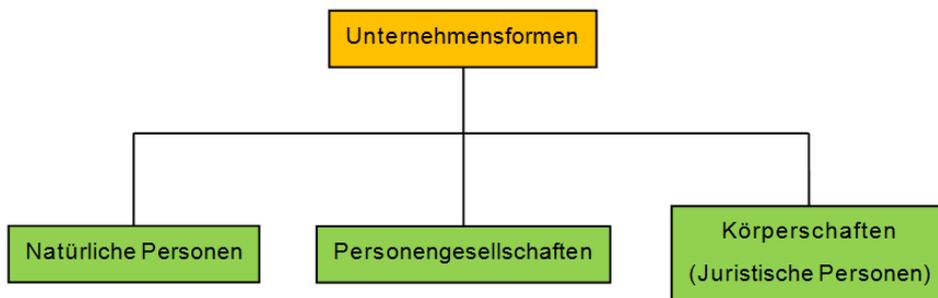


Abbildung 3: Unternehmensformen

⁶⁷ Vgl. WEBER, M.: Unternehmens- und Gesellschaftsrecht – Eine Einführung; S. 89 und 90

⁶⁸ Vgl. ROTH, G.; FITZ, H.: Unternehmensrecht – Handels- und Gesellschaftsrecht; S. 157

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

3.3.1 Natürliche Personen

Der Mensch wird rechtlich als natürliche Person bezeichnet. Er ist Rechtssubjekt und somit Träger von Rechten und Pflichten. Grundsätzlich können natürliche Personen als Einzelunternehmer tätig werden, müssen die dafür notwendigen Voraussetzungen jedoch erfüllen. Natürliche Personen können sich aber auch als Gesellschafter an einer Gesellschaft beteiligen.

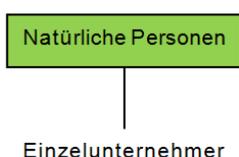


Abbildung 4: Natürliche Personen

3.3.2 Personengesellschaften

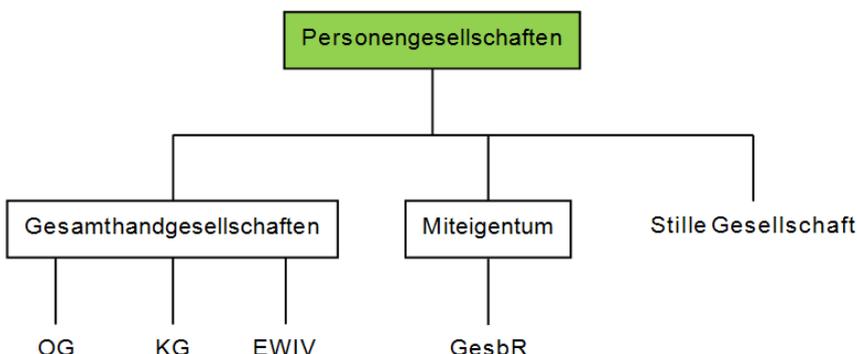


Abbildung 5: Personengesellschaften

Bei Personengesellschaften stehen, wie der Name bereits vermuten lässt, die Personen im Vordergrund. Typisch für diese Unternehmensform ist, dass die Gesellschafter generell persönlich und unbeschränkt haften, was bedeutet, dass sie auch mit ihrem Privatvermögen einstehen müssen. Daraus kann auch abgeleitet werden, dass die Gesellschafter persönlich zur Geschäftsführung und Vertretung berufen sind, was mit Selbstorganschaft bezeichnet wird. Die unbeschränkte Haftung gilt jedoch nicht für Kommanditisten. Für die Gründung einer Personengesellschaft ist grundsätzlich kein Mindest- beziehungsweise Startkapital gesetzlich vorgeschrieben. Allerdings besteht eine Personengesellschaft aus mindestens zwei Personen, eine Einmann-Personengesellschaft ist nicht erlaubt. Zu den Personengesellschaften zählen die Offene Gesellschaft (kurz „OG“), die Kommanditgesellschaft

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

(kurz „KG“), die Europäische Wirtschaftliche Interessensvereinigung (kurz „EWIV“), die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (kurz „GesbR“) und die „Stille Gesellschaft“.⁶⁹

Die OG, KG und EWIV zählen zu den Gesamthandgesellschaften. Diese charakterisieren sich dadurch, dass Gegenstände, welche in die Gesellschaft eingebracht werden, im Gesamthandeigentum der Gesellschafter stehen. Das bedeutet also, dass kein Mitglied allein über das sachenrechtsfähige Vermögen verfügen kann, wie dies beim Miteigentum zu ideellen Anteilen der Fall ist, sondern nur gemeinsam darüber entschieden werden kann. Bei der OG haften alle Gesellschafter persönlich und unbeschränkt, also auch mit dem privaten Vermögen. Die Gesellschafter der KG können einerseits Kommanditisten sein, welche nur beschränkt bis zur Höhe ihrer Vermögenseinlage haften. Die anderen Gesellschafter, welche unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen haften, werden als Komplementäre bezeichnet.⁷⁰

Dem gegenüber fällt die GesbR unter das Miteigentum. Was darunter zu verstehen und wie dies für die Bau-ARGE auszulegen ist, wird in dieser Arbeit später behandelt. Der stille Gesellschafter ist nur im Innenverhältnis an der Gesellschaft beteiligt und tritt nach außen hin nicht in Erscheinung.

3.3.3 Körperschaften (Juristische Personen)

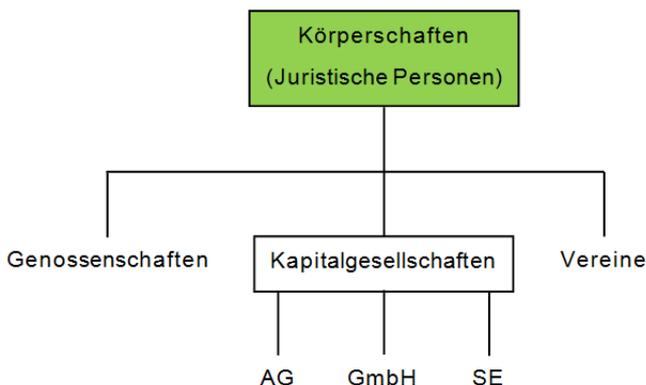


Abbildung 6: Körperschaften (Juristische Personen)

⁶⁹ Vgl. KREJCI, H.: Gesellschaftsrecht Band I; S. 23

⁷⁰ Vgl. KREJCI, H.: Gesellschaftsrecht Band I; S. 29

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

Unter Körperschaften sowie auch unter juristischen Personen fallen Genossenschaften, Vereine und Kapitalgesellschaften. Körperschaften zeichnen sich dadurch aus, dass die einzelnen Gesellschafter generell nicht mit ihrem Privatvermögen, sondern nur beschränkt bis zur Höhe ihrer Vermögenseinlage haften. Des Weiteren benötigen Körperschaften eigene Organe, welche bestellt werden müssen. Diese Organe sind also nicht automatisch die Gesellschafter selbst, sondern in vielen Fällen gesellschaftsfremde Dritte.⁷¹ Juristische Personen sind uneingeschränkt rechtsfähig und damit eigene Rechtssubjekte. Dies bedeutet, dass juristische Personen die gleiche Rechtspersönlichkeit wie natürliche Personen aufweisen. Im Gegensatz zu natürlichen Personen sind juristische keine Menschen, sondern ein Zusammenschluss mehrerer Partner zu einer Gesellschaft.⁷²

Bei Kapitalgesellschaften stehen nicht die Personen, sondern das Kapital im Vordergrund. Dazu zählen die Aktiengesellschaft (kurz „AG“), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (kurz „GmbH“) und die europäische Aktiengesellschaft, welche auch Societas Europaea (kurz „SE“) genannt wird. Da die Gesellschafter der Kapitalgesellschaften im Regelfall nur beschränkt mit ihrer Einlage haften, gibt es zum Schutz der Gläubiger besondere Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften. Zur Gründung dieser Gesellschaftsformen ist also eine festgelegte Mindesthöhe des Startkapitals, welche je nach Form der Gesellschaft unterschiedlich hoch ist, aufzubringen. Eine vorgeschriebene Mindestanzahl an Gesellschaftern, wie bei den Personengesellschaften, gibt es jedoch nicht, das heißt eine AG zum Beispiel kann auch aus einem Gesellschafter bestehen.⁷³

3.4 Regelungen im ABGB

Die rechtliche Basis für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts bildet das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch. Hierbei ist vor allem das siebenundzwanzigste Hauptstück des ABGB, welches mit „Von dem Vertrage über eine Gemeinschaft der Güter“ bezeichnet wird, von Bedeutung. Dieses Hauptstück umfasst §§ 1175 bis 1216 ABGB, wobei allerdings auch auf §§ 833 bis 842 ABGB verwiesen wird, welche die Gemeinschaft des Eigentumes behandeln und im sechzehnten Haupt-

⁷¹ Vgl. KREJCI, H.: Gesellschaftsrecht Band I; S. 23

⁷² Vgl. KREJCI, H.: Gesellschaftsrecht Band I; S. 33

⁷³ Vgl. KREJCI, H.: Gesellschaftsrecht Band I; S. 8, 23 und 24

stück des ABGB zu finden sind. Des Weiteren sind für die Solidarhaftung §§ 888 bis 896 ABGB, welche von gemeinschaftlicher Verbindlichkeit oder Berechtigung sowie von Korrealität handeln, bedeutend. In weiterer Folge werden die Regelungen des ABGB näher behandelt und teilweise durch Kommentare dazu ergänzt, wobei sich die Gliederung an jene des ABGB anlehnt.

3.4.1 Entstehung einer Erwerbsgesellschaft und Begriff

§ 1175 ABGB regelt den Begriff beziehungsweise die Definition einer GesbR. „Durch einen Vertrag, vermöge dessen zwei oder mehrere Personen einwilligen, ihre Mühe allein, oder auch ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigen, wird eine Gesellschaft zu einem gemeinschaftlichen Erwerbe errichtet.“⁷⁴

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts muss also aus mindestens zwei Personen bestehen, wie dies bei allen Personengesellschaften zwingend vorgeschrieben ist. Gesellschafter können alle natürlichen und juristischen Personen sowie die OG und KG sein. Die „Stille Gesellschaft“ und eine andere GesbR können jedoch nicht an einer GesbR beteiligt sein. Gegründet wird eine GesbR durch einen Gesellschaftsvertrag, dessen Inhalt die Vergemeinschaftung von Mühen und Sachen und eine gemeinschaftliche Zweckverfolgung umfassen muss. Nach neuerer Ansicht können jedoch mit dieser Gesellschaft auch bloß ideelle Zwecke verfolgt werden, das heißt die Erwerbsabsicht muss nicht unbedingt gegeben sein. Für den Vertrag gilt Formfreiheit, er kann also schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder konkludent zu Stande kommen.

Nach herrschender Ansicht hat die GesbR keine eigene Rechtspersönlichkeit, das heißt sie ist keine juristische Person und kann somit nicht Rechtssubjekt beziehungsweise Träger von Rechten und Pflichten sein. Rechtssubjekt sind somit ausschließlich die einzelnen Gesellschafter selbst. Sie ist im Prozess nicht parteifähig, kann also nicht klagen oder geklagt werden. Die Parteistellung kommt den Gesellschaftern zu, wobei grundsätzlich alle Gesellschafter im Prozess einzuschreiten haben. § 373 Abs 3 ZPO besagt, dass bei einer OG alle Gesellschafter, bei einer KG nur die persönlich haftenden Gesellschafter und bei allen anderen Gesellschaften ihre gesetzlichen Vertreter als Partei in Rechtsstreitigkeiten zu behandeln sind. Die GesbR ist nicht konkursfähig und kann nicht als Eigentümer auftreten. Sie kann des Weiteren nicht in das Grundbuch, Marken- und Patentregister ein-

⁷⁴ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1175 ABGB

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

getragen werden, sondern die Gesellschafter werden entsprechend ihren Quoten eingetragen. Auch eine Eintragung in das Firmenbuch ist nicht möglich, allerdings kann die GesbR eine bloße Geschäftsbezeichnung führen.

Eine bloße Miteigentumsgemeinschaft beschränkt sich grundsätzlich auf das Haben und Verwalten des Gemeinsamen. Die GesbR hat darüber hinaus jedoch meist den Zweck, einen wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen. Allerdings bauen §§ 1175 ff ABGB auf das Miteigentumsrecht des ABGB auf, welches §§ 825 bis 858 ABGB umfasst.

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann sowohl Innen- als auch Außengesellschaft sein. Bei der Innengesellschaft tritt der einzelne Gesellschafter gegenüber Dritten auch dann, wenn er auf Rechnung aller Gesellschafter handelt, nur im eigenen Namen auf. Im Gegensatz dazu kann bei der Außengesellschaft der einzelne Gesellschafter im Namen der GesbR tätig werden. Er handelt dann als direkter Stellvertreter und berechtigt beziehungsweise verpflichtet durch sein Handeln die Mitgesellschafter Dritten gegenüber ebenfalls.⁷⁵

3.4.2 Einteilung

Im § 1176 ABGB wird darauf hingewiesen, dass es verschiedene Arten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gibt. Diese unterscheiden sich darin, ob die Mitglieder einer Gesellschaft nur einzelne Sachen, Summen, eine ganze Gattung von Sachen oder sogar ihr ganzes Vermögen ohne Ausnahme der Gemeinschaft zur Verfügung stellen. Mit einer ganzen Gattung führt das Gesetz beispielsweise alle Waren, alle Früchte oder alle liegenden Gründe an. In Abhängigkeit des Umfangs des eingebrachten Vermögens sind auch die Gesellschaftsrechte unterschiedlich stark ausgedehnt.⁷⁶ Die Unterteilung der verschiedenen Gesellschaftsarten erfolgt in Universal-, beschränkte General- und Spezialgesellschaften. Allerdings ist diese Unterscheidung nicht von unmittelbarer praktischer Bedeutung, weshalb auch nicht näher auf diese Thematik eingegangen wird.⁷⁷

Des Weiteren unterscheidet das Gesetz in das gegenwärtige und das künftige Vermögen. Lautet der Gesellschaftsvertrag auf das ganze

⁷⁵ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1232-1236

⁷⁶ Vgl. DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1176 ABGB

⁷⁷ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1236

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

Vermögen, so versteht das ABGB nur das gegenwärtige darunter. Wenn allerdings auch das künftige Vermögen mit einbezogen wird, so meint das Gesetz damit nur das erworbene, nicht aber das ererbte. Es besteht jedoch die Möglichkeit, sowohl das erworbene als auch das ererbte zukünftige Vermögen einzubeziehen, was jedoch im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich bedungen werden muss.⁷⁸ § 1177 ABGB beschreibt also den Fall, dass sich der Gesellschaftsvertrag auf das „ganze Vermögen“, wie es im Gesetzestext bezeichnet wird, bezieht. An dieser Stelle stellt sich also die Frage, wie der Begriff „ganzes Vermögen“ zu verstehen ist. Wenn ausdrücklich bedungen wird, dass die Gütergemeinschaft das gegenwärtige, zukünftige, erworbene und ererbte Vermögen umfasst, dann ist damit das komplette Vermögen gemeint. Lautet hingegen ein Vertrag auf „allgemeine Gütergemeinschaft“, ist im Zweifel auch nur das gegenwärtige, nicht aber das künftige Vermögen davon betroffen. Allerdings ist im gegenwärtigen Vermögen auch das vor Vertragsabschluss ererbte Vermögen, beziehungsweise das, was davon noch übrig ist, enthalten. Steht im Vertrag „allgemeine Gütergemeinschaft, bezüglich allen Vermögens, das auf welche Art immer erworben wird“, so wird im Zweifel damit nur das künftig erworbene, nicht aber das künftig ererbte Vermögen erfasst. Wollen die Gesellschafter, dass auch das zukünftig ererbte Vermögen mit einbezogen wird, so sollte dies, um Zweifel ausschließen zu können, ausdrücklich im Vertrag bedungen werden. Im Gegenteil dazu können auch einzelne Sachen oder Vermögensteile per Vertrag von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen werden, wodurch ein sogenanntes Vorbehaltsgut entsteht.⁷⁹

3.4.3 Form der Errichtung

Wenn sich ein Gesellschaftsvertrag nur auf das (ganze) gegenwärtige oder nur auf das zukünftige Vermögen bezieht, muss das von den Mitgliedern der Gesellschaft eingebrachte Gut ordentlich beschrieben und bezeichnet werden. Wird dies nicht eingehalten, ist der Gesellschaftsvertrag ungültig.⁸⁰ Sinn von § 1178 ABGB ist es, dadurch eine Beweissicherung für eventuelle spätere Streitigkeiten in Bezug darauf, was denn nun alles zum Vermögen der Gemeinschaft zählt, zu schaffen. Diese Regelung wird nur für die beiden im Gesetz explizit angeführten

⁷⁸ Vgl. DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1177 ABGB

⁷⁹ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1236 und 1237

⁸⁰ Vgl. DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1178 ABGB

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

Gesellschaftsverträge, also welche nur das (ganze) gegenwärtige oder nur das zukünftige Vermögen umfassen, angewendet und gilt zum Beispiel für die bloße Vergemeinschaftung einzelner Sachen nicht. Für diese beiden Gesellschaftsverträge ist also ein Inventar zu erstellen. In diesem ist das eingebrachte Gut stückweise aufzulisten und anzugeben, welcher Gesellschafter welches Gut eingebracht hat. Ist die Bestimmbarkeit der einzelnen Güter gewährleistet, so ist auch eine summarische Aufzählung erlaubt. Die Unterschrift der Mitglieder und eine Bewertung der Sachen im Inventar sind möglich, allerdings nicht zwingend vorgeschrieben. Zählt auch das zukünftige Vermögen zur Gemeinschaft, so ist das gegenwärtige zu inventarisieren, eine Aufzeichnung des laufend Erworbenen ist jedoch nicht erforderlich. Wie bereits erwähnt, ist bei gänzlichem Fehlen des Inventars der Gesellschaftsvertrag nicht gültig. Eine eventuelle Unkenntnis dieser Inventarisierungspflicht ändert daran nichts. Ist das Verzeichnis hingegen lediglich unvollständig, so werden, entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen, die nicht angeführten Güter als nachträglich erworbenes Vermögen qualifiziert.⁸¹

Wird der Gesellschaftsvertrag zwischen sogenannten „Handelsleuten“, wie diese im Gesetzestext bezeichnet werden, abgeschlossen, so wird in Bezug auf die Errichtung des Vertrages, wie die Gesellschaft in die gehörigen Register einzutragen und wie sie öffentlich bekannt zu machen ist, auf die besonderen Handels- und politischen Gesetze verwiesen. Damit meint das ABGB vor allem das heutige Unternehmensgesetzbuch (kurz „UGB“).⁸²

Umfasst der Gesellschaftsvertrag das ganze sowohl gegenwärtige als auch künftige Vermögen, welcher nach dem Gesetz für gewöhnlich nur zwischen Ehegatten errichtet wird, so verweist § 1180 S 1 ABGB auf das 28. Hauptstück, welches mit „Von den Ehepakten“ bezeichnet wird und §§ 1217 bis 1266 ABGB enthält. Das 28. Hauptstück gilt aber ebenso für diese Verträge, wenn er nicht zwischen Eheleuten abgeschlossen wurde. Hat die Gütergemeinschaft Erwerbscharakter, können eventuelle Gesetzeslücken des 28. Hauptstückes durch analoge Anwendung der Bestimmungen des 27. Hauptstückes abgedeckt werden. Alle übrigen Arten von vertraglichen Gütergemeinschaften werden nach § 1180 S 2 ABGB im 27. Hauptstück geregelt.⁸³

⁸¹ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1237 und 1238

⁸² Vgl. DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1179 ABGB

⁸³ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1238 und 1239

3.4.4 Wirkung des Vertrages und des wirklichen Beitrages

„Der Gesellschaftsvertrag gehört zwar unter die Titel, ein Eigentum zu erwerben; die Erwerbung selbst aber, und die Gemeinschaft der Güter oder Sachen kommt nur durch die Übergabe derselben zustande.“⁸⁴

Der Gesellschaftsvertrag ist für die dinglich wirkende Begründung von gemeinschaftlichem Eigentum nur das Titelgeschäft und muss durch das erforderliche Verfügungsgeschäft, welches dem Sachenrecht zu entsprechen hat und den Modus darstellt, ergänzt werden. So müssen zum Beispiel bewegliche Sachen nach §§ 426 ff ABGB übergeben und für unbewegliche Sachen muss der notwendige Publizitätsakt, welcher beispielsweise bei Grundstücken die Grundbuchseintragung ist, durchgeführt werden. Auch ein gutgläubiger Eigentumserwerb der Gesellschafter an einer eingebrachten Sache ist möglich, allerdings müssen die Voraussetzungen von §§ 367 und 368 ABGB erfüllt sein und alle Mitglieder, also auch der Einbringende, müssen gutgläubig sein. Die Bestimmungen des § 1181 ABGB betreffen nur Sachen, welche tatsächlich in das Eigentum der Gesellschafter (quoad dominium) übergehen sollen. Güter, welche nur dem Werte nach (quoad sortem) oder lediglich zum Gebrauch (quoad usum) in die Gesellschaft eingebracht werden, sind nicht davon betroffen.⁸⁵

3.4.5 Hauptstamm

„¹Alles, was ausdrücklich zum Betriebe des gemeinschaftlichen Geschäftes bestimmt worden ist, macht das Kapital, oder den Hauptstamm der Gesellschaft aus. ²Das Übrige, was jedes Mitglied besitzt, wird als ein abgesondertes Gut betrachtet.“⁸⁶ Zum Hauptstamm zählen alle vermögenswerten Einlagen der Gesellschafter, welche dem Betrieb des gemeinschaftlichen Geschäftes, welcher sowohl ausdrücklich als auch konkludent entstehen kann, dienen. Gebildet wird der Hauptstamm durch die Geld- und Sacheinlagen der Mitglieder, allerdings nicht durch die bloßen Arbeitsbeiträge. Leistet ein Gesellschafter keine Geld- oder Sacheinlagen, sondern nur seine Mühe beziehungsweise Arbeit, so wird dieser als ein (bloßer) Arbeitsgesellschafter bezeichnet. Wie bereits erwähnt, ist für Personengesellschaften ein Mindeststartkapital, wie es im Gegensatz dazu für Kapitalgesellschaften gesetzlich

⁸⁴ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1181 ABGB

⁸⁵ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1239 und 1240

⁸⁶ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1182 ABGB

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

verpflichtend ist, nicht erforderlich. Da also die Bildung eines Hauptstammes nicht zwingend notwendig ist, können auch bloße Arbeitsgesellschafter eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gründen. Der Hauptstamm kann auch nachträglich geschaffen werden. Mögliche nachträgliche Wertänderungen von eingebrachten Sachen wirken sich für jene Gesellschafter aus, welche am Hauptstamm beteiligt sind. Die wertveränderten Güter bleiben jedoch Teil des Hauptstammes. Dieser Hauptstamm bildet eine Masse, welche die Gewinn- und Verlustrechnung nicht beeinflusst und kann, muss aber nicht bei der Bilanzierung berücksichtigt werden.

Er hat zum Beispiel Einfluss auf die Gewichtung des Stimmrechtes oder auf die Gewinnverteilung. Je mehr ein Gesellschafter am Hauptstamm beteiligt ist, desto höher wird seine Stimme gewichtet und desto höher ist sein Anteil am Gewinn. Grundsätzlich wird diese Beteiligung prozentuell angegeben. Es gibt keine konkreten Regelungen für die Bewertung der Einlagen, weshalb diese von den Beteiligten frei vereinbart werden können beziehungsweise auch sollen, damit spätere Streitigkeiten im Vorfeld ausgeschlossen werden können. Allerdings müssen hierbei § 879 ABGB, welcher die Sittenwidrigkeit umfasst, und § 934 ABGB, welche die Verkürzung über die Hälfte (laesio enormis) regelt, wonach bei zweiseitig verbindlichen Geschäften kein Teil mehr als die Hälfte im Nachteil gegenüber dem anderen sein darf, beachtet werden. Sind keine Vereinbarungen im Vertrag getroffen worden, werden verkehrsübliche Werte angesetzt und im Zweifel die Anteile gleich hoch bewertet. Damit ein Beitrag zum Hauptstamm gezählt wird, reicht es aus, dass dieser zum Betrieb des gemeinsamen Geschäftszweckes verwendet beziehungsweise benötigt wird. Es ist also nicht notwendig, dass die Sache in das Eigentum der Gesellschafter übertragen wird, um es dem Hauptstamm zurechnen zu können.

Der Hauptstamm ist also das Startkapital einer GesbR. Darüber hinaus gibt es das Gesellschaftsvermögen, welches aus dem Hauptstamm und dem später, durch die Tätigkeit der Gesellschaft, erworbenen Vermögen abzüglich allfälliger Verluste besteht. Es kann somit höher oder geringer als der Hauptstamm sein und unterliegt ständigen Veränderungen. Das Gesellschaftsvermögen ist vom Privatvermögen eines Gesellschafters, welches nicht in die GesbR eingebracht wurde, zu trennen und als Sondervermögen abzugrenzen. Daher muss unterschieden werden, ob sich Rechte und Verbindlichkeiten von Dritten gegen die Gesellschafter der GesbR oder gegen ein einzelnes Mitglied als Privatperson richten.⁸⁷

⁸⁷ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1240 und 1241

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

„¹Wenn Geld, verbrauchbare, oder zwar unverbrauchbare, jedoch in Geldwert angeschlagene Sachen eingelegt werden; so ist nicht nur der daraus verschaffte Nutzen, sondern auch der Hauptstamm in Rücksicht der Mitglieder, welche hierzu beigetragen haben, als ein gemeinschaftliches Eigentum anzusehen. ²Wer nur seine Mühe zum gemeinschaftlichen Nutzen zu verwenden verspricht, hat zwar auf den Gewinn, nicht aber auf den Hauptstamm einen Anspruch (§ 1192).“⁸⁸

Wie bereits erwähnt können die Einlagen quoad dominium, quoad usum oder quoad sortem in die Gesellschaft eingebracht werden. Werden Güter quoad dominium eingebracht, so stehen diese im gemeinsamen Miteigentum der am Hauptstamm beteiligten Gesellschafter. Dieses Miteigentum ist vom Gesamthandeigentum, wie es bei der OG oder KG der Fall ist, zu unterscheiden. Für quoad usum eingebrachte Sachen haben die Parteien der GesbR bloß ein Gebrauchsrecht für Gesellschaftszwecke, die Sache bleibt jedoch im Eigentum des Einbringenden. Werden Güter dem Werte nach in die Gesellschaft eingebracht, so werden diese im Innenverhältnis als Eigentum der Gesellschafter betrachtet. Allerdings zählt bei Konkurs des Einbringenden die Sache zur Konkursmasse und bei Auflösung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Zweifel zur Liquidationsmasse.

Welche Art der Einbringung nun vorliegt, wird durch den Gesellschaftsvertrag geregelt. Ist in diesem jedoch keine Regelung getroffen worden, werden die Absichten der einzelnen Gesellschafter sowie der redliche Verkehr für die Beurteilung herangezogen. § 1183 S 1 ABGB zeigt auf, dass Einlagen in Geld, verbrauchbare Sachen oder unverbrauchbare, jedoch in Geldwert veranschlagte Sachen als ein gemeinschaftliches Eigentum anzusehen sind, somit also quoad dominium eingebracht werden. Unverbrauchbare, unvertretbare (diese sind nicht austauschbar) und nicht in Geldwert veranschlagte Sachen werden im Zweifel quoad usum eingebracht. Wer jedoch behauptet, dass es sich bei solchen Gütern um ein eingebrachtes Eigentum handelt, dem liegt der Beweis ob. Für unverbrauchbare vertretbare (vertretbare Sachen sind austauschbar) Sachen wird eine Preisfestlegung getroffen, die Sache wird also quoad sortem eingebracht.

Einlagen können alle Sachen, wie es § 285 ABGB definiert, sein. Darunter fällt alles, was von der Person verschieden ist, keine Mühelleistung ist und dem Gebrauch des Menschen dient, also zum Beispiel Geld, Wertpapiere, Urheberrechte, Maschinen und Geräte oder Kundenstöcke. Bloße Mühe- beziehungsweise Arbeitsleistungen zählen im Regelfall nicht zum Hauptstamm, allerdings kann ein bloßer Arbeitsge-

⁸⁸ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1183 ABGB

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

sellschafter trotzdem ein Gesellschafter einer GesbR sein. Diese haben dann zwar einen Anspruch auf den Gewinn, nicht aber auf den Hauptstamm, haben also keine Miteigentumsquote an den im Hauptstamm eingebrachten Gütern und somit im Zweifel auch kein Stimmrecht. Diese Bestimmungen sind allerdings dispositives Recht und können somit im Gesellschaftsvertrag abgeändert werden. Dies bedeutet, dass zum Beispiel die Mühelleistungen eines bloßen Arbeitsgesellschafters in Geld bewertet und seine Leistung somit zum Hauptstamm gezählt werden kann, wenn dies im Vertrag so bedungen und von den Parteien gewünscht wird.⁸⁹

3.4.6 Rechte, Pflichten und Beitrag zum Hauptstamm

Grundsätzlich ist nach § 1184 ABGB jedes Mitglied verbunden, einen gleichen Anteil am gemeinschaftlichen Hauptstamm einzubringen. Es wird jedoch auch darauf hingewiesen, dass dies durch eine besondere Verabredung abgeändert werden kann.⁹⁰ Dies bedeutet also, dass generell jeder Gesellschafter der GesbR einen gleichwertigen Beitrag zum Hauptstamm leisten muss, sofern nichts anderes im Vertrag bedungen wurde. Behauptet ein Mitglied, dass unterschiedliche Beitragspflichten vorliegen, so ist dieses beweispflichtig. Um Streitigkeiten zu vermeiden, sind Gegenstand, Höhe und Wert der Beiträge im Gesellschaftsvertrag genau zu beschreiben. Wenn eine Partei die Beitragspflicht verletzt, kann die ausstehende Leistung von den anderen erzwungen werden. Bei Nichteinigung besteht die Möglichkeit des Austrittes aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder des Ausschlusses des in Verzug befindlichen Mitgliedes. Ein Rücktritt vom Gesellschaftsvertrag oder eine Wandlung desselbigen kommt allerdings nicht in Betracht. Wird eine mangelhafte Beitragsleistung erbracht, sind die Regeln über die Gewährleistung zu beachten und der Einbringende hat die Leistung zu verbessern oder auszutauschen beziehungsweise bei unbehebbarren Mängeln einen Wertersatz zu erbringen.⁹¹

⁸⁹ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1242 und 1243

⁹⁰ Vgl. DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1184 ABGB

⁹¹ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1243

3.4.7 Mitwirkung

Jeder Gesellschafter ist durch § 1185 ABGB in der Regel dazu verpflichtet, zu dem gemeinschaftlichen Nutzen der GesbR gleich mitzuwirken. Dieses gleiche Mitwirken wird von eventuell unterschiedlich hohen Anteilen der Mitglieder an der Gesellschaft nicht beeinflusst. Dies bedeutet, dass unabhängig davon, wie hoch oder gering ein Gesellschafter beteiligt ist, immer ein gleiches Mitwirken zur Erreichung des Gesellschaftszweckes erforderlich ist, sofern der Vertrag nicht anders lautet. Daher sind die Parteien dazu berechtigt, aber auch verpflichtet, an den Beratungen und Entscheidungen über gesellschaftliche Angelegenheiten teilzunehmen. Dieses Mitwirken ist mit der Geschäftsführung, welche das Innenverhältnis einer GesbR betrifft und regelt, gleichzusetzen. Wird die Mitwirkungspflicht missachtet, kann auf Erfüllung geklagt werden beziehungsweise der säumige Gesellschafter sogar aus der Gütergemeinschaft ausgeschlossen werden. Liegt eine schuldhafte Verletzung der Mitwirkungspflicht vor, so wird der Schädiger schadenersatzpflichtig gegenüber den anderen Gesellschaftern. Die Schadenersatzforderungen können dem Schädiger von seinem Gewinnanteil abgezogen werden, weshalb man auch von Kompensation spricht.⁹²

„Kein Mitglied ist befugt, die Mitwirkung einem Dritten anzuvertrauen; oder jemanden in die Gesellschaft aufzunehmen; oder ein der Gesellschaft schädliches Nebengeschäft zu unternehmen.“⁹³ Der erste Halbsatz von § 1186 ABGB bedeutet, dass grundsätzlich jeder Gesellschafter die Pflicht hat, höchst persönlich an der GesbR mitzuwirken und sich daher nicht durch einen Dritten, wobei darunter ein Gesellschaftsfremder zu verstehen ist, vertreten lassen darf. Die Übertragung der Mitwirkungsrechte beziehungsweise –pflichten an einen Mitgesellschafter ist ebenfalls nur eingeschränkt zulässig, und zwar generell nur dann, wenn Gefahr im Verzug ist. Diese Übertragungsbestimmungen sind jedoch dispositiv und können durch den Gesellschaftsvertrag anders festgelegt werden. Ein Gesellschafterwechsel stellt eine Vertragsänderung dar und wird als Grundlagengeschäft bezeichnet, wofür im Allgemeinen die Zustimmung aller Gesellschafter notwendig ist. Doch auch dies kann vertraglich anders geregelt werden, zum Beispiel dadurch, dass man bereits im Vertrag festlegt, dass die Mitgliedschaft frei übertragbar ist oder dass für einen Gesellschafterwechsel lediglich ein Mehrheitsbeschluss, also einfache Mehrheit, notwendig ist. Der

⁹² Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1244

⁹³ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1186 ABGB

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

zweite Halbsatz besagt, dass die einseitige Aufnahme eines Dritten in die GesbR, welcher dann zu einem neuen Gesellschafter werden würde, grundsätzlich nicht gestattet ist, außer es wird durch den Vertrag zugelassen. Die Aufnahme eines weiteren und dadurch neuen Mitgliedes stellt ebenfalls eine Änderung des Vertrages und somit ein Grundlagengeschäft dar, weshalb auch hierfür im Regelfall die Zustimmung aller Gesellschafter notwendig ist. Der dritte Halbsatz stellt das Verbot von schädlichen Nebengeschäften auf. Dieses Verbot untersagt den Mitgliedern Geschäfte, welche außerhalb der Tätigkeiten in der GesbR unternommen werden und die Gesellschaft schädigen oder eine konkrete Gefahr der Schädigung für diese darstellen könnten. So sind zum Beispiel direkte Konkurrenzgeschäfte, wie der Betrieb eines Konkurrenzunternehmens zur GesbR, nicht erlaubt. Aber auch Nebengeschäfte, welche nicht in der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft liegen und somit keine Konkurrenz darstellen, sind verboten, wenn sie der Gütergemeinschaft Schaden zufügen, wie dies beispielsweise der Fall ist, wenn diese Geschäfte die Arbeitskraft des Gesellschafters überfordern oder ihn in eine schwierige Vermögenslage bringen. Verstößt ein Mitglied gegen dieses Verbot, so kann er auf Unterlassung geklagt werden. Des Weiteren kann in solchen Fällen eine Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis angeordnet werden und sogar ein Ausschluss ist in Härtefällen möglich. Bei Verschulden bestehen Schadenersatzansprüche. Aber auch für diesen dritten Halbsatz verhält es sich so, dass dieses Verbot vertraglich anders bedungen werden kann.⁹⁴

§ 1187 ABGB gibt nun an, dass die Pflichten der Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag genauer festgelegt und geregelt werden und geht somit näher auf die Mitwirkungs- und Beitragspflichten ein, als diese in §§ 1184 bis 1186 ABGB behandelt werden. So ist ein bloßer Arbeitsgesellschafter lediglich zu einer Arbeitsleistung verpflichtet, nicht jedoch zum Beitrag am Hauptstamm. Wer nur einen Geld- oder anderen Beitrag leistet, wird als bloßer Kapitalgesellschafter bezeichnet und hat keine Pflicht zur persönlichen Mitwirkung, welche ja § 1185 ABGB im Allgemeinen von jedem Mitglied fordert.⁹⁵

„Bei der Beratschlagung und Entscheidung über die gesellschaftlichen Angelegenheiten sind, wenn keine andere Verabredung besteht, die in dem Hauptstücke von der Gemeinschaft des Eigentumes gegebenen

⁹⁴ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1244-1246

⁹⁵ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1246

Vorschriften anzuwenden (§§ 833 – 842).⁹⁶ An dieser Stelle verweist das Gesetz also auf das sechzehnte Hauptstück des ABGB, welches im nächsten Unterkapitel angeführt wird. Im Allgemeinen bezieht sich § 1188 ABGB auf die Geschäftsführung, welche das Innenverhältnis der GesbR betrifft. Grundsätzlich wird die Geschäftsführung durch §§ 1185 bis 1188 ABGB geregelt, wobei diese durch das sechzehnte Hauptstück ergänzt werden. Allerdings haben diese Regelungen nicht nur Bedeutung für die Geschäftsführung im Innenverhältnis, sondern auch für die Vertretung nach außen hin gegenüber gesellschaftsfremden Dritten, welche das Außenverhältnis der Gesellschaft bildet.⁹⁷

3.4.8 Gemeinschaft des Eigentumes

Das sechzehnte Hauptstück des ABGB handelt „Von der Gemeinschaft des Eigentumes und anderen dinglichen Rechten“ und umfasst §§ 825 bis 858 ABGB, wobei in dieser Arbeit nur jene Bestimmungen behandelt werden, welche unmittelbar für die GesbR von Bedeutung sind. „¹So oft das Eigentum der nämlichen Sache, oder ein und dasselbe Recht mehreren Personen ungeteilt zukommt; besteht eine Gemeinschaft. ²Sie gründet sich auf eine zufällige Ereignung; auf ein Gesetz; auf eine letzte Willenserklärung, oder auf einen Vertrag.“⁹⁸ Durch § 825 ABGB wird also der Begriff einer Gemeinschaft des Eigentumes definiert und deren Ursprung erläutert.

„¹Der Besitz und die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache kommt allen Teilhabern insgesamt zu. ²In Angelegenheiten, welche nur die ordentliche Verwaltung und Benützung des Hauptstammes betreffen, entscheidet die Mehrheit der Stimmen, welche nicht nach den Personen, sondern nach Verhältnis der Anteile der Teilnehmer gezählt werden.“⁹⁹ Dies bedeutet, dass nur die am Hauptstamm beteiligten Gesellschafter ein Stimmrecht eingeräumt bekommen und somit Entscheidungen beeinflussen können. Der bloße Arbeitsgesellschafter ist nicht am Hauptstamm beteiligt und erhält daher auch kein Stimmrecht. Allerdings dürfen diese an der Abstimmung teilnehmen und haben hierfür ein Beratungsrecht, um eventuelle Vorschläge in die Abstimmung einzubringen. § 833 ABGB behandelt nur Angelegenheiten, welche die

⁹⁶ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1188 ABGB

⁹⁷ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1246 und 1247

⁹⁸ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 825 ABGB

⁹⁹ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 833 ABGB

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

ordentliche Verwaltung betreffen, womit gewöhnliche Geschäftsführungshandlungen gemeint sind. Dazu zählt alles, was im gewöhnlichen Lauf der Dinge der GesbR als notwendig und zweckmäßig erachtet wird, im Interesse aller Gesellschafter liegt und keine besonders hohen Kosten verursacht. In 1 Ob 11/93 JBI 1994, 471 werden dafür zum Beispiel ständig wiederkehrende Instandsetzungsarbeiten angeführt. Für diese gewöhnlichen Geschäftsführungshandlungen gilt das Prinzip der Gesamtgeschäftsführung mit Mehrheitsprinzip. Das bedeutet, dass Entscheidungen durch eine einfache Mehrheit getroffen werden. Diese einfache Mehrheit der Stimmen begründet sich allerdings auf das Verhältnis der Kapitalanteile am Hauptstamm, nicht auf die Anzahl der Personen, also Kopfstimmen. Darin liegt der Grund, weshalb bloße Arbeitsgesellschafter kein Stimmrecht erhalten. Besteht nun eine GesbR ausschließlich aus bloßen Arbeitsgesellschaftern, so ist kein Hauptstamm vorhanden, wonach eine Gewichtung der Stimmen erfolgen könnte. In diesem Fall bekommt jeder Arbeitsgesellschafter eine Kopfstimme und die Entscheidungen werden mit einfacher Kopfmehrheit gebildet.

Unabhängig davon, ob ein Mitglied ein Stimmrecht hat oder nicht, müssen trotzdem alle Gesellschafter zumindest bei der Beratung vor Beschlussfassung beteiligt werden. Wird dies missachtet und trotzdem ein Beschluss gefasst, so ist dieser nicht wirksam, bindet die nicht beteiligten Gesellschafter nicht und bereits durchgeführte Maßnahmen sind wieder rückgängig zu machen. Im Falle einer Stimmgleichheit wird der Beschluss nicht gefasst und somit abgelehnt, wobei hierfür § 835 ABGB weitere Bestimmungen aufweist. Zu beachten ist, dass ein Beschluss, welcher ordnungsgemäß durch Mehrheitsbildung gefasst wurde, auch, sofern dieser im Rahmen gewöhnlicher Geschäftstätigkeit beziehungsweise der ordentlichen Verwaltung liegt, nach außen hin Wirksamkeit in Bezug auf die Vertretung gegenüber Dritten erlangt. Von Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung sind wichtige Veränderungen zu unterscheiden, welche durch § 834 ABGB geregelt werden.¹⁰⁰

„Bei wichtigen Veränderungen aber, welche zur Erhaltung oder besseren Benützung des Hauptstammes vorgeschlagen werden, können die Überstimmten Sicherstellung für künftigen Schaden; oder, wenn diese verweigert wird, den Austritt aus der Gemeinschaft verlangen.“¹⁰¹
Wichtige Veränderungen gehen über die ordentliche Verwaltung hin-

¹⁰⁰ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1247 und 1248

¹⁰¹ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 834 ABGB

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

aus und sind für die Gesellschaft von besonderer Bedeutung. Dazu zählen zum Beispiel Maßnahmen, welche einen höheren Geschäftsumfang darstellen oder von der bisherigen regelmäßigen Tätigkeit der GesbR abweichen und eine besondere Relevanz mit sich bringen. Im Einzelfall ist für die Beurteilung, ob nun eine Handlung der ordentlichen Verwaltung oder eine wichtige Veränderung vorliegt, stets auf den Zweck beziehungsweise den gemeinschaftlichen Nutzen der konkreten Gesellschaft einzugehen, weshalb die Art des Betriebes der GesbR eine große Rolle spielt. Bei Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung spricht man auch von ordentlichen Geschäften, wohingegen wichtige Veränderungen als außerordentliche Geschäfte bezeichnet werden. Außerordentliche Geschäfte werden ebenfalls wie gewöhnliche Geschäftsführungshandlungen mit einer einfachen Mehrheitsbildung beschlossen, allerdings gilt hierfür die Minderheitenschutzbestimmung des § 834 ABGB. Diese besagt, dass die überstimmte Minderheit, dazu zählen auch bloße Arbeitsgesellschafter, Sicherstellung für künftige Schäden verlangen kann. Wird diese Sicherstellung nicht gewährleistet, können die Überstimmten den Austritt aus der Gesellschaft und Auszahlung ihres Anteiles fordern. Dies bedeutet aber nicht gleichzeitig, dass die Mehrheit die Minderheit zum Austreten zwingen kann, worauf § 835 ABGB im Folgenden eingeht.¹⁰²

Wollen die Überstimmten nicht austreten, weil sie zum Beispiel noch immer ein Interesse daran haben, an der GesbR beteiligt zu sein, oder würde der Austritt zur Unzeit, also zu einem, für die Gesellschaft sehr unpassenden Zeitpunkt, geschehen, so regelt dies § 835 ABGB. In diesem Fall soll das Los oder ein Schiedsmann entscheiden, ob die geplante Veränderung unbedingt oder gegen Sicherstellung kommen soll oder überhaupt entfällt. Erzielen die Gesellschafter auch dadurch keine Einigung, entscheidet in weiterer Folge der Richter im Außerstreitverfahren. Hierbei ist es in der herrschenden Lehre beziehungsweise Rechtsprechung jedoch umstritten, ob bei richterlicher Genehmigung den Überstimmten ebenfalls ein Austrittsrecht eingeräumt wird oder nicht. Das Gesetz erwähnt in § 835 S 2 ABGB ergänzend, dass diese Arten der Entscheidungsfindung bei einer Stimmengleichheit grundsätzlich ebenfalls angewendet werden sollen, wobei dies, wie bereits erwähnt, des Öfteren vertraglich so geregelt wird, dass in einem solchen Falle die geplante Maßnahme zu entfallen hat.

Des Weiteren gibt es, wie zuvor angemerkt, die sogenannten Grundlagengeschäfte, welche eine Änderung des Gesellschaftsvertrages dar-

¹⁰² Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1248

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

stellen und nicht zu den Geschäftsführungsmaßnahmen zählen. Als Beispiele dafür können die Aufnahme eines neuen Gesellschafters oder die Veräußerung der GesbR angeführt werden. Diese Grundlagengeschäfte benötigen, sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bedungen wurde, die Zustimmung aller Gesellschafter, womit auch bloße Arbeitsgesellschafter inbegriffen sind.

Über die Bestimmungen eines Verwalters geben §§ 836 ff ABGB Auskunft. Abschließend wird abermals darauf hingewiesen, dass die Regelungen des § 1188 ABGB dispositiv sind und daher zum Beispiel per Vertrag die Geschäftsführung einem oder mehreren Gesellschaftern, in diesem Fall jedem für sich oder im Zusammenwirken, zugeteilt werden kann. Es besteht ebenfalls die Möglichkeit, einen gesellschaftsfremden Dritten als Verwalter oder als Geschäftsführer im Innenverhältnis zu bestimmen.¹⁰³

3.4.9 Nachschuss zum Hauptstamm

Bei der Entstehung einer GesbR wird die Höhe der Beiträge zum Hauptstamm durch den Gesellschaftsvertrag festgelegt, womit sich jeder Gesellschafter, abgesehen natürlich von den bloßen Arbeitsgesellschaftern, aliquot am Hauptstamm beteiligt. Nach § 1189 S 1 ABGB besteht darüber hinaus grundsätzlich keine Pflicht zu einer nachträglichen Erhöhung dieses Beitrages beziehungsweise zu einem Nachschuss zum Hauptstamm. Somit ist eine gesetzliche Nachschusspflicht nicht gegeben. Allerdings kann diese dispositive Regelung durch den Vertrag anders gestaltet werden. So kann zum Beispiel vereinbart werden, dass eine Erhöhung des Beitrages durch die einfache Kapitalmehrheit beschlossen werden kann. Dies muss jedoch dezidiert im Vertrag festgehalten werden, ansonsten ist ein Mehrheitsbeschluss hierfür nicht ausreichend. Wurde im Gesellschaftsvertrag dahingehend nichts bedungen, so kann ein Nachschuss zum Hauptstamm nur durch eine Veränderung des Vertrages erzielt werden, wozu jedoch die Zustimmung aller Mitglieder erforderlich ist. Möchte andererseits ein Gesellschafter einseitig seine Einlage erhöhen und dadurch seine Quote verändern, so ist auch dies nur gestattet, wenn alle anderen Parteien ihre Zustimmung erteilen. Wird diese Zustimmung nicht erteilt, so ändert dieser freiwillige Nachschuss nichts an den Kapitalanteilen des leistenden Gesellschafters.

¹⁰³ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1248 und 1249

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

„Fände jedoch bei veränderten Umständen ohne Vermehrung des Beitrages die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes gar nicht statt; so kann das sich weigernde Mitglied austreten, oder zum Austritte verhalten werden.“¹⁰⁴ Die Erhöhung der Beiträge muss also für die gesellschaftliche Zweckerreichung notwendig sein und diese Erhöhung muss zusätzlich durch die einfache Kapitalmehrheit beschlossen werden. Ist im Vertrag dazu nichts geregelt worden, so wird in der Regel von einer aliquoten Vermehrung im Verhältnis der bereits bestehenden Einlagen ausgegangen, wobei dies bei Einigung selbstverständlich auch anders festgelegt werden kann. Mitglieder, welche für die Aufstockung des Hauptstammes gestimmt haben, sind somit auch verpflichtet, diese zu leisten. Es liegt also eine Nachschusspflicht vor. Die übrigen Gesellschafter, welche überstimmt wurden, haben nach § 1189 S 1 ABGB lediglich eine Nachschussobliegenheit. Dies bedeutet, dass sie weder den Nachschuss erbringen müssen, noch im Falle der Nichtleistung ein Schadenersatzanspruch besteht. Wenn Gesellschafter den Nachschuss nicht zahlen wollen, können sie aus der Gemeinschaft austreten, beziehungsweise durch jene Mitglieder, welche für die Erhöhung gestimmt haben und die Gesellschaft weiterführen wollen, ausgeschlossen werden.¹⁰⁵

3.4.10 Betrieb der anvertrauten Geschäfte

Der Betrieb der Geschäfte kann einem oder mehreren beziehungsweise auch allen Gesellschaftern anvertraut werden. § 1190 ABGB bezeichnet diese dann als Bevollmächtigte und verweist in Bezug auf Beratschlagungen und Entscheidungen ebenfalls auf die Bestimmungen der §§ 833 bis 842 ABGB. Hierbei handelt es sich um die vertragliche Bestellung von geschäftsführenden Mitgliedern. Ist dazu im ursprünglichen Vertrag nichts geregelt worden, so können der beziehungsweise die Geschäftsführer nachträglich bestimmt werden. Da es sich hierbei um ein Grundlagengeschäft handelt, ist grundsätzlich die Zustimmung jedes Mitgliedes notwendig, um einen Geschäftsführer nachträglich durch Vertragsänderung festzulegen. Eine Geschäftsführungsbefugnis kann entweder ausdrücklich oder konkludent eingeräumt werden und wird in Einzelgeschäftsführung eines oder mehrerer Gesellschafter oder in Kollektivgeschäftsführung mehrerer unterschieden. Eine Übertragung von lediglich bestimmten Agenden ist ebenfalls möglich. Wird die Geschäftsführung vertraglich festgelegt, so sind die

¹⁰⁴ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1189 S 2 ABGB

¹⁰⁵ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1249 und 1250

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen, können dieser keine wirksamen Weisungen erteilen und können den getroffenen Maßnahmen nicht widersprechen. Es besteht auch die Möglichkeit, gesellschaftsfremde Dritte mit Maßnahmen der Geschäftsführung zu beauftragen, in diesem Fall haben die restlichen Mitglieder jedoch ein Weisungs- und Widerspruchsrecht. Des Weiteren ist zu beachten, dass hierfür zwischen Gesellschaftsvertrag und Arbeitsvertrag zu unterscheiden ist.

Besteht die Geschäftsführung aus mehreren Gesellschaftern, werden innerhalb dieser Entscheidungen durch einfache Mehrheitsbildung getroffen, wobei hierfür die Anzahl nach Köpfen maßgebend ist, wie dies auch in § 838 ABGB, welcher sich mit der Verwaltung beschäftigt, geregelt ist. Im Zweifel hat die Geschäftsführung, welche wie bereits erwähnt, als Bevollmächtigung angesehen wird, höchstpersönlich zu erfolgen. Die damit verbundene Treuepflicht wird in § 1013 ABGB beschrieben, der Aufwandsatz wird durch § 1014 ABGB bestimmt. Wie umfangreich die Geschäftsführung ist, wird im Regelfall durch den Gesellschaftsvertrag bedungen. Finden sich dazu keine Erläuterungen, ist im Zweifel diese nur für die ordentliche Verwaltung zuständig und befugt.

Für die Abberufung der Geschäftsführung sind mehrere Fälle zu unterscheiden. Kommt der Geschäftsführung kein vertraglich eingeräumtes Recht zu, kann diese nach der Rechtsprechung jederzeit durch einen Mehrheitsbeschluss der Mitglieder abberufen werden. Ein Außerstreitrichter fällt die Entscheidung bei Stimmgleichheit. Wurde jedoch der Betrieb der Geschäfte vertraglich festgelegt, kann dieser nur aus wichtigem Grund und durch einstimmige Entscheidung der übrigen Gesellschafter dem beziehungsweise den Bevollmächtigten entzogen werden. Die Geschäftsführung kann vertraglich auch unentziehbar beschlossen worden sein, ein Ausschluss eines Mitgliedes nach § 1210 ABGB, worauf in weiterer Folge noch eingegangen wird, ist hierfür allerdings immer möglich. Erfolgt die Geschäftsführung durch Nichtgesellschafter, können diese im Allgemeinen stets abberufen werden, allerdings sind abweichende Regelungen im Arbeitsvertrag zu berücksichtigen. Schlussendlich gibt es noch die gesetzliche Geschäftsführungsbefugnis, welche durch §§ 1185 bis 1188 ABGB geregelt wird. Diese kann dadurch aufgehoben werden, dass ein Ausschluss nach § 1210 ABGB vorliegt und zwischen den restlichen Parteien Einstimmigkeit darüber herrscht.

Wenn eine vertragliche Geschäftsführungsbefugnis abberufen wird, lebt dadurch die gesetzliche wieder auf. Wird einem Gesellschafter auch diese entzogen, verliert dieser sein Stimmrecht. Die Minderheitenschutzbestimmung bleibt davon allerdings unberührt. Ebenso be-

steht weiterhin das Mitbestimmungsrecht bei Grundlagengeschäften, also Änderungen des Vertrages. Abschließend wird darauf hingewiesen, dass diese Regelungen über die Geschäftsführung nicht nur Auswirkungen im Innenverhältnis haben, sondern auch eine Grundlage für das Außenverhältnis gegenüber gesellschaftsfremden Dritten in Bezug auf die Vertretungsvollmacht darstellen.¹⁰⁶

3.4.11 Haftung für den Schaden

„Jedes Mitglied haftet für den Schaden, den es der Gesellschaft durch sein Verschulden zugefügt hat.“¹⁰⁷ Damit meint § 1191 S 1 ABGB die Verschuldenshaftung, welche in den Bestimmungen über das allgemeine Schadenersatzrecht geregelt wird. Eine Schadenersatzpflicht entsteht zum Beispiel durch einen Verstoß gegen die Beitragspflicht oder anderen Mitwirkungspflichten. Anspruch auf Schadenersatz haben grundsätzlich alle übrigen Gesellschafter als sozusagen Vertreter der GesbR, allerdings kann der Anspruch auch von jedem einzelnen Mitglied geltend gemacht werden, was mit „actio pro socio“ bezeichnet wird. Wenn der vertraglich festgelegte Gewinn eines Gesellschafters durch den Schaden verringert wird, so kann er Leistung direkt an sich selbst fordern.

Im Allgemeinen ist jeder Gesellschafter dazu verpflichtet, der Gesellschaft einen Nutzen zu bringen. Daher legt § 1191 S 2 ABGB eindeutig fest, dass sich ein verursachter Schaden eines Mitgliedes nicht mit dem von ihm verschafften Nutzen für die Gemeinschaft ausgleichen lässt. Unternimmt jedoch eine Partei ein eigenmächtiges und neues Geschäft und entsteht dadurch auf der einen Seite ein Schaden und auf der anderen Seite ein Nutzen für die GesbR, lässt § 1191 S 3 ABGB einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen Gewinn und Schaden zu. Es besteht grundsätzlich die Möglichkeit, die Haftungsregelungen im Gesellschaftsvertrag abzuändern, allerdings müssen die allgemeinen Vorschriften des Schadenersatzrechtes eingehalten werden. Zu beachten ist, dass wenn ein Gesellschafter Arbeitnehmer der Gesellschaft ist, die Vorschriften des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes (kurz „DHG“), welche unabdingbares Recht darstellen, anzuwenden

¹⁰⁶ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1250-1252

¹⁰⁷ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1191 S 1 ABGB

sind. Auf das DHG wird in dieser Arbeit jedoch nicht näher eingegangen.¹⁰⁸

3.4.12 Verteilung des Gewinnes und Verlustes

„¹Das Vermögen, welches nach Abzug aller Kosten und erlittenen Nachteile über den Hauptstamm zurückbleibt, ist der Gewinn. ²Der Hauptstamm selbst bleibt ein Eigentum derjenigen, welche dazu beigetragen haben; außer es wäre der Wert der Arbeiten zum Kapitale geschlagen und alles als ein gemeinschaftliches Gut erklärt worden.“¹⁰⁹ Dies bedeutet, dass vom gesamten Gesellschaftsvermögen alle Kosten, alle Nachteile und der Hauptstamm selbst abgezogen werden. Die verbleibende Summe, sofern diese positiv ist, bildet den Gewinn. Wenn sich der Hauptstamm in seiner Höhe ändert, entsteht dadurch kein Gewinn beziehungsweise Verlust. Diese Änderungen sind, sofern der Vertrag nicht anders lautet, auch nur den am Hauptstamm beteiligten Mitgliedern anzurechnen.¹¹⁰

Im Allgemeinen wird die Verteilung von Gewinn und Verlust, welche ja dispositiv ist, durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt, allerdings müssen hierbei die Sittenwidrigkeit und die Verkürzung über die Hälfte berücksichtigt werden. Finden sich dazu im Vertrag keine Regelungen, werden die gesetzlichen Vorschriften der §§ 1193 ff ABGB angewendet. Wenn alle Parteien sowohl Einlage als auch Arbeit geleistet haben, gilt § 1193 S 1 ABGB. Danach werden die Gewinnanteile im Verhältnis der Kapitalbeiträge verteilt und die erbrachten Arbeitsleistungen heben sich gegenseitig auf. Gibt es in einer GesbR bloße Arbeitsgesellschafter, oder haben zwar alle Mitglieder eine Vermögenseinlage geleistet, aber nicht alle leisten zusätzlich auch Arbeit, so wird der Gewinn derart verteilt, dass auf die Wichtigkeit des Geschäftes, die geleistete Mühe und den verschafften Nutzen Bezug genommen wird. Können sich die Gesellschafter in dieser Angelegenheit nicht einigen, wird die Verteilung des Gewinnes vom Gericht festgelegt. Macht die GesbR einen Verlust, so büßen die bloßen Arbeitsgesellschafter ihre Bemühungen ein, denn sie haben als Unternehmer in der Regel keinen Anspruch auf Entlohnung. Grundsätzlich kann jede Partei frei über ihren Gewinn verfügen und ihn auch zur Gänze entnehmen. Zukünftige

¹⁰⁸ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1252 und 1253

¹⁰⁹ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1192 ABGB

¹¹⁰ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1253

Gewinnerzielung ist stets ungewiss, womit der Gewinn nicht als periodisch wiederkehrend anzunehmen ist. Für die Gewinnanteile gilt die dreißigjährige Verjährungsfrist nach § 1480 ABGB.¹¹¹

Wenn der Gewinn nicht aus barem Geld, sondern aus anderen Arten der Nutzungen besteht, verweist § 1194 ABGB auf die §§ 840 bis 843 ABGB. Die Aufteilung erfolgt somit vorrangig in natura, liegt jedoch Unteilbarkeit vor, wird eine Zivilteilung, also Veräußerung und Erlösteilung, durchgeführt.

Im Gesellschaftsvertrag kann vereinbart werden, dass ein Mitglied wegen seiner vorzüglichen Eigenschaften oder Bemühungen einen größeren Gewinn erhält, als es nach seinem Anteil am Hauptstamm bekommen würde. Sind diese Gewinnanteile im Verhältnis zu den besonderen Bemühungen jedoch unverhältnismäßig hoch, können diese unter Umständen als Schenkung angesehen werden. Diese vertraglichen Regelungen über Bevorzugung gewisser Gesellschafter dürfen jedoch keine gesetzwidrigen Verabredungen enthalten, nicht gegen die guten Sitten verstoßen (§ 879 ABGB) oder zu einer Verkürzung über die Hälfte (§ 934 ABGB) führen, worauf § 1195 ABGB ebenfalls hinweist.

Macht die GesbR einen Verlust, so ist dieser laut § 1197 ABGB im gleichen Verhältnis zu teilen, wie dies bei einem Gewinn der Fall wäre. Der teilweise beziehungsweise ganze Verlust des Hauptstammes wird nur von den am Hauptstamm beteiligten Gesellschaftern getragen. Die bloßen Arbeitsgesellschafter hingegen büßen lediglich ihre Bemühungen ein. Es ist auch erlaubt, den Vertrag derart zu gestalten, dass Gesellschafter lediglich am Gewinn, nicht jedoch am Verlust beteiligt sind sowie umgekehrt, dass nur eine Verlusttragung in Frage kommt. Die Verteilung des Verlustes ist vom Nachschuss zum Hauptstamm zu unterscheiden.¹¹²

3.4.13 Rechnungslegung

Nach § 1198 ABGB sind die mit der Verwaltung anvertrauten Gesellschafter, also die Geschäftsführer, verbunden, gegenüber den üblichen Mitgliedern ordentlich Rechnung zu führen und abzulegen. Diese Rechnungen erstrecken sich über den Hauptstamm und den dahin gehörigen Einnahmen und Ausgaben und haben den Grundsätzen der

¹¹¹ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1254

¹¹² Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1255 und 1256

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

ordentlichen Buchführung zu entsprechen, sind somit im Normalfall schriftlich und nachvollziehbar durchzuführen.¹¹³

„¹Die Schlußrechnung und Teilung des Gewinnes oder Verlustes kann vor Vollendung des Geschäftes nicht gefordert werden. ²Wenn aber Geschäfte betrieben werden, die durch mehrere Jahre fortdauern und einen jährlichen Nutzen abwerfen sollen; so können die Mitglieder, wenn anders das Hauptgeschäft nicht darunter leidet, jährlich sowohl die Rechnung, als die Verteilung des Gewinnes verlangen. ³Übrigens kann jedes Mitglied zu jeder Zeit auf seine Kosten die Rechnung einsehen.“¹¹⁴ Der erste Satz von § 1199 ABGB bezieht sich auf Gelegenheitsgesellschaften, der zweite auf Dauergesellschaften.

Grundsätzlich kann sich ein Gesellschafter mit der bloßen Vorlegung des Abschlusses, welcher als Bilanz bezeichnet wird, begnügen beziehungsweise auch ganz auf die Rechnungslegung verzichten. Beweist er allerdings einen Betrug in der gesamten oder auch nur in einem Teil der Verwaltung, kann er sowohl für den vergangenen Fall als auch für zukünftige Fälle eine vollständige Rechnung verlangen.¹¹⁵

3.4.14 Verhältnis gegen Nichtmitglieder

Der folgende Abschnitt behandelt das Außenverhältnis der Gesellschaft in Bezug auf gesellschaftsfremde Dritte und beschreibt somit die Vertretung. Wird die rechtliche Einwilligung der Gesellschafter oder der Bevollmächtigten nicht ausdrücklich oder stillschweigend erteilt, kann grundsätzlich nach § 1201 ABGB die GesbR einem Dritten gegenüber nicht verbindlich gemacht werden. Dies bedeutet also, dass eine Vertretung nach außen hin dann wirksam wird, wenn zuvor intern im Rahmen der Geschäftsführung, welche im Innenverhältnis bevollmächtigt ist, ein wirksamer Beschluss gefasst wurde. Für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts gibt es keine gesetzlich fixierte Regelung der Vertretungsmacht bestimmter Organe, wie dies zum Beispiel bei anderen Gesellschaftsformen der Fall ist. Daher ist es sinnvoll, dies im Gesellschaftsvertrag genau zu regeln. Im Zweifel wird der Umfang der Vertretungsmacht eines Mitgliedes am Umfang seiner Geschäftsführerbefugnis gemessen. Die Erteilung einer Vollmacht kann an einen oder an mehreren Gesellschaftern ergehen, womit zwischen Einzel- und Kollektivvertretung unterschieden werden kann. Die Vertretung

¹¹³ Vgl. DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1198 ABGB

¹¹⁴ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1199 ABGB

¹¹⁵ Vgl. DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1200 ABGB

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

durch einen beziehungsweise durch mehrere Nichtgesellschafter ist ebenfalls zulässig. Des Weiteren besteht durch vertragliche Regelung die Möglichkeit, die interne Geschäftsführungsbefugnis anders als die externe Vertretungsmacht zu gestalten. Im Zweifel decken sich beide Befugnisse jedoch. Daher kann die einfache Kapitalmehrheit im Rahmen der ordentlichen Verwaltung, analog wie dadurch im Innenverhältnis Beschlüsse gefasst werden, die Gesellschaft auch nach außen vertreten. Werden allerdings die Bestimmungen zur ordentlichen Beschlussbildung, wie zum Beispiel die Anhörung der Minderheit beziehungsweise das Anwesenheitsrecht der bloßen Arbeitsgesellschafter an der Abstimmung, nicht eingehalten, wird die GesbR gegenüber Dritten nicht verpflichtet. Stellt die Vertretungshandlung eine wichtige Veränderung dar, so kann die Mehrheit zwar die Gesellschaft vertreten, allerdings muss die Minderheitenschutzbestimmung eingehalten werden. Solange diese Schutzvorschriften für die Überstimmten nicht erfüllt werden, kommt das Rechtsgeschäft nach außen hin nicht gültig zustande.

Dies bedeutet also, dass jene Mitglieder, welche im Innenverhältnis die Befugnis zur Geschäftsführung haben, die Gesellschafter, auch die übrigen und damit vertretenen Gesellschafter, ebenso nach außen hin gegenüber gesellschaftsfremden Dritten verpflichten können. Des Weiteren ist eine interne Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnis generell auch im Außenverhältnis wirksam. Kann jedoch angenommen werden, dass der Vertretene seinem Vertreter intern oder extern eine Vollmacht erteilt hat, wirken externe Vertretungshandlungen auch dann zu Lasten der vertretenen GesbR, wenn diese Vollmacht nicht erteilt wurde. Dass jemand tatsächlich vertretungsbefugt ist, kann zum Beispiel auf Grund seiner (hohen) Position in der Gesellschaft angenommen werden. Solche Annahmen müssen allerdings stets im guten Glauben getroffen werden, weshalb sich die Gesellschaft bei fehlender Vollmacht nur gegenüber gutgläubigen Dritten verpflichtet, welche die interne Beschränkung weder kannten noch kennen mussten. Wurde eine Vertretungshandlung getätigt und fehlte dafür die notwendige Vollmacht, kann diese nachträglich durch die Gesellschafter derart erteilt werden, wie intern Beschlüsse gefasst werden, also für die ordentliche Verwaltung zum Beispiel durch Mehrheitsbeschluss.¹¹⁶

„¹Ein Mitglied, welches nur mit einem Teile seines Vermögens in der Gesellschaft steht, kann ein von dem gemeinschaftlichen abgesonderetes Vermögen besitzen, worüber es nach Belieben zu verfügen berech-

¹¹⁶ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1260 und 1261

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

tigt ist. ²Rechte und Verbindlichkeiten, die ein Dritter gegen die Gesellschaft hat, müssen also von den Rechten und Verbindlichkeiten gegen einzelne Mitglieder unterschieden werden.“¹¹⁷ Daher ist das Gesellschaftsvermögen als Sondervermögen vom Privatvermögen eines Gesellschafters abzugrenzen. Hat ein Gesellschafter, welcher für eine Gesellschaftsschuld persönlich haftet, gleichzeitig gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger eine Privatforderung, so kann er diese gegeneinander aufrechnen lassen. Da es sich hierbei um eine Erfüllung der Verpflichtung und nicht um eine Maßnahme der ordentlichen Verwaltung handelt, ist kein Mehrheitsbeschluss notwendig. Ein Privatgläubiger eines Gesellschafters hat auch nur Anspruch auf dessen Privatvermögen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass Miteigentumsanteile und Gewinnauszahlungsansprüche sehr wohl zum Privatvermögen des haftenden Gesellschafters zählen und somit vom Privatgläubiger in Exekution gezogen werden können.¹¹⁸

§ 1203 ABGB ist für die Solidarhaftung von Bedeutung und stellt somit eine wichtige Regelung insbesondere auch für die Bau-ARGE dar. „¹Was also jemand an ein einzelnes Mitglied, und nicht an die Gesellschaft zu fordern oder zu zahlen hat, kann er auch nur an das einzelne Mitglied, und nicht an die Gesellschaft fordern oder bezahlen. ²Ebenso hat aber bei gesellschaftlichen Forderungen oder Schulden jedes Mitglied nur für seinen Anteil ein Recht oder eine Verbindlichkeit zur Zahlung, außer in dem Falle, welcher bei Handelsleuten vermutet wird, daß alle für einen und einer für alle etwas zugesagt oder angenommen haben.“¹¹⁹ Der erste Satz bedeutet, dass ein Privatgläubiger eines Gesellschafters seine Forderungen auch nur gegen diesen und nicht gegen die Gesellschaft stellen kann. Ebenso ist ein Privatschuldner eines Mitgliedes nur diesem verpflichtet und somit kein Schuldner der Gesellschaft.

Da die GesbR keine eigene Rechtspersönlichkeit aufweist, kann diese Forderungen zu Gunsten der Gesellschaft nicht erwerben beziehungsweise Verbindlichkeiten zu Lasten der GesbR nicht eingehen. Diese Tätigkeiten kommen den einzelnen Gesellschaftern als Rechtssubjekte zu. Der zweite Satz von § 1203 ABGB gibt nun an, dass grundsätzlich jedes Mitglied nur für seinen Anteil am Hauptstamm ein Recht beziehungsweise eine Verbindlichkeit zur Zahlung hat. Dieser Wortlaut des

¹¹⁷ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1202 ABGB

¹¹⁸ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1261

¹¹⁹ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1203 ABGB

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

Gesetzes wird allerdings als strittig angesehen und führt zu unterschiedlichen Auslegungen, worauf im Folgenden näher eingegangen wird. Zunächst werden einige weitere Stellen aus dem Gesetz zitiert, welche für diese Thematik ergänzend zu § 1203 ABGB eine wesentliche Rolle spielen.

„Außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen haftet also aus mehreren Mitschuldern einer teilbaren Sache jeder nur für seinen Anteil, und ebenso muß von mehreren Mitgenossen einer teilbaren Sache, jeder sich mit dem ihm gebührenden Teile begnügen.“¹²⁰

„¹Betrifft es hingegen unteilbare Sachen; so kann ein Gläubiger, wenn er der einzige ist, solche von einem jeden Mitschuldner fordern. ²Wenn aber mehrere Gläubiger und nur ein Schuldner da sind; so ist dieser die Sache einem einzelnen Mitgläubiger, ohne Sicherstellung herauszugeben, nicht verpflichtet; er kann auf die Übereinkunft aller Mitgläubiger dringen, oder die gerichtliche Verwahrung der Sache verlangen.“¹²¹

„²Ebenso kann derjenige, welcher an eine Gemeinschaft schuldig ist, die Zahlung nicht an einzelne Teilnehmer entrichten. ³Solche Schulden müssen an die ganze Gemeinschaft oder an jenen, der sie ordentlich vorstellt, abgetragen werden.“¹²²

Entgegen dem Wortlaut von § 1203 S 2 ABGB geht der größte Teil der herrschenden Lehre und die Rechtsprechung davon aus, dass Gesellschaftsforderungen grundsätzlich Gesamthandforderungen der Gesellschafter sind. Gesamthandforderung bedeutet, dass diese nur von allen Gesellschaftern gemeinsam geltend gemacht werden kann, wobei ebenfalls die Möglichkeit besteht, dies durch einen dazu befugten Vertreter wahrnehmen zu lassen. Der einzelne Gesellschafter kann die Forderung nur dann einklagen, wenn er dazu die Zustimmung aller übrigen Parteien erhält oder wenn er auf gerichtliche Verwahrung, also Hinterlegung, für alle Gesellschafter klagt, sowie dies in § 890 S 2 ABGB geregelt ist. Werden nun Gesellschaftsforderungen generell als Gesamthandforderungen eingestuft, so steht dies im Widersinn mit dem Wortlaut von § 1203 S 2 ABGB und dem Regelungsschema der §§ 888 ff ABGB, welches zwischen teilbaren und unteilbaren Sachen differenziert. Daher ist bei Sachen, welche teilbar sind, nach §§ 889, 848 und 1203 S 1 ABGB eher anzunehmen, dass jedes Mitglied nur für

¹²⁰ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 889 ABGB

¹²¹ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 890 ABGB

¹²² DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 848 S 2 und S 3 ABGB

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

seinen Anteil, welcher am Hauptstamm gemessen wird, eine Forderung hat, somit also Teilforderungen vorliegen. Handelt es sich bei der Leistung um unteilbare Sachen, wird auf Grund von § 890 S 2 ABGB in den meisten Fällen von einer Gesamthandforderung ausgegangen.¹²³

An dieser Stelle wird ergänzend ein Kommentar zu § 848 ABGB zitiert. „§ 848 ist aber dispositiv; die Teilhaber können einen einzelnen zur Empfangnahme bevollmächtigen bzw kann einer die Forderung (intern) auf seinen Anteil übernehmen, wodurch er die Gemeinschaft „ordentlich vorstellt“ (1 Ob 1585, 1586/95; JBI 2000, 511). Andernfalls kann ein einzelner Teilhaber die Leistung nur „gegen Sicherstellung“ an sich verlangen, die gegeben ist, wenn er die Zustimmung aller anderen nachweist oder Hinterlegung für alle begehrt (JBI 1980, 318; 8 Ob 527/90 ecolex 1991, 534).“¹²⁴ Der zweite Satz, betreffend die Sicherstellung, bezieht sich auf § 890 S 2 ABGB.

Da § 1203 S 2 ABGB nicht nur von Gesellschaftsforderungen, sondern auch von gesellschaftlichen Verbindlichkeiten handelt, wird nun auf letztere näher eingegangen. Laut dieser Bestimmung im Gesetzestext haftet jeder Gesellschafter grundsätzlich nur mit seinem Anteil. Bestehen Verbindlichkeiten der GesbR gegenüber Gläubigern, dient vorrangig das Gesellschaftsvermögen zur Befriedung dieser. Gehen jedoch die Verbindlichkeiten darüber hinaus, haftet jede Partei nach dem Wortlaut des Gesetzes generell nur in Höhe seiner Einlage. Anderer Meinung sind ein Großteil der herrschenden Lehre und die Rechtsprechung, welche bei einer GesbR durchaus eine Solidarhaftung annehmen. Dies begründet sich darauf, dass man bei einer Gütergemeinschaft von einem einheitlichen Verpflichtungsgrund der Gesellschafter ausgeht. Solidarhaftung wurde bereits im Kapitel über die weiteren Begriffsdefinitionen beschrieben und bedeutet, dass jeder Partner unbeschränkt zur ungeteilten Hand haftet. Im Gesetz lautet die Formulierung derartig, dass „alle für einen und einer für alle haften“. Bei Solidarhaftung stehen im günstigen Fall alle Gesellschafter gemeinsam im Verhältnis ihrer Stammeinlagen für die Schuld ein, allerdings besteht im Extremfall auch die Möglichkeit, dass ein Mitglied allein für alle anderen die gesamte Verbindlichkeit nach außen hin begleichen muss. Beahlt eine Partei die gesamte Schuld allein, kann sie im Innenverhältnis nach § 896 ABGB Regress, also Rückersatz, von den anderen fordern, worauf noch etwas näher eingegangen wird.

¹²³ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1262 und 1263

¹²⁴ KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar; S. 690

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

Solidarhaftung wird also dann angenommen, wenn dies ausdrücklich im Vertrag vereinbart wurde, was in § 891 S 1 ABGB geregelt wird, wenn eine unteilbare Leistungsschuld vorliegt, wofür § 890 S 1 ABGB herangezogen werden kann, oder wenn die Gemeinschaft aus sogenannten „Handelsleuten“ besteht und somit der letztere Satzteil von § 1203 S 2 ABGB maßgebend wird. Der Begriff „Handelsleute“ stammt noch aus der Entstehungszeit des ABGB im Jahr 1811 und ist heutzutage mit dem Begriff des Unternehmers im Sinne des § 1 UGB zu vergleichen. Da eine Bau-ARGE im Regelfall aus Unternehmern besteht, ist somit auch generell von einer Solidarhaftung derjenigen auszugehen. Im Unternehmensgesetzbuch sind ebenfalls Regelungen über die Haftung von Gesellschaftern einer GesbR zu finden, was am Ende dieses Hauptkapitels noch ausführlicher behandelt wird. Im Gegensatz dazu kommt es zu einer Teilschuldnerschaft, wenn die Bedingungen für eine Solidarhaftung nicht erfüllt sind, wenn es sich um eine teilbare Leistung handelt, worauf § 889 ABGB angewendet wird, oder wenn nichts Ausdrückliches im Gesellschaftsvertrag festgehalten wurde, womit also der erstere Satzteil von § 1203 S 2 ABGB, welcher wörtlich eindeutig die Haftung nach Anteilen festlegt, und des Weiteren ebenso § 891 S 1 ABGB, worin für eine Solidarhaftung die ausdrückliche Erklärung dazu gefordert wird, wirksam werden.¹²⁵

In Bezug auf die Solidarhaftung wurde § 891 ABGB, vor allem der erste Satz, bereits mehrmals erwähnt und soll daher an dieser Stelle genauer betrachtet werden. „Versprechen mehrere Personen ein und dasselbe Ganze zur ungeteilten Hand dergestalt, daß sich einer für alle, und alle für einen ausdrücklich verbinden; so haftet jede einzelne Person für das Ganze.“¹²⁶ Diese Bestimmung regelt jene Schuld, welche durch ein Rechtsgeschäft vereinbart wurde und klassifiziert diese als Solidarschuld. Auf welche Art der Gläubiger seine Forderung gegenüber den Gesellschaftern einbringen kann, wird in § 891 S 2 ABGB, welcher im Kapitel über die weiteren Begriffsdefinitionen bereits zitiert wurde, geschildert. Es ist dem Gläubiger also freigestellt, wen von den Gesellschaftern er in Anspruch nimmt. Liegt eine objektive Teilbarkeit der Schuld vor, kann er von den Partnern anstatt Solidarhaftung ebenso Teilbefriedigung verlangen. Von besonderer Wichtigkeit im ersten Satz von § 891 ABGB ist das Wort „ausdrücklich“, womit das Gesetz „eindeutig“ beziehungsweise „deutlich“ meint. Dies bedeutet also, dass eine Solidarhaftung dezidiert im Vertrag be-

¹²⁵ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1263

¹²⁶ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 891 S 1 ABGB

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

dungen werden muss, damit diese auch als solche nach § 891 S 1 ABGB anerkannt wird. Auf Grund dieser Bestimmung in Verbindung mit ihrer Auslegung und zusätzlich auf Grund von § 889 ABGB gilt für teilbare Sachen, dass für diese eine Solidarhaftung bloß unter Berufung auf Treu und Glauben oder auf die Verkehrssitte der Schuld nicht angenommen werden darf. Das heißt, eine bloße Vermutung einer Haftung zur ungeteilten Hand ist insbesondere für eine teilbare Schuld, für welche nach § 889 ABGB generell eine Teilschuldnerschaft vorgeschrieben wird, nicht möglich, vielmehr muss dafür die ausdrückliche Vereinbarung im Vertrag getroffen worden sein.¹²⁷

Bei einer Teilschuldnerschaft werden die Anteile der Haftung unter Berücksichtigung der Beitragsquoten am Hauptstamm berechnet. Beträgt zum Beispiel der Anteil eines Gesellschafters am Hauptstamm 30 Prozent, ergibt sich, sofern dies vertraglich nicht anders geregelt wurde, auch seine Quote an der Haftung zu 30 Prozent. Man spricht daher des Öfteren von einer Quotenhaftung. Bloße Arbeitsgesellschafter sind nicht am Hauptstamm beteiligt und haben somit bei Teilschuldnerschaft im Allgemeinen auch keine Pflicht zur Haftung, weil die Quote null Prozent beträgt, allerdings kann dies durch den Gesellschaftsvertrag abgeändert werden. Besteht eine GesbR ausschließlich aus bloßen Arbeitsgesellschaftern, ist im Regelfall auch kein Hauptstamm vorhanden. Unter diesen Umständen werden die Haftungsanteile durch den Gewinnverteilungsschlüssel bestimmt oder aber im Zweifel zu gleichen Teilen angenommen, wie es auch durch § 1304 ABGB bei Schadenersatzfällen geregelt wird. Im Falle einer Solidarhaftung ist der bloße Arbeitsgesellschafter jedoch sehr wohl zur Leistungsbefriedigung verpflichtet.

Bei Fehlverhalten der Gesellschafter kann es auch zu einer deliktischen Haftung nach § 1315 ABGB kommen, welcher die Bestimmungen über den Besorgungsgehilfen in Bezug auf Dritte beinhaltet. In Anlehnung daran können die Haftungsregelungen über den Erfüllungsgehilfen in Bezug auf Vertragspartner maßgebend werden, welche in § 1313a ABGB niedergeschrieben sind. Im Falle einer Deliktshaftung gilt für die Gesellschafter laut der Rechtsprechung generell Solidarhaftung, allerdings kann bei teilbarer Leistung ebenso auf eine Teilschuldnerschaft plädiert werden. Des Weiteren finden sich im Schadenersatzrecht, welches §§ 1293 ff ABGB umfasst, Vorschriften, welche Schäden behandeln, die durch mehrere Teilnehmer verursacht worden sind. Dies ist im Gesetz durch §§ 1301 bis 1304 ABGB veran-

¹²⁷ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 793

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

kert, wobei speziell § 1302 ABGB für die Haftung mehrerer Personen von Bedeutung ist. Dieser gibt im ersten Satz an, dass, wenn die Beschädigung aus Versehen verursacht wurde und sich die Anteile der Einzelnen bestimmen lassen, jeder nur für seinen Teil des Schadens Verantwortung trägt, was also einer Teilschuldnerschaft entspricht. Wurde der Schaden jedoch vorsätzlich zugefügt, oder lassen sich die Anteile nicht bestimmen, so haften alle solidarisch, also alle für einen und einer für alle, allerdings besteht das Recht auf Regress gegen die übrigen Schuldner für denjenigen, der den Schaden ersetzt hat.

Für eine Forderung oder eine Verbindlichkeit ist der Zeitpunkt der Entstehung der selbigen maßgebend. Wird die Gesellschaft nachträglich aufgelassen oder tritt ein Mitglied aus der GesbR aus, so hat dies keinen Einfluss auf zuvor entstandene Forderungen beziehungsweise Haftungsverpflichtungen, welche also trotzdem aufrecht bleiben. Ebenso hat ein bereits ausgetretener Gesellschafter keinen Anspruch an später entstandenen Forderungen und keine Pflicht zur Haftung an später verursachten Schäden beziehungsweise Verbindlichkeiten. Darüber hinaus haften neu in die GesbR aufgenommene Mitglieder nicht für Verbindlichkeiten, welche vor ihrem Eintritt entstanden sind. Allerdings ist dabei zu beachten, dass ihr Beitrag zum Hauptstamm sowie auch ihr Anteil am Gesellschaftsvermögen sehr wohl zu der Haftungsmasse gezählt werden und somit auch eingebüßt werden kann.

Gesetzliche Bestimmungen über Regressansprüche sind im § 896 ABGB zu finden. Vorrangig werden Verbindlichkeiten, die durch den Betrieb einer Gesellschaft entstehen, mit dem Gesellschaftsvermögen beglichen. Darüber hinaus haftet jeder Gesellschafter mit seinem Privatvermögen. Wird eine Gesellschaftsverbindlichkeit von einem Mitglied aus seinem Privatvermögen befriedigt, entstehen ihm Rückerersatzansprüche gegen das Gesellschaftsvermögen beziehungsweise in weiterer Folge gegen die übrigen Gesellschafter. Zunächst wird das Gesellschaftsvermögen verwendet, um den Regressanspruch zu erfüllen. Reicht dieses dafür jedoch nicht aus, kann die in Anspruch genommene Partei auch die verbleibenden Gesellschafter in Bezug auf deren Privatvermögen belangen. Hierbei sind allerdings die internen Haftungsverhältnisse zu berücksichtigen. Dies bedeutet, dass der Leistende einen Anspruch auf Regress gegen die übrigen nur für jenen Teil hat, welcher die ihn betreffende Haftungsquote, welche im Innenverhältnis festgelegt wurde, übersteigt. Sind die Schuld sowie alle Regressforderungen befriedigt, müssen also alle Gesellschafter genau in jener Höhe für die Verbindlichkeit aufgekommen sein, wie dies ihrer Haftungsquote entspricht.

Zu dieser Thematik wird ein kurzes Rechenbeispiel betrachtet. Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts besteht aus zwei Gesellschaftern,

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

welche jeweils zu 50 Prozent am Hauptstamm beteiligt sind und somit auch zu 50 Prozent haften. Das Gesellschaftsvermögen beträgt 100.000 Euro, jedem gehören davon also 50.000 Euro.

Fall A: Eine Gesellschaftsverbindlichkeit beträgt 40.000 Euro, der Anteil daran beträgt also für jedes Mitglied jeweils 20.000 Euro. Gesellschafter A begleicht die gesamte Schuld mit seinem Privatvermögen. A kann nun Regress fordern, wobei an erster Stelle das Gesellschaftsvermögen herangezogen werden muss. Dieses ist hoch genug und A bekommt 40.000 Euro vom Gesellschaftsvermögen zurück, welche in sein Privatvermögen übergehen. Das Gesellschaftsvermögen wurde um diesen Betrag geringer, was bedeutet, dass dieser Verlust jeweils zu 50 Prozent von den beiden Parteien zu tragen ist. Schlussendlich haben die beiden Gesellschafter jeweils 20.000 Euro eingebüßt, was genau der Haftungsquote des Einzelnen an der Verbindlichkeit entspricht.

Fall B: Eine durch den Betrieb der GesbR entstandene Schuld beträgt 140.000 Euro, Gesellschafter A hat diese mit seinem Privatvermögen erfüllt und fordert nun Regress. Zunächst wird das Gesellschaftsvermögen verwendet, welches jedoch zur Deckung der gesamten Schuld nicht ausreicht. A bekommt vorerst das komplette Gesellschaftsvermögen, also 100.000 Euro. Für die noch ausständigen 40.000 Euro kann er Regress gegen das Privatvermögen des Gesellschafters B fordern, wobei für diesen Teil die Haftungsquoten zu berücksichtigen sind, weshalb A von B 20.000 Euro als Rückersatz bekommt. Somit hat A 140.000 Euro privat bezahlt, das Gesellschaftsvermögen von 100.000 Euro und 20.000 Euro vom Privatvermögen von B erhalten, jedoch durch den anteiligen Verlust des Gesellschaftsvermögens 50.000 Euro eingebüßt. Insgesamt hat A also einen Verlust in der Höhe von 70.000 Euro erlitten. Gesellschafter B hat seine 50.000 Euro des Gesellschaftsvermögens verloren und hat zusätzlich 20.000 Euro aus seiner Privatkassa an A bezahlt, trägt somit einen Verlust von 70.000 Euro. Beide Gesellschafter haben die gleiche Summe eingebüßt, welche jeweils den Wert der Haftungsquote, also 50 Prozent von 140.000 Euro, aufweist.

Wurden im Gesellschaftsvertrag die Haftungsanteile nicht näher geregelt, wird im Zweifel von einer Haftung zu gleichen Teilen ausgegangen. Für diesen Fall kann also ein Gesellschafter, welcher eine Gesellschaftsschuld mit seinem Privatvermögen beglichen hat, von den übrigen Mitgliedern den Rückersatz zu gleichen Teilen fordern. Wenn eine Partei nicht fähig ist für eine Verpflichtung einzustehen, weil sie zum Beispiel nicht genügend Vermögen zur Verfügung hat, fällt dieser

Teil für einen Haftungs- oder Regressanspruch aus und muss von den verbleibenden Gesellschaftern übernommen werden.^{128 129}

3.4.15 Auflösung und Austritt

Hört eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf zu bestehen, so spricht man von Auflösung. Verlässt ein Gesellschafter die GesbR, nennt man dies Austritt, wird es jedoch dazu angehalten, so handelt es sich um einen Ausschluss. Des Weiteren gibt es die Kündigung.

Über die Auflösung trifft § 1205 ABGB folgende Aussage. „Die Gesellschaft löst sich von selbst auf, wenn das unternommene Geschäft vollendet; oder nicht mehr fortzuführen; wenn der ganze gemeinschaftliche Hauptstamm zu Grunde gegangen; oder wenn die zur Dauer der Gesellschaft festgesetzte Zeit verflossen ist.“¹³⁰ Damit zählt das Gesetz vier Auflösungsstatbestände auf. Diese führen zu einer automatischen Auflösung, was bedeutet, dass bei Eintritt eines der erwähnten Tatbestände die GesbR von selbst aufgelöst wird und weder die Willenserklärung eines Gesellschafters noch eine gerichtliche Entscheidung dafür notwendig ist. Der erste Halbsatz wird vor allem bei Gelegenheitsgesellschaften, zu welchen hauptsächlich die Bau-ARGE zählt, wirksam. Somit lösen sich diese im Regelfall, sofern vertraglich nichts anderes bedungen wurde, durch Vollendung des unternommenen Geschäftes auf, da damit der Gesellschaftszweck erfüllt wurde. Im Falle einer Arbeitsgemeinschaft im Bauwesen ist damit die Fertigstellung eines Bauwerkes zu verstehen. Wurde eine ARGE zum Zweck einer gemeinschaftlichen Planung gebildet, löst sich diese mit Beendigung der Planungsarbeiten auf, wobei dieser Zeitpunkt in der Praxis nicht so einfach festzustellen ist, denn Planungs- und Bauphase überschneiden sich häufig und auch nach grundsätzlichem Abschluss der Planung fallen immer wieder kleinere Änderungen beziehungsweise begleitende Nebenarbeiten an, weshalb der Fortbestand einer Planungsgemeinschaft auch in der Ausführungsphase oft sinnvoll beziehungsweise notwendig ist.

Ist das unternommene Geschäft nicht mehr fortzuführen, da die Erreichung des gemeinsamen Zweckes unmöglich geworden ist, löst sich die GesbR, unabhängig davon, ob es sich um eine Gelegenheits- oder

¹²⁸ Vgl. DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; §§ 1302 und 896 ABGB

¹²⁹ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1263 und 1264

¹³⁰ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1205 ABGB

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

Dauergesellschaft handelt, auf. Allerdings ist dabei zu beachten, dass die Umstände, welche die Erzielung des Gesellschaftszweckes unmöglich machen, dauerhaft sein müssen. Lediglich vorübergehende Unmöglichkeit reicht für eine automatische Auflösung der GesbR nicht aus. Die Fortführung des unternommenen Geschäftes ist dann zum Beispiel unmöglich, wenn die Herstellung des Produktes, welches den Gegenstand der Gesellschaft bildet, aussichtslos ist. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn man ein innovatives Produkt erzeugen möchte, sich aber im Zuge der Forschungsarbeiten herausstellt, dass ein solches mit dem derzeitigen Stand der Wissenschaft und Technik gar nicht produziert werden kann. Ein weiteres Beispiel ist, wenn zur Zweckerreichung eine bestimmte Sache, welche es nur einmal gibt und somit nicht ersetzbar ist, notwendig ist, diese jedoch untergeht.

Der gänzliche Verlust des Hauptstammes führt grundsätzlich ebenfalls zur Auflösung, es sei denn, die Gesellschafter haben sich vertraglich zu einem Nachschuss verpflichtet oder sie wollen freiwillig die GesbR weiterführen und stellen daher neue Mittel zur Verfügung. Maßgebend für die Auflösung ist der Untergang des Vermögens, welches für den Betrieb der Gemeinschaft notwendig ist, da dann die Ausübung der Geschäftstätigkeit nicht mehr möglich ist. Wollen einzelne Mitglieder keinen Nachschuss leisten und ist dadurch die Erreichung des gemeinschaftlichen Zweckes nicht möglich, so ist auf § 1189 ABGB zurückzugreifen, wonach diese, wie bereits erläutert, austreten beziehungsweise auch ausgeschlossen werden können.

Ist eine Gesellschaft zeitlich begrenzt, löst sie sich mit Fristablauf von selbst auf. Diese zeitliche Begrenzung muss in Bezug auf die Dauer klar und deutlich im Gesellschaftsvertrag festgelegt worden sein. Eine Fixierung im Kalender beziehungsweise durch ein gewisses Datum ist zwar nach herrschender Meinung nicht notwendig, hilft jedoch dabei, Unklarheiten zu beseitigen.

§ 1205 ABGB stellt keine taxative, also vollständige, Auflistung dar, was bedeutet, dass im Gesellschaftsvertrag auch weitere beziehungsweise andere Auflösungsgründe bedungen werden können. Eine Auflösung, welche durch alle Gesellschafter einstimmig beschlossen wird, ist jederzeit möglich. Dies ist mit einem Grundlagengeschäft zu vergleichen, da es in gewisser Weise einer Änderung des Gesellschaftsvertrages gleich kommt und es somit der Zustimmung aller Mitglieder bedarf. Tritt zwar ein Auflösungsstatbestand ein, fassen jedoch die Parteien einen Fortführungsbeschluss beziehungsweise wird die Gesellschaft stillschweigend weitergeführt, so wird dadurch die GesbR nicht aufgelöst. Darüber hinaus wird eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwingend aufgelöst, wenn sie lediglich aus zwei Gesellschaftern be-

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

steht und einer ausscheidet, denn eine Einmann-Personengesellschaft ist durch das Gesetz ausgeschlossen.¹³¹

Im Regelfall gehen auf Grund von § 1206 ABGB die gesellschaftlichen Rechte und Pflichten beziehungsweise Verbindlichkeiten eines Gesellschafters nicht auf dessen Erben über. Wie die gesetzlichen Regelungen in Bezug auf Erbschaftsfälle in Zusammenhang mit einer GesbR lauten, wird in dieser Arbeit nicht näher untersucht. § 1207 ABGB regelt, dass eine Gesellschaft, welche nur aus zwei Personen besteht, durch das Ableben der einen erlischt, was generell für alle Personengesellschaften gilt. Wenn eine GesbR aus mehreren Mitgliedern besteht und eines ablebt, wird im Allgemeinen davon ausgegangen, dass die Übrigen die Gesellschaft noch unter sich fortsetzen wollen. Bei sogenannten Handelsleuten wird dies auch von den Erben der Handelsleute vermutet.¹³²

Durch § 1210 ABGB werden die Gründe für den Ausschluss eines Gesellschafters gesetzlich festgelegt. Ein Mitglied kann aus der GesbR ausgeschlossen werden, wenn es die wesentlichen Bedingungen des Gesellschaftsvertrages nicht erfüllt. Hierbei ist es von Bedeutung, ob die Weiterführung der Gesellschaft mit diesem Mitglied für die anderen Parteien noch zumutbar ist oder nicht. Dies richtet sich danach, ob zum Beispiel das Vertrauen der übrigen verloren gegangen ist oder die Zweckerreichung zu stark gefährdet wäre. Zu den wesentlichen Bedingungen des Vertrages zählen unter anderem die Mitwirkungspflicht und das Konkurrenzverbot. Zu beachten ist, dass ein Ausschluss rechtzeitig beantragt werden muss, denn umso mehr Zeit verstreicht, desto weniger können sich die übrigen auf Unzumutbarkeit der Fortführung als Ausschlussgrund berufen. Verfällt ein Partner, auch wenn er bloßer Arbeitsgesellschafter ist, in Konkurs, so liegt ein Ausschlussgrund vor. Allerdings führt der Konkurs eines Gesellschafters nicht zur Auflösung der Gesellschaft, welche ja von den verbleibenden Mitgliedern fortgeführt werden kann. Wird lediglich der Ausgleich über das Vermögen eines Gesellschafters eröffnet, kann dieser auf Grund dessen noch nicht ausgeschlossen werden, allerdings kann daraus die Nichterfüllung wesentlicher Vertragsbedingungen abgeleitet werden. Begeht ein Mitglied eine oder mehrere gerichtlich strafbare Handlungen und verliert es dadurch das Vertrauen der anderen Gesellschafter, kann es ausgeschlossen werden. Diese gerichtlich strafbare Handlung kann nur vorsätzlich begangen werden und muss mit mehr als einjähriger

¹³¹ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1265 und 1266

¹³² Vgl. DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; §§ 1206 und 1207 ABGB

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

Freiheitsstrafe bedroht sein. Eine tatsächliche strafrechtliche Verurteilung muss nicht gegeben sein, es reicht das bloße Begehen der Straftat. Verweigerung des Nachschusses zum Hauptstamm bei sonstiger Unmöglichkeit der Zweckerreichung führt nach § 1189 ABGB ebenfalls zu einem Ausschlussgrund. Im Allgemeinen kann ein Mitglied nur dann ausgeschlossen werden, wenn alle anderen Gesellschafter dem Ausschluss beipflichten, wobei diese auch dann diese Kompetenz aufweisen, wenn sie nicht die Kapitalmehrheit tragen. Nach Ausschluss eines Gesellschafters wird die GesbR von den verbleibenden weitergeführt, sofern danach noch mindestens zwei Partner vorhanden sind. Dem ausgeschlossenen Gesellschafter wird grundsätzlich sein Anteil in Geld ausbezahlt. Da all diese Bestimmungen dispositiv sind, können die Ausschlussgründe vertraglich ebenfalls erweitert beziehungsweise eingegrenzt werden, allerdings dürfen dadurch die guten Sitten nicht missachtet werden.¹³³

Abschließend wird in diesem Unterkapitel die Kündigung einer GesbR erläutert. § 1211 ABGB gibt an, dass man einen Gesellschaftsvertrag auch vor Ablauf der vereinbarten Zeit aufkündigen kann, wenn ein Gesellschafter, welcher für den Betrieb des Geschäftes von besonderer Wichtigkeit war, austritt oder stirbt. Damit spricht das Gesetz eine außerordentliche Kündigung für eine befristete Gesellschaft an. Allerdings gilt nach herrschender Ansicht, dass dieses außerordentliche fristlose Kündigungsrecht nicht nur für befristete, sondern auch für unbefristete Gesellschaften und bei vergleichbaren Gründen, wie zum Beispiel den Ausschlussgründen nach § 1210 ABGB, in Frage kommt, wenn eine Weiterführung nicht mehr zumutbar ist. Zu berücksichtigen ist, dass die Kündigung begründet werden muss, ansonsten ist sie unwirksam. Eine unbegründete Kündigung kann jedoch bei einer unbefristeten Gesellschaft in eine ordentliche Kündigung nach § 1212 ABGB umgewandelt werden. Für die Kündigungserklärung gibt es keine Formvorschriften. Wenn diese allen Gesellschaftern zugekommen ist, wird sie wirksam. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass eine GesbR durch die Kündigung nach § 1211 ABGB aufgelöst wird, weshalb diese eine Auflösungskündigung genannt wird. Allerdings vertritt ein Teil der herrschenden Lehre die Meinung, dass durch das Ableben beziehungsweise den Austritt eines besonders wichtigen Gesellschafters lediglich seine Mitgliedschaft beendet wird, die GesbR aber mit den übrigen fortgeführt werden kann, sofern dies möglich ist und von den verbleibenden Parteien angestrebt wird. In diesem Fall spricht man von einer Austrittskündigung. Das Weiterführen der Gesellschaft

¹³³ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1269-1271

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

ist zum Beispiel dann nicht möglich, wenn diese nur aus zwei Gesellschaftern bestanden hat oder wenn die Funktion des ausgetretenen beziehungsweise verstorbenen Mitgliedes unter keinen Umständen ersetzbar ist.¹³⁴

Wenn bei einer GesbR die Zeit der Dauer nicht ausdrücklich im Vertrag bedungen wurde und sich diese Dauer auch nicht durch die Natur des Geschäftes feststellen lässt, so kann auf Grund von § 1212 ABGB jeder Partner den Vertrag jederzeit und nach Willkür aufkündigen, allerdings darf dies nicht mit Arglist oder zur Unzeit geschehen. In Bezug auf Arglist oder Unzeit verweist das Gesetz ergänzend auf § 830 ABGB, welcher zusätzlich bestimmt, dass sich die Aufhebung der Gemeinschaft nicht zum Nachteile der übrigen auswirken darf. Liegen diese Gründe vor, so muss sich das Mitglied einen Aufschub für die Kündigung gefallen lassen.¹³⁵ Diese Regelung des ABGB betrifft ein ordentliches Kündigungsrecht bei unbefristeten Gesellschaften. Für dieses Kündigungsrecht ist das Vorliegen von besonderen Gründen nicht erforderlich. Im Falle einer Kündigung nach § 1212 ABGB geht die Rechtsprechung ebenfalls wie bei § 1211 ABGB von einer Auflösungskündigung aus. Dies ist wiederum in der herrschenden Lehre umstritten, denn diese nimmt hierfür eine Austrittskündigung an, weshalb die GesbR von den übrigen, sofern wenigstens zwei Gesellschafter verbleiben, weitergeführt werden kann. Grundsätzlich ist im Gesetz für § 1212 ABGB keine Kündigungsfrist vorgeschrieben, allerdings ist die Einhaltung einer angemessenen Frist, wie dies bei der ordentlichen Kündigung von Dauerverhältnissen der Fall ist, nach herrschender Ansicht trotzdem zu berücksichtigen und zu erfüllen. Diese Vorschriften über die Kündigung sind dispositives Recht, weshalb die ordentliche Kündigung vertraglich auch ausgeschlossen werden kann. Des Weiteren ist es sinnvoll, Austritts- beziehungsweise Auflösungswirkung einer Kündigung im Vertrag genau festzulegen. Eine Kündigung aus wichtigem Grund kann jedoch vertraglich nicht ausgeschlossen werden, da dies nicht im Einklang mit § 879 ABGB stehen würde.¹³⁶

Über den Zeitpunkt der Wirkung eines rechtmäßigen Ausschlusses oder einer rechtmäßigen Kündigung, welche sowohl eine Austritts- als auch eine Auflösungskündigung sein kann, sagt § 1213 ABGB folgendes aus. „Die Wirkungen einer zwar bestrittenen, aber in der Folge für

¹³⁴ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1271 und 1272

¹³⁵ Vgl. DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; §§ 1212 und 830 ABGB

¹³⁶ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1272 und 1273

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

rechtmäßig erklärten Ausschließung oder Aufkündigung werden auf den Tag, wo sie geschehen sind, zurückgezogen.“¹³⁷ Dies bedeutet also, dass ein Ausschluss oder eine Austritts- oder Auflösungskündigung mit dem Zeitpunkt, zu welchem die Erklärung allen Gesellschaftern zugeht, wirksam wird. Auch wenn die Rechtmäßigkeit noch gerichtlich oder außergerichtlich bestritten wird, hat dies keinen Einfluss auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit. Allerdings werden ein Ausschluss oder eine Kündigung nur dann wirksam, wenn diese in weiterer Folge für rechtmäßig erklärt werden.¹³⁸

3.4.16 Teilung des gesellschaftlichen Vermögens

§ 1215 ABGB regelt die Teilung des gesellschaftlichen Vermögens, welche nach der Auflösung einer GesbR vorzunehmen ist und verweist dabei neben den Bestimmungen der §§ 1175 ff ABGB auf die §§ 841 ff ABGB, welche von der Teilung einer gemeinschaftlichen Sache einer Gemeinschaft des Eigentumes handeln. Für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts gibt es kein gesetzlich geregeltes Liquidationsstadium, weshalb keine Liquidationsgesellschaft entsteht. Ist vertraglich nichts bedungen worden, wandelt sich die Gesellschaft nach ihrer Auflösung automatisch in eine schlichte Rechtsgemeinschaft im Sinne der §§ 825 ff ABGB um. Diese wird in weiterer Folge durch Teilung des gemeinschaftlichen Vermögens beendet. Die Rechte über die Geschäftsführung, Verwaltung und Vertretung sowie die Beitrags- und Mitwirkungspflichten hören damit auf zu bestehen. Die Teilung erfolgt nach den §§ 841 ff ABGB. Für diese Teilung gilt keine Mehrheit der Stimmen, vielmehr ist die Zufriedenheit und damit Einigung aller Gesellschafter notwendig. Entsteht keine Einstimmigkeit, entscheidet das Los oder ein Schiedsmann. Werden sich die Mitglieder auch darüber nicht einig, so entscheidet der Richter.

Um die schlichte Rechtsgemeinschaft beenden zu können, muss also das Gesellschaftsvermögen verteilt werden. Sachen, welche quoad usum eingebracht wurden, unterliegen nicht der Aufteilung und müssen somit vor der Teilung an den jeweiligen Gesellschafter zurückgestellt werden. Im nächsten Schritt werden alle Schulden beziehungsweise Verbindlichkeiten berichtigt und das danach verbleibende Vermögen wird nach § 841 ABGB durch Einigung aller Mitglieder geteilt. Zu diesem Vermögen zählen die quoad dominium und die quoad

¹³⁷ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 1213 ABGB

¹³⁸ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1273

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

sortem eingebrachten Leistungen. Zunächst wird die Naturalteilung angestrebt, was bedeutet, dass das Vermögen im Verhältnis der Gesellschafteranteile am Hauptstamm, welches durch den Vertrag bedungen wurde, in natura verteilt wird. Dabei muss es sich um teilbare Sachen handeln, wie dies zum Beispiel bei Geld der Fall ist. Wenn eine Naturalteilung nicht möglich oder untunlich ist, wird eine Zivilteilung durchgeführt. Dies hat zur Folge, dass die Vermögensgegenstände veräußert werden und die daraus entstandenen Gelderlöse wiederum in natura verteilt werden. Bei völliger Unmöglichkeit der Übereinkunft aller Gesellschafter besteht das Recht zur Teilungsklage nach § 843 ABGB, wobei sich die Beklagten dagegen nur durch § 830 ABGB wehren können, wenn die Verteilung des Ertrages zum Nachteile der Beklagten ausfallen oder dies zur Unzeit geschehen würde.

Erst wenn die Teilung unter Einstimmigkeit vollständig erfolgt ist, kann die schlichte Rechtsgemeinschaft beendet werden. Nach § 1216 ABGB sind diese Vorschriften über die Teilung generell auch auf Handelsgesellschaften, wie diese im Gesetzestext bezeichnet werden, anzuwenden, allerdings nur dann, wenn darüber keine besonderen Regelungen, welche in anderen Gesetzen zu finden sind, bestehen.^{139 140}

3.4.17 Miteigentum

In den Bestimmungen des ABGB über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird nicht direkt auf die Begriffserklärung des Miteigentums verwiesen, allerdings wird aus Gründen der Vollständigkeit an dieser Stelle die gesetzliche Definition, wie sie im § 361 ABGB zu finden ist, angeführt. „¹Wenn eine noch ungeteilte Sache mehreren Personen zugleich zugehört; so entsteht ein gemeinschaftliches Eigentum. ²In Beziehung auf das Ganze werden die Miteigentümer für eine einzige Person angesehen; insoweit ihnen aber gewisse, obgleich unabgesonderte Teile angewiesen sind, hat jeder Miteigentümer das vollständige Eigentum des ihm gehörigen Teiles.“¹⁴¹ Somit bedeutet dieser Begriff, dass eine ungeteilte Sache im gemeinschaftlichen Miteigentum von mehreren Miteigentümern steht. Jedem Miteigentümer steht ein ideeller Teil, also ein Bruchteil beziehungsweise eine Quote, des Eigentumsrechtes der ungeteilten Sache zu. Die Eigentümerrechte, insbesondere in Bezug auf Benutzung und Verfügung, können nur

¹³⁹ Vgl. DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; §§ 1215, 1216, 830 und 841 ff ABGB

¹⁴⁰ Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 1274 und 1275

¹⁴¹ DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; § 361 ABGB

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

gemeinsam von allen Miteigentümern ausgeübt werden. Beim einfachen Miteigentum, auch schlichtes Miteigentum genannt, kann aber jeder über seinen Anteil selbstständig verfügen. Im Gegensatz dazu gibt es das Gesamthand Eigentum, welches bei einer Offenen Gesellschaft (kurz „OG“) oder einer Kommanditgesellschaft (kurz „KG“), welche daher auch als Gesamthandgesellschaften bezeichnet werden, vorliegt. Beim Gesamthand Eigentum kann der einzelne Teilhaber nicht frei über seinen Anteil verfügen, sondern dies bedarf der Zustimmung aller. Dem ABGB ist der Begriff des Gesamthand Eigentums an sich zwar nicht geläufig, allerdings ist diese Art von gemeinschaftlichem Eigentum am Gesellschaftsvermögen für die im Unternehmensgesetzbuch geregelte OG und KG üblich.¹⁴²

3.4.18 Ergänzende Anmerkung

Abschließend wird zu diesem Abschnitt über den Gesetzestext des ABGB wiederholend erwähnt, dass diese Bestimmungen dispositives Recht darstellen und somit abgeändert werden können. Mangels näherer Aussagen im Gesetzestext ist es stets sinnvoll, ergänzende und genau definierende Regelungen im Gesellschaftsvertrag zu verankern, wodurch spätere Interpretationsspielräume und daraus eventuell entstehbare Streitigkeiten im Vorfeld vermieden werden können. Umso genauer also ein Gesellschaftsvertrag ausgestaltet ist, desto weniger Angriffsfläche bietet er für unterschiedliche beziehungsweise strittige Auslegungsmöglichkeiten und desto mehr Rechtssicherheit kann den Gesellschaftern der GesbR geboten werden.

3.5 Regelungen im UGB

Zum überwiegenden Teil wird die GesbR zwar durch das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch geregelt, allerdings finden sich ebenso in anderen Gesetzbüchern weitere Bestimmungen, welche auf diese Gesellschaftsform anzuwenden sind. Dabei spielt das Unternehmensgesetzbuch eine besonders wichtige Rolle, da dieses für das Gesellschaftsrecht ausschlaggebend ist. Im UGB finden sich betreffend der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusätzliche Vorschriften zum ABGB, welche gewisse Vertragsspielräume, die das bürgerliche Recht den Gesellschaftern in Form von Gestaltungsfreiheiten einräumt, teilweise einschränken beziehungsweise Regelungen darüber genauer festset-

¹⁴² Vgl. KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar; S. 279

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

zen, um Missverständnisse in Ihrer Auslegung zu vermeiden. Das Unternehmensrecht hat dann einen Einfluss auf eine GesbR, wenn diese aus Unternehmern besteht beziehungsweise unternehmerisch tätig ist. Dazu sind im UGB vor allem Bestimmungen verankert, welche davon handeln, wann eine GesbR als Gesellschaftsform nicht gewählt werden darf, wie die Haftung und wie die Vertretung geregelt werden. Darüber hinaus kann ein Vergleich zur OG beziehungsweise KG zum Beispiel in Bezug auf deren Vertretung, Haftung, Gesamthandbindung oder betreffend das Konkurrenzverbot gezogen werden.

3.5.1 Umwandlung und Schwellenwert

Im Kapitel über die Anwendungsbereiche der GesbR wurde bereits erläutert, dass eine GesbR nach § 8 Abs 3 UGB dazu verpflichtet ist, sich in eine OG oder KG umzuwandeln, wenn sie den Schwellenwert des § 189 UGB überschreitet. An dieser Stelle werden lediglich ein paar ergänzende Anmerkungen dazu getroffen. Der Schwellenwert von 700.000 Euro Umsatzerlöse pro Geschäftsjahr ist nach § 906 Abs 20 UGB mit 1. Jänner 2010 in Kraft getreten. Zuvor betrug er lediglich 400.000 Euro und eine Umwandlung in eine OG oder KG wurde zwingend vorgeschrieben, wenn ein Unternehmen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren Umsatzerlöse von über 400.000 Euro oder in einem Geschäftsjahr Umsatzerlöse von über 600.000 Euro erwirtschaftet hatte.

Bei der Umwandlung einer GesbR in eine OG oder KG sind folgende Dinge zu beachten. Die Offene Gesellschaft wird durch §§ 105 ff UGB geregelt. Die Bestimmungen zur Kommanditgesellschaft sind in §§ 161 ff UGB verankert, wobei § 161 Abs 2 UGB angibt, dass, wenn nicht explizit etwas anderes in diesem Gesetzesabschnitt bestimmt wird, für die KG dieselben Regelungen wie für die OG gelten. Gesellschafter einer OG kann grundsätzlich jede Person mit einer eigenen Rechtsfähigkeit werden. Diese Eigenschaft erfüllt zum Beispiel eine GmbH auch. Allerdings wird durch § 105 S 1 UGB vorgeschrieben, dass bei einer OG alle Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt zu haften haben. Eine GmbH haftet jedoch nur beschränkt bis zur Höhe ihres Gesellschaftsvermögens. Auf das Privatvermögen der Gesellschafter kann bei einer GmbH im Regelfall nicht zugegriffen werden, allerdings gibt es hierzu Ausnahmen wie grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz, worauf jedoch nicht näher eingegangen wird. Dass eine GmbH ihrerseits nur beschränkt haftet, schließt eine Mitgliedschaft als Gesellschafter einer OG oder KG allerdings nicht aus. Zwar haften die Gesellschafter der OG unbeschränkt, ist ein Partner aber eine GmbH, wie dies im Bauwesen häufig der Fall ist, so ist hierfür das Haftungsvermögen begrenzt, und zwar mit der Höhe des

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

Gesellschaftsvermögens. Dies bedeutet, dass eine GesbR, welche aus Gesellschaftern in der Form einer GmbH besteht, sehr wohl in eine OG oder KG umgewandelt werden kann, die Haftung grundsätzlich unbeschränkt ist, jedoch mit der Höhe der Gesellschaftereinlagen begrenzt ist und kein Zugriff auf das Privatvermögen möglich ist. Allerdings ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass der Umstand einer Umwandlungspflicht in der Baupraxis sehr selten eintritt, da Bau-ARGEN grundsätzlich Gelegenheitsgesellschaften sind und somit des Öfteren gar nicht über die Dauer eines Geschäftsjahres bestehen. Auf die Problematik, ob eine Arbeitsgemeinschaft im Bauwesen als ein auf Dauer angelegtes Unternehmen im Sinne des UGB zu sehen ist oder nicht, wurde im Kapitel über die Anwendungsbereiche der GesbR eingegangen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine Bau-ARGE auch als ein Unternehmen im Sinne des UGB aufgefasst wird. Nur wenn die ARGE wesentlich kürzer als ein Jahr besteht, könnte man daran zweifeln, dass sie nicht der Dauerhaftigkeit unterliegt und somit kein Unternehmen darstellt. Wird die Bau-ARGE länger als ein Jahr geführt, so kann im Regelfall auch ein Unternehmen angenommen werden und es ist das UGB anzuwenden.

Damit die Umwandlung zwingend wird, weil der Schwellenwert überschritten wurde, muss die Baustelle über ein Kalenderjahr gehen, weil erst im darauf folgenden Geschäftsjahr die Bilanzierungspflicht eintritt. Geht die Baustelle zum Beispiel von März bis November und löst sich danach die ARGE auf, kann eine Umwandlung gar nicht nötig werden, denn im nächsten Kalenderjahr besteht die ARGE gar nicht mehr. Dies bedeutet, dass sie in diesem Zeitraum auch den Schwellenwert überschreiten darf. Besteht die GesbR zum Beispiel von Oktober über den Jahreswechsel bis Juni und wird in den Monaten Oktober bis Dezember der Schwellenwert überschritten, so entsteht mit dem folgenden Kalenderjahr eine Bilanzierungspflicht und die ARGE muss sich in eine OG oder KG umwandeln.¹⁴³

3.5.2 Solidarhaftung

Bezüglich der Haftung von Gesellschaftern trifft § 348 UGB folgende Aussage. „Verpflichten sich mehrere Unternehmer gemeinschaftlich zu einer zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner.“¹⁴⁴ Diese Regelung gilt für unternehmensbezogene Geschäfte, welche in § 343 Abs 2 UGB als alle Geschäfte, welche zum

¹⁴³ Vgl. DORALT, W.: Kodex Unternehmensrecht 2011; §§ 8 Abs 3, 189, 906 Abs 20, 105 ff und 161 ff UGB

¹⁴⁴ DORALT, W.: Kodex Unternehmensrecht 2011; § 348 UGB

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

Betrieb eines Unternehmens gehören, bezeichnet werden. Somit legt das Unternehmensgesetzbuch neben dem bürgerlichen Recht, welches nach § 1203 S 2 ABGB für sogenannte Handelsleute, nach § 890 ABGB für unteilbare Sachen und nach § 891 ABGB für ausdrücklich im Vertrag bedungene Haftung zur ungeteilten Hand eine Solidarhaftung vorsieht, ebenfalls die Haftung von Unternehmern als eine Gesamtschuld fest. Die Vorschriften von § 348 UGB werden auch auf einseitig unternehmensbezogene Geschäfte angewendet, was für Verträge gilt, welche auf der einen Seite von einem Unternehmer und auf der anderen Seite von einem Verbraucher abgeschlossen wurden.¹⁴⁵

3.5.3 Vertretung

Im dritten Abschnitt des zweiten Buches des UGB ist in § 178 eine eigens die GesbR betreffende Bestimmung verankert. „¹Handeln Gesellschafter einer unternehmerisch tätigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die im Geschäftsverkehr unter einem eigenen Namen auftritt, oder zur Vertretung der Gesellschaft bestellte Personen in deren Namen, so werden alle Gesellschafter daraus berechtigt und verpflichtet. ²Dies 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.“¹⁴⁶ Wenn ein Gesellschafter oder ein Vertreter im Namen der GesbR handelt, werden also alle Partner dadurch an diese Handlung gebunden. Der zweite Satz bezieht sich auf gutgläubige Dritte, für welche Beschränkungen der Befugnisse einzelner Gesellschafter, die intern, also im Innenverhältnis festgelegt wurden, keine Rechtsgültigkeit erlangen. Für den gutgläubigen Dritten gilt der Verschuldensmaßstab der leichten Fahrlässigkeit. Besteht also kein besonderer Grund, an der Vertretungsbefugnis eines Gesellschafter einer GesbR zu zweifeln, so werden dessen internen Beschränkungen nach außen hin nicht wirksam und es liegt Gutgläubigkeit für Dritten vor. Da es auf Grund der unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten des ABGB in Bezug auf diese Thematik in der Vergangenheit immer wieder zu Schwierigkeiten kam, wurde im UGB diese Bestimmung eingeführt, um die Vertretung gezielt anzusprechen und zu regeln.

Dazu wird folgendes Beispiel vom OGH RdW 1998, 745 betrachtet. A erhält einen Auftrag zur Montage einer Weihnachtsbeleuchtung durch B, welcher im Namen einer GesbR handelt. Diesem Auftrag stimmen

¹⁴⁵ Vgl. ROTH, G.; FITZ, H.: Unternehmensrecht – Handels- und Gesellschaftsrecht; S. 162

¹⁴⁶ DORALT, W.: Kodex Unternehmensrecht 2011; § 178 UGB

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

alle Gesellschafter zu. Darüber hinaus wird A später nur von B beauftragt, die Beleuchtung auch zu Reparieren. Die Rechnung der Montage wird anteilig an alle Gesellschafter verschickt und von diesen auch akzeptiert. Die Rechnung über die Reparaturarbeiten ist noch offen. Ungeachtet dessen, ob B zu dieser Handlung berechtigt war beziehungsweise alle Gesellschafter zugestimmt haben, ist in diesem Fall davon auszugehen, dass A ein gutgläubiger Dritter ist, denn er konnte die Vertretungsbefugnis von B annehmen. Daher ist der Auftrag über die Reparatur ebenfalls der GesbR, genauer gesagt allen Gesellschaftern, zurechenbar und eventuell im Innenverhältnis festgelegte Beschränkungen werden nach außen hin nicht wirksam.¹⁴⁷

Eine weitere Entscheidung der Judikatur in Bezug auf die Vertretung bei einer ARGE ist in der OGH-Entscheidung vom 11.01.1978, 8 Ob 555/77, SZ 51/3 zu finden.

3.5.4 Vergleich mit OG und KG

Des Weiteren lassen sich vergleichbare Regelungen über die OG beziehungsweise KG finden, welche unter Umständen ebenfalls auf die GesbR angewendet werden können. § 123 Abs 2 UGB regelt die Vertretung der Offenen Gesellschaft analog zu § 178 UGB und spricht damit den gutgläubigen Dritten und die Auswirkung einer Handlung auf alle Gesellschafter an. Durch § 128 UGB wird festgelegt, dass die Haftung der Gesellschafter unbeschränkt erfolgt und somit auch auf das Privatvermögen der Mitglieder zurückgegriffen werden kann. „¹Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner „unbeschränkt“. ²Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.“¹⁴⁸ Grundsätzlich gilt diese Regelung für Gesellschafter einer OG, und zwar für alle. Bei einer KG haften nur die Komplementäre unbeschränkt. Bei einer GesbR haftet für Gesellschaftsschulden zunächst das komplette Gesellschaftsvermögen. Wenn die Gläubiger daraus nicht vollständig befriedigt werden können, haftet jeder Gesellschafter zusätzlich mit seinem Privatvermögen, weshalb also eine unbeschränkte Haftung für Mitglieder einer GesbR vorliegt.¹⁴⁹

Sowohl bei der OG als auch bei der KG liegt eine Gesamthandbindung vor, was durch § 124 Abs 1 und 2 UGB erläutert wird. Daher kann ein

¹⁴⁷ Vgl. ROTH, G.; FITZ, H.: Unternehmensrecht – Handels- und Gesellschaftsrecht; S. 157 und 160

¹⁴⁸ DORALT, W.: Kodex Unternehmensrecht 2011; § 128 UGB

¹⁴⁹ Vgl. SCHUMMER, G.: Personengesellschaften; S. 18

Gesetzlicher Hintergrund zur GesbR

Gesellschafter ohne die Zustimmung aller anderen nicht über seinen Anteil verfügen, denn es handelt sich um Gesamthandeigentum. Auch Forderungen gegenüber Dritten müssen in Form von Gesamthandforderungen eingefordert werden. Vergleichend mit dem Konkurrenzverbot nach § 1186 ABGB, welches schädliche Nebengeschäfte untersagt, legt ein solches Wettbewerbsverbot auch § 112 UGB für die Gesellschafter fest.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Vgl. DORALT, W.: Kodex Unternehmensrecht; §§ 123, 124 und 112 UGB

4. Anwendung auf die Bau-ARGE

Da die Bau-ARGE im Regelfall als eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts klassifiziert wird, gelten für sie ebenfalls die Regelungen der §§ 1175 ff ABGB. Die bisher in dieser Arbeit getroffenen Aussagen über die GesbR haben daher auch für die Arbeitsgemeinschaft Gültigkeit und können analog angewendet werden. Aus diesem Grund wird in diesem Kapitel lediglich auf spezielle Bereiche und Sonderregelungen, welche für das Bauwesen von Bedeutung beziehungsweise auch notwendig sind, eingegangen.

Der Großteil der Vorschriften im ABGB stellt dispositives und somit abänderbares Recht dar. Dadurch wird der Vertragsgestaltung für Arbeitsgemeinschaften relativ viel Freiraum eingeräumt, weshalb es in manchen Fällen zu Unklarheiten oder Missverständnissen kommen kann. Dem wird in der Praxis dadurch entgegengewirkt, dass es für das Bauwesen einen Mustervertrag und eine zugehörige Geschäftsordnung für ARGEN gibt, welche von der VIBÖ herausgegeben werden. Die Betrachtung dieser Vertragsschablone erfolgt im nächsten Hauptkapitel.

4.1 Allgemeines

Wie bereits erwähnt ist die ARGE keine juristische Person, hat daher keine eigen Rechtspersönlichkeit und kann somit nicht Träger von Rechten und Pflichten sein, weshalb diese Aufgabe von den Gesellschaftern übernommen werden muss. Die Arbeitsgemeinschaft ist nicht partei- und nicht prozessfähig, kann daher vor Gericht weder klagen noch geklagt werden. Des Weiteren kann sie nicht als Eigentümer auftreten und nicht im Grundbuch, Marken- oder Patentregister eingetragen werden. Zu all diesen Tätigkeiten sind jedoch die Gesellschafter berechtigt.

Die ARGE kann sich nicht in das Firmenbuch eintragen lassen, wobei in diesem Fall auch die Gesellschafter das nicht können. Somit kann die Arbeitsgemeinschaft keine Firma führen, allerdings ist die Führung einer bloßen Geschäftsbezeichnung erlaubt. Hierfür ist zu beachten, dass wenn die Arbeitsgemeinschaft ein Gewerbe betreibt, was insbesondere bei einer Bau-ARGE stets der Fall ist, ebenfalls die Gewerbeordnung (kurz „GewO“) anzuwenden ist. Diese legt für den Betrieb

Anwendung auf die Bau-ARGE

eines Gewerbes in § 63 Abs 1 GewO eine zwingende Namenführungsvorschrift fest, weshalb die Bezeichnung einer ARGE im Bauwesen auf jeden Fall notwendig ist.¹⁵¹

Eine Arbeitsgemeinschaft kann auf Grund der fehlenden Rechtspersönlichkeit auch kein Gewerbe ausüben und somit nicht selbständiger Träger eines Gewerbes sein. Daher muss jeder einzelne Gesellschafter alle erforderlichen Gewerbeberechtigungen in Bezug auf die Tätigkeit der ARGE aufweisen können.¹⁵²

Allerdings gibt es andere Rechtsbereiche, in denen der GesbR beziehungsweise der Arbeitsgemeinschaft mehr Rechtspersönlichkeit zugeschrieben wird, teilweise wird sie sogar wie eine juristische Person behandelt. Dies gilt vor allem für das Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht. So kann die ARGE über ihre Organe zum Beispiel Arbeitnehmer einstellen und im Sinne des Umsatzsteuergesetzes ist sie sogar eine Unternehmenseinheit und hat eine Umsatzsteuer zu entrichten.¹⁵³

4.2 Versicherungsverträge

Da eine Arbeitsgemeinschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit aufweist, kann sie keine Versicherungsverträge abschließen. Wird eine Versicherung im Namen einer ARGE abgeschlossen, so sind die einzelnen Gesellschafter die Versicherungsnehmer. Im Rahmen der Tätigkeit einer Baufirma wird eine Betriebshaftpflichtversicherung als Versicherungsform gewählt. Die Deckungspflicht des Versicherungsgebers richtet sich danach, ob ein entstandener Schaden aus der Beteiligung der Gesellschafter an der ARGE oder aus sonstiger unternehmerischer Tätigkeit entstanden ist, was in folgender Festlegung begründet ist.

Die einzelnen Gesellschafter in Bezug zueinander werden nicht als Dritte im Sinne des Versicherungsvertragsgesetzes angesehen, was in § 67 VersVG geregelt ist. Dies hat zur Folge, dass bei Schädigung eines Gesellschafters durch einen anderen Gesellschafter aus dem Versicherungsvertrag, welcher für die ARGE abgeschlossen wurde, keine Ersatzpflicht für den Versicherungsgeber entsteht. Dessen Ersatzpflicht erstreckt sich nur gegenüber Dritten. Daraus lässt sich ab-

¹⁵¹ Vgl. ROTH, G.; FITZ, H.: Unternehmensrecht – Handels- und Gesellschaftsrecht; S. 157

¹⁵² Vgl. KÜHNE, J.; STRAUBE, M.: Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft (ARGE); S. 19

¹⁵³ Vgl. STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I; S. 5:13 und 5:14

Anwendung auf die Bau-ARGE

leiten, dass auf eine Betriebshaftpflichtversicherung für Schäden, die aus der Beteiligung an einer ARGE entstehen, nicht zurückgegriffen werden kann und somit keine Deckung vorliegt. Für Schäden, welche der Versicherungsnehmer nicht selbst verursacht hat, sondern nur auf Grund der Beteiligung an einer ARGE mit verantwortlich werden müssen, entsteht keine Ersatzpflicht für den Versicherungsgeber. Diese Regelungen gelten für die klassische ARGE. Bei einer Los-ARGE verhält es sich anders, denn hier sind die einzelnen Leistungsbereiche der Partner klar durch Subunternehmerverträge abgegrenzt und somit genau definiert. Jedes Mitglied erbringt daher nur Leistungen in seinem festgelegten Bereich, womit der Versicherungsgeber, ähnlich wie für gewöhnliche Baufirmen, relativ genau einschätzen kann, welches Risiko für diese Tätigkeiten anfällt. Es entsteht in solchen Fällen kein höheres Risiko für den Versicherungsgeber, da Schadenersatzansprüche nicht aus einer Beteiligung an der ARGE, sondern aus normaler unternehmerischer Tätigkeit verursacht werden. Aus diesem Grund trifft den Versicherungsgeber bei einer Los-ARGE eine Ersatzpflicht für Schäden.¹⁵⁴

4.3 Vorvertragliches Schuldverhältnis

Für die Vertragspartner entstehen nicht nur mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages Rechte und Pflichten, sondern bereits vorher im Stadium der Vertragsverhandlungen und der Gründung der ARGE. Diese Rechtsbeziehungen werden vorvertragliche Schuld beziehungsweise auch culpa in contrahendo genannt. Von besonderer Wichtigkeit sind diese vorvertraglichen Schuldverhältnisse für Bietergemeinschaften, welche dadurch entstehen, dass sich mehrere Baufirmen zusammenschließen, um sich für einen Bauauftrag gemeinsam zu bewerben und hierfür ein gemeinsames Angebot abgeben. In solchen Fällen könnte ein Partner kurz vor Angebotsschluss von der Bietergemeinschaft abspringen wollen und ein eigenes, der BIEGE in Konkurrenz stehendes Angebot abliefern, um sich einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen.

Dem stehen jedoch zwei Überlegungen gegenüber. Erstens kann man sich hierfür auf das Konkurrenzverbot des § 1186 ABGB berufen, denn eine Bietergemeinschaft wird rechtlich auch als eine GesbR eingestuft. Verletzt ein Partner der BIEGE dieses Konkurrenzverbot, so entstehen den anderen Mitgliedern Ansprüche daraus. Die zweite Möglichkeit für

¹⁵⁴ Vgl. STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I; S. 5:42/1

Anwendung auf die Bau-ARGE

Schadenersatzansprüche der übrigen Gesellschafter ergibt sich aus der vorvertraglichen Schuld, welche in einem solchen Fall missachtet werden würde.

Die culpa in contrahendo betrifft aber nicht nur die Partner einer BIE-GE beziehungsweise ARGE untereinander, sondern diese gilt auch gegenüber zukünftigen, potentiellen Vertragspartnern, also im Fall einer Teilnahme an einer Ausschreibung gegenüber dem potentiellen Auftraggeber. Daraus lässt sich eine vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht im Angebotsstadium ableiten.¹⁵⁵

4.4 Regelungen in den ÖNORMEN

In den ÖNORMEN, welche eine sehr wichtige Rolle für das Bauwesen spielen, sind betreffend der ARGE nur wenige Regelungen vorzufinden. Einerseits beinhaltet die ÖNORM A 2050 eine Begriffsdefinition der Arbeitsgemeinschaft, welche in dieser Arbeit bereits wiedergegeben wurde. In der ÖNORM B 2110, welche die allgemeinen Vertragsbestimmungen für Bauleistungen regelt, ist unter Punkt 5.2, welcher die Vertragspartner behandelt, im Unterpunkt 5.2.2 folgendes über die Arbeitsgemeinschaft angeführt. „Im Falle einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) sind die ARGE-Partner dem Vertragspartner solidarisch verpflichtet. Fällt ein ARGE-Partner weg, bleibt der Vertrag über die noch zu erbringenden Leistungen mit den verbleibenden ARGE-Partnern bestehen. Das Rücktrittsrecht gemäß 5.8 bleibt davon unbeschadet.“¹⁵⁶ In Kommentarbüchern zu dieser ÖNORM und deren Aussage über die Arbeitsgemeinschaft, zum Beispiel von Karasek, wird hauptsächlich ein Bezug zum ABGB und der GesbR geschaffen. Da die gesetzlichen Hintergründe in dieser Arbeit bereits behandelt wurden, wird nicht mehr näher auf die ÖNORM-Kommentare eingegangen.

4.5 Organisation der ARGE

Bezüglich der Geschäftsführung und der Vertretung geht das Gesetz in § 1185 ABGB im Allgemeinen davon aus, dass alle Gesellschafter dazu berechtigt und auch verpflichtet sind, denn es heißt, dass alle Mitglieder zu dem gemeinschaftlichen Nutzen gleich mitzuwirken haben.

¹⁵⁵ Vgl. STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I; S. 5:44 und 5:45

¹⁵⁶ ÖNORM B 2110 Ausgabe: 2009-01-01; S. 13 Punkt 5.2.2

Anwendung auf die Bau-ARGE

Dies kann jedoch vertraglich anders geregelt werden, wovon im Bauwesen in den meisten Fällen Gebrauch gemacht wird. Allgemein ist noch zu erwähnen, dass für die Tätigkeiten der Geschäftsführung und der Vertretung grundsätzlich keine Entgeltsvermutung gilt. Ist also im Vertrag keine besondere Vereinbarung getroffen worden, steht den zuständigen Gesellschaftern dafür keine Entlohnung zu. Dies ist dadurch zu begründen, dass ein Unternehmer ebenfalls keinen Lohn bekommt, sondern am Gewinn beteiligt ist. Anders verhält es sich, wenn diese Tätigkeiten von gesellschaftsfremden Dritten übernommen werden, denn diesen steht ein Entgelt dafür zu.

In den meisten Fällen weichen die vertraglichen Regelungen von Arbeitsgemeinschaften im Bauwesen von der gesetzlichen Gesamtgeschäftsführung ab. Die Geschäftsordnung der VIBÖ, welche gemeinsam mit dem Mustervertrag zu vereinbaren ist und in der Bauwirtschaft häufig zur Anwendung kommt, sieht für die Verwaltung einer ARGE eine dreigliedrige Organstruktur vor. Diese drei Organe werden von dem Firmenrat, von der technischen und kaufmännischen Geschäftsführung und von der Bauleitung gebildet. Dazu regelt die VIBÖ in der Geschäftsordnung deren Aufbau, Zusammensetzung, Funktionsweise und Zuständigkeitsschwerpunkte, wobei zwischen Geschäftsführung und Vertretung nicht sehr streng abgegrenzt wird und sich daher diese beiden Bereiche, welche das Außen- und Innenverhältnis der Gesellschaft bestimmen, vermischen.

Diese Überschneidung der Aufgabengebiete und Befugnisse führt zwar zu einer mehrfachen Kompetenzverteilung, allerdings bringt dies auch Vorteile für die Baupraxis mit sich, denn dadurch sind die Partner besser informiert und es entsteht eine größere Transparenz der Geschäftstätigkeiten und Vorgänge im laufenden Betrieb. Ein weiterer Vorteil dieser dreiteiligen Organisation ist die gegenseitige Kontrollwirkung, wodurch Fehler leichter erkannt und somit im Vorfeld vermieden werden können. Aufgrund der wechselseitigen Einwirkungsmöglichkeiten kann die Bau-ARGE weitgehend auf ein Kontrollorgan, wie es bei anderen Gesellschaftsformen teilweise sogar gesetzlich vorgeschrieben ist, verzichten. In weiterer Folge werden die drei Organe sowie deren Kompetenzen und Aufgaben näher betrachtet.

4.5.1 Firmenrat

Der Firmenrat setzt sich aus allen Gesellschaftern beziehungsweise deren im Gesellschaftsvertrag namhaft gemachten Bevollmächtigten zusammen. Ist das ARGE-Mitglied eine natürliche Person, so kann diese selbst im Firmenrat sitzen, oder sich durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen. Bei einer Bau-ARGE sind die Partner für gewöhn-

lich selbst eine Gesellschaft, meist eine GmbH, weshalb es notwendig ist, eine bevollmächtigte, natürliche Person zu ernennen, welche die Tätigkeiten im Firmenrat wahrnimmt. Somit ist der Firmenrat als eine Art Gesellschafterausschuss zu verstehen. Er dient ausschließlich der internen Willensbildung in Form einer Gesellschafterversammlung, hat jedoch keine Befugnis, Rechtsgeschäfte abzuschließen, und vertritt die Gesellschaft nicht im Außenverhältnis gegenüber gesellschaftsfremden Dritten. Der Firmenrat beschäftigt sich mit grundsätzlichen und wichtigen Angelegenheiten der Arbeitsdurchführung, behandelt Fragen beziehungsweise Anregungen der technischen und kaufmännischen Geschäftsführung einerseits sowie der Vertragspartner wie Auftraggeber und Subunternehmer andererseits und fasst darüber Beschlüsse. Er behandelt alle Tätigkeiten und Entscheidungen, welche die Kompetenzen der Geschäftsführung und somit die Maßnahmen der ordentlichen Geschäfte übersteigen. Die Willensbildung erfolgt überwiegend einstimmig und wird durch die Kapitalanteile bestimmt.

Da der Firmenrat im Regelfall alle Gesellschafter beziehungsweise deren Bevollmächtigten darstellt, ist er vor allem für Grundlagengeschäfte von enormer Wichtigkeit. Er kontrolliert aber auch die Geschäftsführung und die Bauleitung dadurch, dass diese für gewisse Handlungen die Zustimmung des Firmenrates benötigen. Zu seinem Tätigkeitsbereich zählen Aufgaben wie die Beratung über Geschäftsführungsentscheidungen, welche von grundlegender Bedeutung sind, Änderungen beziehungsweise Ergänzungen des Gesellschaftsvertrages, Kreditaufnahme, Genehmigung von Nachunternehmerverträgen, grundsätzliche Personal- und Geräteentscheidungen und die Abberufung anderer Organe, wenn diese aus schwer wiegenden Gründen gerechtfertigt und erforderlich ist.

4.5.2 Technische und kaufmännische Geschäftsführung

Im Allgemeinen besteht die Aufgabe der Geschäftsführung darin, die Gesamtabwicklung der Geschäfte der Arbeitsgemeinschaft zu koordinieren und durchzuführen. Die Geschäftsordnung der VIBÖ sieht vor, dass die Geschäftsführung grundsätzlich in eine technische und eine kaufmännische unterteilt wird. Diese beiden Aufgaben werden jeweils von einer Partnerfirma der ARGE übernommen, es besteht jedoch auch die Möglichkeit, beide Geschäftsführungsabteilungen einem Mitglied zu übertragen. Die jeweilige Partnerfirma beauftragt ihrerseits wiederum eine Person, welche die Aufgaben der jeweiligen Geschäftsführung übernimmt. Bei sehr großen Bauvorhaben werden dafür auch mehrere Personen beschäftigt. Der Geschäftsführung obliegt einerseits die Willensbildung im Innenverhältnis, wodurch sich die Tätigkeiten teilweise mit jenen des Firmenrates überschneiden. Andererseits

Anwendung auf die Bau-ARGE

vertritt die Geschäftsführung die ARGE auch nach außen hin gegenüber Dritten wie zum Beispiel dem Auftraggeber, Subunternehmern oder den Behörden. Zum Aufgabenbereich der technischen und kaufmännischen Geschäftsführung zählen alle Maßnahmen der ordentlichen Geschäftsführung beziehungsweise Verwaltung. Handelt es sich hierbei um wesentliche und grundsätzliche Angelegenheiten sowie um außerordentliche Geschäfte, haben die Geschäftsführer das gegenseitige Einvernehmen herzustellen, die Entscheidung des Firmenrates und in manchen Fällen sogar die Zustimmung aller Gesellschafter einzuholen. Diese wesentlichen Punkte sind in der Geschäftsordnung der VIBÖ in Punkt 4.1.3 aufgelistet. Durch diese Bestimmungen erfährt die Geschäftsführung eine Einschränkung ihrer Befugnisse und wird somit durch den Firmenrat kontrolliert. Dies dient der Vermeidung von unerwünschten beziehungsweise für die Arbeitsgemeinschaft nachteiligen Entscheidungen und fördert die Kommunikation.

In Bezug auf das Außenverhältnis sind sowohl die technische als auch die kaufmännische Geschäftsführung allein vertretungsbefugt. Dies bedeutet, dass ein Geschäftsführer Maßnahmen setzen kann, welche alle ARGE-Partner binden und verpflichten. Hierbei ist es jedoch fraglich, ob sich die Vertretungsmacht lediglich auf den jeweils zugehörigen Bereich der Geschäftsführung beschränkt oder beide Teile umfasst. Damit ist gemeint, ob die technische Geschäftsführung auch in kaufmännischen Angelegenheiten oder nur in ihrem Ressort vertretungsbefugt ist. Im Zweifel werden die allgemeinen Regeln der Vollmacht angewendet, welche besagen, dass die intern festgelegten Befugnisse zur Geschäftsführung auf das Außenverhältnis durchschlagen. Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis decken sich somit, weshalb der technische Geschäftsführer auch nur in technischen Belangen zur Vertretung befugt ist und umgekehrt die kaufmännische Abteilung nur ihren Bereich vertreten darf.

Die Aufgabenbereiche der technischen Geschäftsführung umfassen die ordnungsgemäße Durchführung des Bauprojektes, Überwachung der Bauarbeiten sowie Unterweisung und Überwachung der örtlichen Bauleitung, Überwachung des Arbeitnehmerschutzes, Abschluss von Subunternehmerverträgen und Verhandlungen mit dem Bauherrn, welche wesentliche Aspekte der Bauführung betreffen.

Im Gegensatz dazu beschäftigt sich die kaufmännische Geschäftsführung mit unternehmerischen Tätigkeiten der ARGE, mit der Finanzierung beziehungsweise Erstellung eines Finanzplanes, mit der Buchhaltung und dem Rechnungswesen, mit der Lohn- beziehungsweise Gehaltsverrechnung sowie mit Steuern und Abgaben. Dabei hat sie vor allem darauf zu achten, dass einerseits der ARGE-Vertrag eingehalten und andererseits die Auftragssumme nicht überschritten wird.

4.5.3 Bauleitung

Diese setzt sich aus dem Bauleiter und dem Baukaufmann zusammen und übernimmt die Aufgaben hauptsächlich direkt vor Ort auf der Baustelle. Im Rahmen ihrer Kompetenzen ist sie ebenfalls nach außen hin vertretungsbefugt. Sie unterzeichnet mit dem Namen beziehungsweise der Geschäftsbezeichnung der Arbeitsgemeinschaft, wobei der Zusatz „Bauleitung“ hinzugefügt wird. In der Rangordnung der Organe steht die Bauleitung an unterster Stelle, ist jedoch für die Durchführung der Bauarbeiten unabdingbar und erfüllt bedeutende Aufgaben.

Dazu gehören die Durchführung der Bauarbeiten, wobei diese im Einvernehmen mit der technischen und kaufmännischen Geschäftsführung zu erfolgen haben, die Überwachung der Arbeitsdisziplin und Ordnung auf der Baustelle, die Einhaltung gesetzlicher und behördlicher Bestimmungen beziehungsweise Auflagen und Erstellung aller Rechnungen an den Bauherrn und den ARGE-Partnern. Insbesondere hat die Bauleitung arbeitsrechtliche Vorschriften zu beachten, wozu vor allem das ArbeitnehmerInnenschutzgesetz, das Arbeitszeitgesetz und das Arbeitsruhegesetz zählen. Darüber hinaus hat sie die Pflicht, Arbeitsunfälle unverzüglich zu melden und anzuzeigen.^{157 158 159}

¹⁵⁷ Vgl. STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I; S. 5:33 bis 5:38

¹⁵⁸ Vgl. KARASEK, G.: ÖNORM B 2110 – Kommentar; S. 150-152

¹⁵⁹ Vgl. KÜHNE, J.; STRAUBE, M.: Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft (ARGE); S. 32-34

5. Mustervertrag der VIBÖ

Wie aus dieser Arbeit bislang hervorgeht, ist der überwiegende Teil der gesetzlichen Regelungen über die GesbR beziehungsweise über die ARGE dispositiv. Aus diesem Grund spielt die vertragliche Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages eine enorm wichtige Rolle. Über den Zeitraum der Bestandsdauer eines Bauunternehmens kann dieses im Zuge der Abwicklung von größeren Bauvorhaben immer wieder an Arbeitsgemeinschaften beteiligt sein. Um sich nicht für jede Gründung einer neuen ARGE auch jedes Mal einen neuen Gesellschaftsvertrag ausdenken zu müssen, ist die Schaffung einer allgemein gültigen und publiquen Vertragsvorlage sehr sinnvoll. Des Weiteren treten gewisse rechtliche Problemstellungen wiederkehrend auf, weshalb sich die Gestaltung einer vorgefertigten Schablone für ARGE-Verträge ebenfalls für nützlich erweist. Ein weiterer Vorteil ist, dass die Bauunternehmen die allgemeinen Bestimmungen dieses Vertrages bereits kennen und mit diesen vertraut sind. Dadurch sind die meisten Unklarheiten im Voraus beseitigt und es entstehen weniger Fehlinterpretationen.

Auf Grund ähnlicher Überlegungen hat die Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs (kurz „VIBÖ“) im Jahr 1974 einen Mustervertrag für die Bau-ARGE gestaltet und veröffentlicht, welcher mit den Jahren stets weiter entwickelt wurde.¹⁶⁰ Dieser besteht einerseits aus dem Arbeitsgemeinschaftsvertrag und andererseits aus der Geschäftsordnung für Arbeitsgemeinschaftsverträge (kurz „GO“), welche grundsätzlich beide nur in Verbindung miteinander angewendet werden sollen. In diesem Abschnitt werden die wesentlichen Punkte der vorgefertigten Regelungen der VIBÖ betrachtet, wobei darauf hingewiesen wird, dass auch diese nur als ein Vorschlag anzusehen sind und ebenfalls vertraglich auf Grund des dispositiven Gesetzes abgeändert werden können.

5.1 Die VIBÖ

Die Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs bietet eine Vertragsschablone an, welche speziell für Arbeitsgemeinschaften

¹⁶⁰ Vgl. KÜHNE, J.; STRAUBE, M.: Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft (ARGE); S. 31

Mustervertrag der VIBÖ

im Bauwesen angefertigt wurde und in der Praxis in den meisten Fällen angewendet wird. Durch diese Vertragsvorlage sollen spezielle Problembereiche der Bauwirtschaft vorweg geregelt und die Erstellung eines Gesellschaftsvertrages für eine Bau-ARGE erleichtert werden. Damit werden die dispositiven Bestimmungen des ABGB näher festgelegt und der Interpretationsspielraum eingeengt. Insbesondere nimmt die VIBÖ Bezug auf die Einlage- und Beitragspflichten, auf die Haftung, auf die Vertretung und auf den Gerichtsstand. Darüber hinaus schreibt sie eine straffere Organisation, wie dies bei Körperschaften üblich ist, vor.

Dieses Vertragsmuster ist, wie bereits erwähnt, zweiteilig und besteht aus dem Gesellschaftsvertrag selbst und einer, den Vertrag ergänzenden, Geschäftsordnung. Sinn dieser Zweiteilung ist, die Vertragsgestaltung so wirtschaftlich wie möglich und für die Praxis tauglich beziehungsweise handhabbar zu machen. Da die umfangreichen Regelungen in der Geschäftsordnung niedergeschrieben sind, kann der eigentliche Vertrag recht kurz ausfallen. Die allgemeinen Bestimmungen sind also in der Geschäftsordnung enthalten und der Gesellschaftsvertrag wird nur durch spezielle Vertragsklauseln, welche im konkreten Einzelfall notwendig sind, ergänzt. Früher war der ARGE-Vertrag zu vergebühren, weshalb diese Zweiteilung ebenfalls einen Vorteil in Bezug auf die zu entrichtende Gebühr hatte. Seit 1995 ist der Vertrag jedoch von der Gebührenpflicht befreit, was bedeutet, dass eine Anzeigepflicht wegen Vergütung beim Finanzamt entfällt.

Im ARGE-Vertrag wird die Anwendbarkeit der Geschäftsordnung von den Gesellschaftern vereinbart, wodurch diese Gültigkeit erlangt. Dies geschieht dadurch, indem die ARGE-Partner eine sogenannte Unterwerfungserklärung an die VIBÖ abgeben. Die Vertragspartner der Arbeitsgemeinschaft, wie zum Beispiel der Bauherr als Auftraggeber, geben wiederum eine Erklärung an die Geschäftsführung der Gesellschaft ab, um der Geschäftsordnung der VIBÖ Gültigkeit zu verleihen. Da sich der Arbeitsgemeinschaftsvertrag und die Geschäftsordnung gegenseitig ergänzen, ist es sinnvoll, diese beiden ausschließlich in Kombination miteinander zu verwenden.

Neben dem Gesellschaftsvertrag für die Bau-ARGE bietet die VIBÖ auch einen Vorvertrag für diese an. Erstellen mehrere Bauunternehmen zusammen im Zuge einer Bietergemeinschaft ein Angebot und sind sie sich einig, dass im Falle des Zuschlages eine ARGE gegründet werden soll, so kann ein Vorvertrag angenommen werden. Es handelt sich bei diesem Vorvertrag also um einen Vertrag, zukünftig einen Vertrag einzugehen. Leistungsgegenstand des Vorvertrages ist in weiterer Folge den Hauptvertrag abzuschließen. Dazu bietet die VIBÖ ein Vorvertragsmuster an, in welcher zum Beispiel bereits die technische

und kaufmännische Geschäftsführung und die dafür gebührenden Vergütungen sowie die Gerätemietsätze, welche die Abschreibung, Verzinsung und Reparatur umfassen, vereinbart werden können. Der Vorvertrag der VIBÖ umfasst lediglich zwei Seiten, ist aber zu empfehlen, da damit eine erste Vertragsgrundlage zu einer ARGE geschaffen wird. Grundsätzlich kann aus dem Vorvertrag heraus auf den Abschluss des Hauptvertrages geklagt werden, es sei denn, die Umstände haben sich grundlegend verändert und ein Zustandekommen einer ARGE wäre nicht mehr tunlich beziehungsweise möglich.^{161 162 163}

5.2 Der Arbeitsgemeinschaftsvertrag

Der Arbeitsgemeinschaftsvertrag der VIBÖ stellt eine Mustervorlage für den Gesellschaftsvertrag, welcher die Bau-ARGE regelt, dar. Die dort getroffenen Bestimmungen sind viel detaillierter, als dies bei gewöhnlichen Gesellschaften bürgerlichen Rechts der Fall ist, und gehen speziell auf das Bauwesen und dessen Randbedingungen ein. Im Folgenden wird ein grober Überblick über die Vertragsinhalte des Arbeitsgemeinschaftsvertrages gegeben.

- Bezeichnung als Arbeitsgemeinschaftsvertrag mit Angabe der beteiligten Firmen
- Name und Zweck
 - Name und Kurzbezeichnung der Arbeitsgemeinschaft
 - Angaben über den Zweck der ARGE, über den Auftraggeber und über die übertragenen Bauarbeiten
 - Beginn der Bauarbeiten und voraussichtliche Dauer
- Gesellschafterbeiträge
 - Summe der Bareinlagen
- Beteiligung und Haftung
 - Kurzbezeichnung der Partnerfirmen und Angabe des Beteiligungsverhältnisses in Prozent
- Firmenrat (Firmenbevollmächtigte)

¹⁶¹ Vgl. KÜHNE, J.; STRAUBE, M.: Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft (ARGE); S. 31, 32 und 36

¹⁶² Vgl. STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I; S. 5:35 und 5:47

¹⁶³ Vgl. KARASEK, G.: ÖNORM B 2110 – Kommentar; S. 146

Mustervertrag der VIBÖ

- Angabe des Bevollmächtigten jeder Partnerfirma und dessen Stellvertreter
- Geschäftsführung
 - Bestellung der technischen und kaufmännischen Geschäftsführung
 - Sitz der Arbeitsgemeinschaft
- Technische und kaufmännische Geschäftsführung
 - Angaben zur technischen Geschäftsführung: Beauftragte Partnerfirma, technischer Geschäftsführer, Anschrift, Telefon- und Telefaxnummer
 - Angaben zur kaufmännischen Geschäftsführung: Beauftragte Partnerfirma, kaufmännischer Geschäftsführer, Anschrift, Telefon- und Telefaxnummer
 - Finanzierung und Finanzplan
 - Geldverkehr und Hauptbankkonto
 - Rechnungswesen und Verwaltung
- Bauleitung
 - Angabe des Bauleiters und dessen Stellvertreter, des Baukaufmannes, der Anschrift, Telefon- und Telefaxnummer der Baustelle
- Geräte
 - Vereinbarung über die Gültigkeit der Österreichischen Baugeräteliste (kurz „ÖBGL“)
 - Monatliche Mietsätze unter Angabe von Abschreibung und Verzinsung nach ÖBGL und Reparatur nach ÖBGL jeweils in Prozent
 - Zuschlag für die Nichtstellung von Geräten in Prozent
 - Geräteführer für bestimmte Geräte
- Transportkosten
 - Höchstentfernung in Kilometern, für welche die Vergütung von Transportkosten begrenzt wird
 - Angaben über die Verrechnung von Transportleistungen
- Material, Kleingeräte, Werkzeuge, Einrichtungsgegenstände, Ausrüstung und Ersatzteile
 - Auflistung von Geräten im Anhang I

Mustervertrag der VIBÖ

- Angabe, ob diese Geräte vermietet oder verkauft werden
- Personal
 - Beigestellte Angestellte und beigestellte Arbeiter
- Vergabe von Subunternehmerleistungen
- Vergütungen für technische Geschäftsführung, kaufmännische Geschäftsführung, Lieferungen und Leistungen zwischen Partnerfirmen und Arbeitsgemeinschaft
 - Angabe der Partnerfirmen und der jeweiligen Vergütung in Prozent
- Versicherungen
 - Versicherer für die Angebotslegung
 - Betriebshaftpflichtversicherung und Deckungssumme
 - Feuerversicherung
 - Bauwesenversicherung, Baugeräteversicherung und Maschinenbruchversicherung
- Abgaben und Beiträge
 - Angabe des zuständigen Finanzamtes
- Berichtswesen, Schriftverkehr
 - Technisches Berichtswesen und Verteilerliste
- Vertrag, Vertragsdauer, Rechtsnachfolge
- Auflösung des Vertrages, Ausschluss und Ausscheiden einer Partnerfirma, Sicherstellung
- Gerichtsstand, Schlichtung, Schiedsgericht
- Schlussbestimmungen
 - Angabe der Währung
 - Kennzeichnung von Änderungen des Vertragsformulars der VIBÖ
 - Firmenmäßige Fertigung
- Anhang I
 - Geräte, welche vermietet oder verkauft werden
- Anhang II
 - Geräte, für welche Überstunden verrechnet werden

Diese angeführte Struktur des Gesellschaftsvertrages wird von der VIBÖ auf diese Art und Weise vorgegeben. Im Wesentlichen werden dadurch die wichtigsten Vertragsbestandteile abgedeckt, allerdings ist der Mustervertrag für jede Bau-ARGE auf den Einzelfall abzustimmen und durch eventuelle zusätzliche Vertragsinhalte zu ergänzen. Da es sich um dispositives Recht handelt, dürfen die gesetzlichen Regelungen sowie die Inhalte der Vertragsschablone der VIBÖ abgeändert und an die jeweiligen Randbedingungen angepasst werden.¹⁶⁴

5.3 Die Geschäftsordnung

Der ARGE-Vertrag für das Bauwesen wird durch die Geschäftsordnung für Arbeitsgemeinschaftsverträge (kurz „GO“), welche ebenfalls von der VIBÖ herausgegeben wird, dadurch ergänzt, indem auf die Inhalte des Gesellschaftsvertrages durch die GO detaillierter eingegangen wird und zusätzliche Erläuterungen angeführt werden. Daher wird in den meisten Fällen mit der Einigung über einen VIBÖ-Mustervertrag sinnvollerweise auch gleichzeitig die Geschäftsordnung durch eine Unterwerfungserklärung an die VIBÖ gültig vereinbart. Zum überwiegenden Teil hält sich die GO an die Struktur der Vertragsschablone und lässt somit eine übersichtliche und rasche Zuordnung der Regelungen in der GO zum Vertrag zu. In weiterer Folge werden wesentliche Bestimmungen der Geschäftsordnung, welche speziell dem Bauwesen gewidmet sind und in dieser Arbeit im rechtlichen Teil bislang noch nicht behandelt wurden, näher erläutert. Insbesondere wird auf die Punkte Geräte, Material und Werkzeuge sowie Personal eingegangen, da diese für die Baupraxis eine wichtige Rolle spielen.

5.3.1 Zweck, Beiträge, Beteiligung und Haftung

In Punkt 1 der Geschäftsordnung wird der Zweck eine Bau-ARGE definiert, der die gemeinsame Durchführung des Hauptauftrages, welcher den Partnerfirmen übertragen wurde, ist. Dazu zählen auch alle Neben- und Zusatzarbeiten, welche zeitlich und räumlich mit dem Bauvorhaben zusammenhängen.

Nach der GO verpflichten sich die ARGE-Partner in Punkt 2 zu einer Bareinlage, welche der Erfüllung des Gesellschaftszweckes dient und sich nach der Beteiligungsquote richtet. Des Weiteren haben sie sonstige Leistungen zu erfüllen, welche für die Zielerreichung der ARGE

¹⁶⁴ Vgl. VIBÖ: Arbeitsgemeinschaftsvertrag Auflage 1998; S. 1 ff

notwendig sind. Durch Punkt 2.4 wird vereinbart, dass die Gesellschafter auf den Titel des Schadenersatzes gegen andere ARGE-Mitglieder dann verzichten, wenn der Schaden durch leichte Fahrlässigkeit entstanden ist. Kann die ARGE selbst eine Forderung auf Grund der fehlenden Rechtspersönlichkeit nicht stellen, so sind die Partnerfirmen nach Punkt 2.5 dazu verpflichtet, sich die Forderung abtreten zu lassen und diese für die ARGE einzubringen. Der daraus verschaffte Vorteil ist dann wiederum der Arbeitsgemeinschaft abzugeben.

Wenn ein Mitglied seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, zweimal schriftlich unter jeweiliger Setzung einer Frist von 14 Tagen durch die restlichen Gesellschafter dazu aufgefordert wird und noch immer säumig bleibt, so kann das Beteiligungsverhältnis durch Mehrheitsbeschluss der verbleibenden ARGE-Partner abgeändert werden. Handlungen des Personals, welches von den Mitgliedern beigestellt oder abgestellt wird, sind von der Arbeitsgemeinschaft im Innenverhältnis zu vertreten. Die Bedeutung von beigestellt und abgestellt wird in weiterer Folge im Punkt 11 der GO, welcher vom Personal handelt, erläutert. Erbringt eine Partnerfirma Subunternehmerleistungen für die Arbeitsgemeinschaft, so hat die Partnerfirma die Handlungen des dazu eingesetzten Personals selbst zu verantworten. Die Geschäftsordnung sieht vor, dass Forderungen nur zur gesamten Hand, also nur von allen Partnerfirmen, geltend gemacht werden können. Eine anteilmäßige Verfügung einzelner Mitglieder über Forderungen beziehungsweise Ansprüche, welche der gesamten ARGE zustehen, ist somit laut Punkt 3.4 der GO unwirksam.

Punkt 4 bis 7 der Geschäftsordnung beschreibt detailliert die Organe der Bau-ARGE und deren Aufgaben beziehungsweise Kompetenzen, worauf im Kapitel über die Organisation der ARGE bereits eingegangen wurde und an dieser Stelle nicht vertieft wird.¹⁶⁵

5.3.2 Geräte

Die Geschäftsordnung regelt die Geräte im Punkt 8 und definiert diese als all jene Gegenstände, welche in der jeweils gültigen Ausgabe der Österreichischen Baugeräteliste (kurz „ÖBGL“) mit monatlichen Abschreibungs- und Verzinsungssätzen enthalten sind. Werden Geräte von den einzelnen Partnerfirmen der Bau-ARGE zur Verfügung gestellt, so spricht man von Gerätebeistellung. Die Arbeitsgemeinschaft kann nach der GO Geräte auch fremd, also von außenstehenden Dritten anmieten oder kaufen. Die Geschäftsordnung beinhaltet zwar den

¹⁶⁵ Vgl. VIBÖ: Geschäftsordnung für Arbeitsgemeinschaftsverträge Auflage 1998; S. 3 Punkt 1 bis 3 GO

Wortlaut, dass die Arbeitsgemeinschaft ein Gerät kaufen kann, kann damit aber wohl nicht die Gesellschaft an sich, sondern nur die Gesamtheit aller Gesellschafter beziehungsweise deren Bevollmächtigten und Vertreter ansprechen, denn nur diese können Träger von Rechten und Pflichten sein und somit bestimmte Rechtseigenschaften aufweisen und Tätigkeiten übernehmen. Wenn in weiterer Folge durch die Geschäftsordnung der Arbeitsgemeinschaft Rechte beziehungsweise Pflichten zugesprochen werden, so ist damit stets die Gemeinschaft der Gesellschafter und nicht die Gesellschaft selbst, welche ja keine juristische Person ist, gemeint.

Die Gerätebeistellung wird in Punkt 8.2 der GO geschildert. Grundsätzlich haben die Partnerfirmen die erforderlichen Geräte an die Arbeitsgemeinschaft zu vermieten, wobei hierfür die Beteiligungsverhältnisse zu berücksichtigen sind. Dies bedeutet also, dass die Geräte im Allgemeinen quoad usum, also nur zum Gebrauch, in die ARGE eingebracht werden. Die technische Geschäftsführung hat dafür eine Gerätebedarfsliste zu erstellen und diese den Partnerfirmen rechtzeitig vor Baubeginn zukommen zu lassen. Diese Liste beinhaltet die erforderlichen Geräte mit der jeweiligen Einsatzdauer und den Verrechnungssätzen. Die Partnerfirmen füllen dann die Liste aus, indem diese ihre Baugeräte eintragen und somit an die ARGE vermieten. Des Weiteren wird eine erste Version des Geräteeinsatzplanes erarbeitet, um die Möglichkeit einzuräumen, noch offene und nicht in der Gerätebedarfsliste erfasste Geräte nachzumelden. Die Bauleitung kümmert sich darum, welche Geräte noch ausständig sind, hat darüber jedoch das Einvernehmen mit der technischen Geschäftsführung herzustellen. Fühlt sich ein ARGE-Mitglied durch den Geräteeinsatz benachteiligt, kann es innerhalb von 14 Tagen Einspruch bei der technischen Geschäftsführung erheben. Werden Geräte über den Geräteeinsatzplan hinaus verwendet, ist dies den jeweiligen Gesellschaftern zur Kenntnis zu bringen. Können nicht alle benötigten Geräte von den Partnerfirmen bereitgestellt werden, so werden die ausständigen Geräte fremd angemietet oder gekauft, wobei dies der Firmenrat entscheidet. Die Abwicklung der Gerätebeschaffung erfolgt durch die technische Geschäftsführung, wobei sich die kaufmännische Geschäftsführung mit diesen Maßnahmen einverstanden erklären muss.

Geräte werden nach Punkt 8.3 GO von der ARGE abberufen und nach Beendigung der Arbeiten wieder den jeweiligen Partnerfirmen rückgestellt. Der Geräteeinsatzplan ist alle sechs Monate oder bei wesentlichen Änderungen zu aktualisieren. Wenn ein ARGE-Mitglied die Verpflichtungen des Geräteeinsatzplanes nicht erfüllt, so kann er dazu unter Setzung einer Frist von 14 Tagen aufgefordert werden. Reagiert der Partner auch darauf nicht, kann er bei Bauende einen Zuschlag für die ausständige Abschreibung und Verzinsung der fehlenden Gerä-

te aufgezwungen bekommen. In diesem Fall handelt es sich um eine Pönale, welche jene Gesellschafter erhalten, die Geräte über ihre Verpflichtung hinaus beigestellt haben, um das Defizit auszugleichen. Wird ein Geräte austausch notwendig, sind die Kosten dafür von demjenigen zu tragen, der für den Tausch verantwortlich ist. Die Disposition der Geräte obliegt dem Bauleiter, allerdings ist er den Weisungen der technischen Geschäftsführung unterstellt. Werden Geräte von der ARGE nicht mehr benötigt und somit frei, sind diese den jeweiligen Partnerfirmen freizumelden. Die Freimeldung hat zehn Kalendertage vor Übergabebereitschaft zu erfolgen. Dieser Zeitraum wird Freimeldfrist genannt. Mit dem Eingangsdatum des Verständigungsschreibens beginnt die Frist. Bei kurzfristigen Einsätzen, welche bis zu vier Wochen dauern und bei Anlieferung vereinbart werden müssen, kann diese Freimeldfrist entfallen.

Beigestellte Geräte können nicht an Dritte weitervermietet werden. Steht das Gerät im Eigentum der Arbeitsgemeinschaft, also im Miteigentum aller Gesellschafter, kann eine Vermietung an Dritte nur mit Zustimmung der technischen Geschäftsführung erfolgen. Will man ein beigestelltes Gerät früher als im Geräteinsatzplan vereinbart an den Vermieter zurückgeben, ist ebenfalls das Einverständnis der technischen Geschäftsführung erforderlich. Die Geräte haben im gereinigten und betriebsstüchtigen Zustand übergeben zu werden. Sie sind bei An beziehungsweise Rücklieferung abzunehmen, wobei im Zuge dessen etwaige Mängel festzustellen sind. Bei der Abnahme haben ein Beauftragter der vermietenden Partnerfirma und ein Beauftragter der Arbeitsgemeinschaft anwesend zu sein, welche darüber ein Protokoll verfassen. Dabei ist zu empfehlen, dass die Beauftragten nicht derselben Partnerfirma angehören, denn dadurch könnten die übrigen Mitglieder der ARGE benachteiligt werden.

Bei der Abnahme wird vorwiegend auf augenscheinliche Mängel geprüft. Mängel, welche darüber hinaus gehen, sind schwieriger festzustellen. Daher darf zunächst eine Erprobung des Gerätes, welche 14 Tage beträgt, durchgeführt werden. Erst danach wird die Übergabe anerkannt, sofern keine Mängel zu erkennen waren. Werden Mängel festgestellt, sind die betreffende Partnerfirma beziehungsweise die Arbeitsgemeinschaft umgehend schriftlich zu informieren. Wird das Gerät in die ARGE eingebracht, fallen beantragte Mängel zu Lasten der vermietenden Partnerfirma, welche diese zu beheben hat. Bei Rückgabe des Gerätes an den Vermieter werden die Mängel von der ARGE getragen und behoben. Für Verschleißteile, welche in der ÖBGL aufgelistet sind, trägt die Arbeitsgemeinschaft die Erhaltungs- und Erneuerungskosten, denn auch diese müssen im funktionsfähigen Zustand an- und rückgeliefert werden.

Punkt 8.4 der GO handelt von Schäden, Reparaturen und Wartung. Sämtliche Reparaturarbeiten hat im Allgemeinen der Gerätevermieter durchzuführen und liegen nicht in der Sphäre der ARGE. Wird die Baustelle damit beauftragt, so trägt die Kosten dafür der Gerätevermieter. Schäden an Geräten und daraus resultierende Kosten hat die Bau-ARGE zu tragen. Unter diese Schäden fallen Betriebsunfälle beziehungsweise Gewaltschäden, Montageschäden, Schäden aus unsachgemäßer Behandlung und aus höherer Gewalt, wobei Feuerschäden ausgenommen sind. Entstehen Schäden im Zuge einer Subunternehmerleistung, welche ein ARGE-Partner der Gesellschaft erbringt, so haftet die Arbeitsgemeinschaft nicht für diese. Wenn Reparaturkosten an einem Gerät höher sind als die Kosten der Ersatzbeschaffung, wird das Gerät dem Vermieter vergütet, wobei dafür die Zeitwertbestimmung der ÖBGL herangezogen wird. Das nicht reparierte Gerät soll dann zu Gunsten der ARGE bestmöglich verwertet werden, worüber der Firmenrat entscheidet.

Sind Schäden an Geräten von der ARGE zu verantworten, kann mit dem Vermieter eine Reparaturabfindung vereinbart werden. Gehört der Vermieter der technischen Geschäftsführung an, hat dieser Vereinbarung der Firmenrat zuzustimmen, um eine Benachteiligung der anderen Gesellschafter zu verhindern. Abänderungen an Geräten sind nur mit Zustimmung des vermietenden Mitgliedes erlaubt. Auf Wunsch des Vermieters ist der Originalzustand des Gerätes wiederherzustellen. Bevor die Arbeitsgemeinschaft eine Reparatur, welche zu Lasten der vermietenden Partnerfirma erfolgt, durchführen darf, muss sie die Erlaubnis des Vermieters erteilt bekommen. Ist ein beigestelltes Gerät in Reparatur, ist das betroffene Mitglied nicht dazu verpflichtet, ein Ersatzgerät zur Verfügung zu stellen. Zur Pflege eines Gerätes gehören Reinigung, Abschmieren und tägliche Kontrolle. Die Wartung beinhaltet Filterwechsel, Ölwechsel, Einstellarbeiten und Nachregulierungen. Die erforderlichen Kosten für die Pflege und Wartung sowie für gesetzlich vorgeschriebene Überprüfungen, zum Beispiel durch den TÜV, hat die ARGE zu tragen. Für die maschinentechnische Betreuung ist die technische Geschäftsführung verantwortlich, es sei denn, auf der Baustelle ist ein ständiger Maschineningenieur tätig.

Unter Punkt 8.5.1 der GO wird die Vorhaltezeit definiert. Sie beginnt mit dem Tage des Versandes vom letzten Standort des Gerätes. Bei Großgeräten wie zum Beispiel einer Tunnelbohrmaschine, welche in mehreren Teilen transportiert werden, beginnt die Vorhaltezeit mit dem Versandtag der letzten Teilsendung. Kommt ein Gerät aus dem Ausland, beginnt sie mit dem Tag des Grenzübertrittes. Ist bei der Übergabe ein Gerät nicht einsatzfähig, beginnt die Vorhaltezeit erst dann, wenn nach durchgeführter Instandsetzung das Gerät wieder betriebsfähig ist. Die Vorhaltezeit endet mit dem Tag, an dem das Gerät oder

die letzte Teilsendung auf dem zukünftigen Standort, welcher von dem Vermieter genannt wurde, eintrifft. Frühestens kann die Vorhaltezeit jedoch mit Ablauf der Freimeldefrist enden. Sie endet des Weiteren, wenn ein Gerät verlorengegangen oder nicht mehr reparaturfähig ist, mit dem Ende des Monats, in dem dieser Fall eingetreten ist. Dauern die Reparaturarbeiten nach einem Schaden an einem Gerät ohne Unterbrechung länger als zehn Arbeitstage, entfällt die Gerätemiete, und zwar ab dem ersten Reparaturtag. Vom Ausfall des Gerätes ist die betroffene Partnerfirma unverzüglich zu benachrichtigen. Die Beschaffung von Ersatzteilen obliegt der ARGE. Ist die rechtzeitige Ersatzteilbeschaffung für gewisse Geräte nicht gesichert, so kann die technische Geschäftsführung diese Geräte ablehnen beziehungsweise an den Vermieter zurückgeben. Werden innerbetriebliche Reparatur-, Montage- oder Transportzeiten für Reparaturen auf Kosten der ARGE durchgeführt, so zählen diese genauso wie Wartungszeiten als Vorhaltezeit.

Überstunden werden durch Punkt 8.5.2 der GO als jene Einsatzstunden definiert, welche über die Vorhaltestunden der ÖBGL hinaus gehen. Geräte, für welche Überstunden verrechnet werden können, sind im Anhang II des Arbeitsgemeinschaftsvertrages aufzulisten. Die Erfassung der Überstunden hat schriftlich zu erfolgen und muss den Partnerfirmen bis zum 10. des Folgemonats zugesendet werden. Werden Geräte im Mehrschichtbetrieb verwendet, muss dies dem betreffenden ARGE-Mitglied mitgeteilt werden.

Unter 8.5.4 der Geschäftsordnung werden die Stilliegezeiten behandelt. Diese sind jene Zeiträume, in welchen ein Gerät aus den folgenden Gründen außer Betrieb ist. Die Stilliegezeit wird bei Ausfällen durch höhere Gewalt wie zum Beispiel Hochwasser, Blitz oder andere Naturereignisse oder bei langfristigen Programmänderungen, wenn der anderweitige Einsatz des Gerätes nicht so kurzfristig möglich ist, eingeleitet. Dauern Ruhezeiten länger als 14 Tage an, wie es zum Beispiel durch Weihnachtsunterbrechungen oder Betriebsurlauben der Fall sein kann, wird dies ebenfalls als Stilliegezeit gewertet. Entstehen Ruhezeiten durch besondere Regelungen der Arbeitszeit, wie zum Beispiel durch einen Dekadenbetrieb, wird dies nicht als Stilliegezeit angesehen. Wenn eine Stilliegezeit entsteht, ist dies unverzüglich den ARGE-Mitgliedern zu melden.

Die Gerätemiete setzt sich aus Abschreibung und Verzinsung sowie Reparaturentgelt zusammen. Im Arbeitsgemeinschaftsvertrag werden die Mietsätze für Normalstunden, Überstunden und Schichtbetrieb vertraglich festgelegt. Werden Geräte, welche nicht in der ÖBGL enthalten sind, an die ARGE vermietet, sind ähnliche oder vergleichbare Geräte der ÖBGL als Maßstab für die Gerätemiete heranzuziehen, wobei

Mustervertrag der VIBÖ

der mittlere Neuwert aus dem Anschaffungswert des Gerätes nach dem jeweils gültigen Preisindex errechnet wird. Im Einzelfall sind die Bewertungsansätze durch den Firmenrat zu bestimmen. Die Verrechnung der Gerätemieten erfolgt monatlich. Die einzelnen Kalendertage entsprechen einem Dreißigstel der Monatsmiete. Von enormer Bedeutung ist die Regelung, dass sich während der Stilliegezeit die Gerätemiete auf 50 Prozent der Abschreibung und Verzinsung reduziert und die Reparaturkosten gar nicht angesetzt werden. In der Praxis führt die Verrechnung der Stilliegezeit öfters zu Problemen beziehungsweise Streitigkeiten, wenn diese zuvor nicht und nicht ausreichend genau im Vertrag festgelegt wurde. Daher ist auf diesen Punkt der GO besonders zu achten.

Wenn ein Gerät während der Vorhaltezeit verloren geht, mag dies aus irgendeinem Grund ausgenommen Feuereinwirkung geschehen, so sieht Punkt 8.6 der GO vor, dass die ARGE den Schaden zu ersetzen hat. Bei Einzelgeräten wird die Zeitwertbestimmung der ÖBGL als Ansatz herangezogen. Lässt sich das Baujahr bei Mengengeräten nicht feststellen, werden 60 Prozent des mittleren Neuwertes angesetzt. Ist ein Geräteführer für gewisse Geräte vorgeschrieben, so ist dies von der vermietenden Partnerfirma zu melden. Notwendiges Hilfspersonal oder Mehrschichtbesetzung ist jedoch von der ARGE zur Verfügung zu stellen. Kann das vermietende Mitglied bei Krankheit, Urlaub oder Kündigung des Personals während der Mietdauer keinen Ersatz stellen, hat sich darum die ARGE zu sorgen.

Im Punkt 8.8 der GO wird festgehalten, dass Ersatzteile von der Arbeitsgemeinschaft zu bestellen sind, wobei auf die Bestände der Partnerfirmen Rücksicht genommen werden soll. Ersatzteile, welche der Bau-ARGE von den Mitgliedern zur Verfügung gestellt werden, sind von diesen in Rechnung zu stellen. Besorgt die Gesellschaft Ersatzteile, welche in weiterer Folge nicht verwendet werden, so können sie nur dann an die betroffene Partnerfirma übergeben werden, wenn diese damit einverstanden ist. Befinden sich Geräte im Eigentum der ARGE, genauer gesagt im Miteigentum aller Gesellschafter, werden diese nach Beendigung der Bauarbeiten bestmöglich entweder nach dem Beteiligungsverhältnis an die Partnerfirmen oder an Dritte veräußert, wobei darüber der Firmenrat zu entscheiden hat.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Vgl. VIBÖ: Geschäftsordnung für Arbeitsgemeinschaftsverträge Auflage 1998; S. 11-15 Punkt 8 GO

5.3.3 Material, Kleingeräte und Werkzeuge

Der Punkt 10 der Geschäftsordnung beschäftigt sich mit der Beschaffung von Material, Einrichtungsgegenständen, Kleingeräten, Werkzeugen und Ersatzteilen. Bei der Besorgung ist auf die Bestände der Partnerfirmen und auf deren Beteiligungsverhältnis Rücksicht zu nehmen. Für die Auswahl der Lieferanten werden die Geschäftsbeziehungen der einzelnen Mitglieder sowie die aktuelle Preislage am Markt berücksichtigt. Die Beschaffung obliegt zum überwiegenden Teil der kaufmännischen Geschäftsführung, wobei sie das Einvernehmen mit der technischen Geschäftsführung herzustellen hat. Ist es im Einzelfall für die Baudurchführung sinnvoller, kann auch die Bauleitung mit der Besorgung dieser Gegenstände beauftragt werden.

Zum Material gehören alle Stoffe und Gegenstände, welche zum Verbrauch bestimmt sind. Dazu zählen Baustoffe, Betriebsstoffe und Hilfsstoffe. Die GO sieht in Punkt 10.1 bei Lieferung des Materials durch die Partnerfirmen vor, dass diese an die ARGE zu Tagespreisen „frei Baustelle“, die Anlieferung ist also inbegriffen, verkauft werden. Zu einer Rücknahme von Material sind die ARGE-Mitglieder nicht verpflichtet.

Zu den geringwertigen Wirtschaftsgütern zählt die VIBÖ Einrichtungsgegenstände, Kleingeräte, Werkzeuge und Ausrüstungen. Diese werden von den Partnerfirmen an die Arbeitsgemeinschaft verkauft, wobei die Verkaufspreise durch die VIB-Liste, durch die mittleren Neuwerte der ÖBGL oder durch Tagespreise festgelegt werden. Für die Verrechnung wird auf den Zustand des Gegenstandes Bezug genommen und zwischen neu und einwandfrei gebrauchsfähig unterschieden. Bei neuem Zustand erfolgt die Verrechnung bei Anlieferung zu 100 Prozent und bei Rücklieferung zu 90 Prozent. Ist der Gegenstand lediglich einwandfrei gebrauchsfähig, wird er bei Anlieferung mit 75 Prozent und bei Rücklieferung mit 50 Prozent abgegolten. Wird ein Werkzeug von der ARGE innerhalb eines Monats zurückgeliefert, wird kein Abzug für den Verschleiß berücksichtigt und es ist der volle Anlieferungspreis von dem ARGE-Mitglied, welches das Werkzeug zurücknimmt, zu bezahlen.

Nach dem Freiwerden von Gegenständen haben die Partnerfirmen das Recht beziehungsweise die Verpflichtung, diese auch wieder zurückzunehmen, sofern sie den Zustandswerten der einwandfreien Gebrauchsfähigkeit entsprechen. Gegenstände, welche über die Anlieferung hinaus gehen, können, müssen aber nicht von dem jeweiligen Gesellschafter zurückgenommen werden.

Ebenso werden Ersatzteile, welche von der Bauleitung angefordert und von den Partnerfirmen zur Verfügung gestellt werden, an die Arbeits-

gemeinschaft verkauft. Die Verrechnung erfolgt analog zu den geringwertigen Wirtschaftsgütern beziehungsweise durch einvernehmliche Festlegung der Beteiligten.¹⁶⁷

5.3.4 Personal

Die Geschäftsordnung unterscheidet im Punkt 11 grundsätzlich in Angestellte und Arbeiter und trifft jeweils unterschiedliche, jedoch in vielen Bereichen ähnliche Regelungen darüber. Des Weiteren wird zwischen Beistellung und Abstellung des Personals unterschieden. Verbleibt ein Angestellter oder ein Arbeiter im Verrechnungs- und Versicherungsstand einer Partnerfirma, so wird er der ARGE für die Durchführung des Bauvorhabens lediglich beigestellt. Dabei kann die Beistellung entweder unter Verrechnung der tatsächlichen Bezüge oder unter Verrechnung fixer Sätze erfolgen. Wird ein Angestellter oder ein Arbeiter einer Partnerfirma in den Verrechnungs- und Versicherungsstand der Arbeitsgemeinschaft überstellt, so spricht man von Abstellung. In diesem Fall ist die ARGE dann Arbeitgeber und es liegt ein Arbeitsvertrag vor. Dies ist trotz der fehlenden Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gesetzlich möglich und wird durch das Arbeitsrecht bestimmt. Nach Beendigung der Bauarbeiten beziehungsweise nach Auflösung der ARGE wird das abgestellte Personal wieder ihren Stammfirmen zurücküberstellt.

Zunächst werden die Regelungen der GO für Angestellte betrachtet. Das von der ARGE zur Durchführung des Bauvorhabens benötigte Personal ist von den Partnerfirmen beizustellen oder abzustellen, wobei dafür die Beteiligungsverhältnisse heranzuziehen sind, sofern der Firmenrat nicht abweichende Beschlüsse fasst. Werden Personalkräfte nur kurzfristig bis zu 30 Tagen benötigt, so sind diese auf jeden Fall beizustellen. Durch eine Beistellung oder Abstellung wird das Dienstverhältnis zur Partnerfirma, welche als Stammfirma bezeichnet wird, nicht berührt. Ist eine Neuaufnahme von Angestellten notwendig, so schreibt die GO vor, dass dies ausschließlich von den Partnerfirmen und nicht von der ARGE vorgenommen wird. Grundsätzlich sind technische Angestellte von derjenigen Gesellschaft aufzunehmen, welche mit der technischen Geschäftsführung beauftragt ist. Analog werden kaufmännische Angestellte von der mit der kaufmännischen Geschäftsführung beauftragten Partnerfirma aufgenommen. Der Firmenrat muss verrechenbaren Bezügen und freiwilligen Zuwendungen wie Bauprämien zustimmen. Eine Änderung der Gehälter ist mit der betreffenden Stammfirma abzustimmen. Außerkollektivvertragliche Änderun-

¹⁶⁷ Vgl. VIBÖ: Geschäftsordnung für Arbeitsgemeinschaftsverträge Auflage 1998; S. 16 und 17 Punkt 10 GO

gen müssen durch den Firmenrat abgesegnet werden. Offene Urlaubsansprüche sind durch die Stammfirma der kaufmännischen Geschäftsführung schriftlich zu melden. Die kaufmännische Verwaltung wiederum hat die Stammfirma über die Urlaubshaltung des Personales zu informieren.

Der Zeitraum der Beistellung oder Abstellung erstreckt sich von dem Zeitpunkt des Antrittes des Dienstes bei der ARGE bis zur Beendigung dieses Dienstes. Die Kosten für die Überstellung und Rücküberstellung muss von der ARGE getragen werden. Werden Angestellte frei, sind sie zum 15. oder Letzten eines Kalendermonats unter Einhaltung einer Frist von 30 Kalendertagen freizumelden. Die Arbeitsgemeinschaft hat die Bezahlung der Angestellten längstens bis zum Ende der Freimeldfrist zu übernehmen, wenn eine anderweitige Anstellung bei der Stammfirma nicht eher möglich ist. Fordert eine Stammfirma Angestellte zurück, so muss sie dafür die Zustimmung des Firmenrates einholen, welche damit die Angestellten freigibt. Eine Kündigung der Angestellten oder eine Kündigung durch diese kann nur bei der jeweiligen Stammfirma erfolgen. Entsteht durch das Fehlverhalten eines Angestellten ein Entlassungsgrund bei der ARGE, ist dies der Stammfirma sofort zu melden. Kündigt ein Angestellter bei der Stammfirma, so muss das der ARGE durch die Partnerfirma mitgeteilt werden. Die Angestellten unterliegen den Bestimmungen des Kollektivvertrages für Angestellte der Baugewerbe und der Bauindustrie.

Punkt 11.1.2 der GO gibt Auskunft über die Beistellung von Angestellten. Die Beistellung kann auf der einen Seite unter Verrechnung der tatsächlichen Bezüge erfolgen. Hierfür werden die laufenden Gehaltsbezüge samt allen Zulagen mit einem Zuschlag von 80 Prozent verrechnet. Dieser Zuschlag vergütet das anteilige 13. und 14. Monatsgehalt, Urlaub, Krankheit, Abfertigung, Feiertage, entgeltpflichtige Arbeitsverhinderungen und sämtliche gehaltsabhängige Kosten. In diesem Zuschlag nicht enthalten sind Aufwandsentschädigungen für Tage, an welchen keine Arbeitsleistung erbracht wird, allerdings laut Kollektivvertrag ein Anspruch auf Sondererstattung besteht. Dies betrifft zum Beispiel Trennungsgelder und Übernachtungsgeld. Ist für den Angestellten auf Grund der Arbeitssituation kein volles Monatsgehalt zu entrichten, wird hierfür für jeden geleisteten Arbeitstag ein Zweiundzwanzigstel des Monatsgehaltes vergütet. Dadurch werden nur tatsächliche Arbeitstage verrechnet. Für Jahresprämien und Bauabschlussprämien beträgt der Zuschlag 25 Prozent. Alle übrigen Bezüge werden ohne Zuschlag abgegolten.

Auf der anderen Seite kann die Beistellung unter Verrechnung fixer Sätze erfolgen. Bei dieser Variante bestehen für das Entgelt der Arbeitsleistung fixe Verrechnungssätze, welche vom Firmenrat festgelegt

werden. Dieses Entgelt wird von der ARGE an die Partnerfirmen überwiesen. Die Verrechnungssätze werden zwölfmal pro Jahr und mit einem Zuschlag von 80 Prozent entrichtet, wobei diese das 13. und 14. Gehalt, Urlaub, Krankheit, Abfertigung, Feiertage, entgeltpflichtige Arbeitsverhinderungen, sämtliche gehaltsabhängige Kosten und alle sozialen Aufwendungen vergüten. Wird eine Überstundenpauschale vereinbart, so wird diese nach den gleichen Grundsätzen berechnet. Nicht enthalten sind Überstunden außerhalb der Überstundenpauschale, Prämien, Sondererstattungen, sonstige kollektivvertragliche Zulagen wie zum Beispiel Höhenzulage, Schichtzulage usw. und sozialversicherungsfreie Kilometergelder. Diese Kosten werden nach Anfall vergütet. Beginnt oder endet die Beistellung während eines Monats, werden hierfür die Verrechnungssätze aliquot mit einem Zweiundzwanzigstel des Monatsbezuges berechnet, wobei nur die tatsächlich geleisteten Arbeitstage erfasst werden.

Die Abstellung von Angestellten an die ARGE wird im Punkt 11.1.3 der GO bestimmt. Die Überstellung und die Rücküberstellung werden stets zum Monatswechsel durchgeführt und werden durch den Beginn und das Ende der tatsächlichen Beschäftigung nicht beeinflusst. Die Abmeldung beim Sozialversicherungsträger erfolgt damit mit dem Monatsletzten, die darauffolgende Anmeldung mit dem nachfolgenden Monatsersten. In den Zeiträumen zwischen Beginn der Beschäftigung und Anmeldung beim Sozialversicherungsträger beziehungsweise zwischen Beendigung der Beschäftigung und Abmeldung beim Sozialamt findet eine gesonderte Verrechnung statt, welche mit einem Zuschlag von 80 Prozent versehen ist. Mit der Überstellung beziehungsweise Rücküberstellung sind die Personaldaten und die Verrechnungsunterlagen an die zuständige Personalverrechnung zu übermitteln. Werden die Angestellten rücküberstellt, sind die Urlaubsansprüche aus der Dienstleistung bei der ARGE mit den Urlaubshaltungen aufzurechnen, wobei Differenzen der Stammfirma entweder gutzuschreiben oder zu verrechnen sind.

Das 13. und 14. Gehalt wird zwischen der ARGE und der Stammfirma mit einem Zuschlag von 25 Prozent verrechnet. Ebenso fällt für Jahresprämien, Bauabschlussprämien und sozialversicherungspflichtige sonstige Bezüge ein Zuschlag von 25 Prozent an. Für alle sonstigen Bezüge wird kein Zuschlag angesetzt. Mit der letzten Gehaltszahlung sind die Urlaubsdifferenzen und das anteilige 13. und 14. Gehalt ebenfalls abzugelten. Abfertigungsansprüche werden dadurch berücksichtigt, dass die ARGE der Partnerfirma jährlich vier Prozent des sozialversicherungspflichtigen Jahresbezuges überweist. Ist die Beschäftigung nur unterjährig, so erfolgt die Vergütung aliquot. Dies hat jeweils bis zum 28. Februar des Folgejahres zu erfolgen. Während des Zeitraumes der Abstellung an die ARGE erhalten die Angestellten ihre

Bezüge von der Arbeitsgemeinschaft. Werden die Angestellten im Zeitraum der Abstellung krank, hat die Bau-ARGE den Gehalt bis zur Wiedergesundung beziehungsweise bis zum Ablauf der gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Fristen zu entrichten.

Die Regelungen für Arbeiter im Punkt 11.2 der GO sind in den meisten Punkten ähnlich zu jenen der Angestellten. Daher wird nur auf besondere Punkte, welche speziell für Arbeiter anders geregelt sind, eingegangen. Die Geschäftsordnung sieht vor, dass die Bauleitung von den Partnerfirmen bevollmächtigt wird, in deren Namen neue Arbeiter aufnehmen zu können. Dazu wird ein eigenes Aufnahmeformular verwendet, welches vom Arbeiter zu unterzeichnen und an die betreffende Stammfirma zu übermitteln ist. Dabei soll das Verhältnis der Berufskategorien ausgewogen sein. Ist die Quote ausgeglichen, werden neu aufgenommene Arbeiter in jener Reihenfolge den Partnerfirmen zugeordnet, wie diese im Gesellschaftsvertrag genannt werden. Werden Arbeitspartien aufgenommen, hat dies derart zu erfolgen, dass eine Teilung der Kolonne möglichst vermieden wird und diese im Gesamten einem ARGE-Mitglied zugeordnet werden. Die Verrechnung der Beistellung oder Abstellung von Arbeitern wird im Detail etwas abweichend zu den Bestimmungen für Angestellte geregelt, allerdings wird in dieser Arbeit nicht näher darauf eingegangen.¹⁶⁸

5.3.5 Weitere Bestimmungen der GO

Die Vergabe von Subunternehmerleistungen ist im Punkt 12 der Geschäftsordnung enthalten. Die voraussichtlichen Subunternehmerleistungen sind vor Beginn der Bauarbeiten von der technischen Geschäftsführung festzulegen und dem Firmenrat mitzuteilen. Vorschläge der ARGE-Mitglieder sind dabei zu berücksichtigen. In weiterer Folge werden diese Nachunternehmerleistungen von der technischen Geschäftsführung ausgeschrieben. Dabei besteht für die Partnerfirmen das Recht, hierfür zur Legung eines Angebotes eingeladen zu werden. Dies bedeutet, dass ein ARGE-Partner als Gesellschafter gegenüber der Arbeitsgemeinschaft Leistungen auch im Subunternehmerverhältnis erbringen kann. Vor allem bei einer Los-ARGE wird diese Möglichkeit der Vertragsgestaltung und Leistungserbringung angewendet. Des Weiteren sind die Gesellschafter im Zuge der Ausschreibung dazu berechtigt, Vorschläge darüber einzubringen, welche gesellschaftsfremden Firmen zur Angebotslegung eingeladen werden sollen. Wenn nach der Prüfung der Angebote eine Partnerfirma der ARGE, welche an der Vergabe der Subunternehmerleistungen teilgenommen hat, als

¹⁶⁸ Vgl. VIBÖ: Geschäftsordnung für Arbeitsgemeinschaftsverträge Auflage 1998; S. 17-22 Punkt 11 GO

Mustervertrag der VIBÖ

Bestbieter feststeht, ist der Zuschlag ohne weitere Preisverhandlungen an diese zu erteilen. Ist ein außenstehendes Unternehmen Bestbieter, so können die mitbietenden ARGE-Partner, welche ein Angebot abgeliefert haben, das nicht mehr als fünf Prozent über dem des Bestbieters liegt, ebenfalls in die Vertragsverhandlungen einsteigen.

Nach Punkt 13 der GO steht sowohl der technischen als auch der kaufmännischen Geschäftsführung eine Vergütung ihrer Leistungen für diese Tätigkeiten zu. Diese Vergütung ergibt sich aus einem im Vertrag festgelegten Prozentsatz, welcher sich auf die abgerechnete und anerkannte Nettoleistungssumme des Bauauftrages einschließlich aller Rechnungen für Neben- und Regieleistungen und aller Rechnungen an gesellschaftsfremde Dritte bezieht.

In der Geschäftsordnung sind unter Punkt 15 Bestimmungen über Abgaben und Beiträge angeführt. Die Zahlung von Steuern, Gebühren, Abgaben und Umlagen erfolgt demnach durch die Arbeitsgemeinschaft. Dabei werden die Kraftfahrzeugsteuer und die Straßenbenützungsabgabe von der ARGE entrichtet, die pauschalierte Elektrizitätsabgabe für mobile Stromaggregate hat jedoch durch die Partnerfirmen, welche diese an die ARGE vermieten, zu erfolgen. Alle Rechnungen, welche zwischen der Arbeitsgemeinschaft und den einzelnen Mitgliedern durch Lieferungen und Leistungen entstehen, sind grundsätzlich mit Nettopreisen auszustellen. Die zu entrichtende Umsatzsteuer wird laut dem Steuerrecht eigens auf der Rechnung ausgewiesen. Angelegenheit der ARGE-Mitglieder bleiben die Zugehörigkeit und die Beiträge zu Berufsverbänden und sonstigen Vereinen.

Im Allgemeinen beginnt nach Punkt 17.1 der Geschäftsordnung die Arbeitsgemeinschaft mit der Übernahme der Bauarbeiten und endet mit dem Ende der Bauarbeiten beziehungsweise mit dem Ende der sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten. Dabei ist zu beachten, dass die Bau-ARGE auf keinen Fall vor Ablauf der Gewährleistungsfrist aufgelöst werden kann. Nach § 933 Abs 1 ABGB beträgt die Gewährleistungsfrist für bewegliche Sachen zwei Jahre und für unbewegliche Sachen drei Jahre. Da es sich bei Bauwerken um unbewegliche Sachen handelt, gilt hierfür eine Gewährleistungsfrist von drei Jahren, innerhalb dieser die Arbeitsgemeinschaft fortbestehen muss. Ebenfalls kann die Bau-ARGE dann nicht beendet werden, wenn allfällige Sicherheiten, wie zum Beispiel der Deckungsbeitrag oder vor allem der Haftungsbeitrag, noch nicht freigeworden sind.

Der letzte Punkt der Geschäftsordnung behandelt den Gerichtsstand, Schlichtungsverfahren und das Schiedsgericht. In Punkt 19.1 der GO wird festgelegt, dass der Gerichtsstand der Arbeitsgemeinschaft der Sitz der selbigen ist. Ebenso werden Angaben über das Schiedsgericht, welches nach der GO aus drei Schiedsrichtern zu bestehen hat,

Mustervertrag der VIBÖ

und dem zugehörigen Schiedsverfahren getroffen. Allerdings soll zuvor auf jeden Fall ein Schlichtungsverfahren zur Streitbeilegung angestrebt werden.

Anhand all dieser Bestimmungen des Arbeitsgemeinschaftsvertrages und der Geschäftsordnung kann man die Notwendigkeit dieser für die Baupraxis eindeutig erkennen, denn die rein gesetzlichen Vorschriften gehen viel zu wenig auf die Thematik des Bauwesens ein. Daher ist es in der Bauwirtschaft üblich, diese Vertragsvorlagen zu verwenden und im Bedarfsfall abzuändern beziehungsweise zu ergänzen.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Vgl. VIBÖ: Geschäftsordnung für Arbeitsgemeinschaftsverträge Auflage 1998; S. 22-28

6. Sonstige Rechtsgebiete

Der Schwerpunkt der gesetzlichen Regelungen über die Arbeitsgemeinschaft beziehungsweise die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird durch das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch und das Unternehmensgesetzbuch gebildet. Darüber hinaus gibt es jedoch einige andere Gesetze, welche für diese Gesellschaftsform ebenfalls von Bedeutung sind. Dazu zählen zum Beispiel das Steuerrecht, das Arbeitsrecht, Vorschriften über das zivilgerichtliche Verfahren, das Insolvenzrecht, das Gewerberecht sowie auch internationales Recht und einiges mehr. In diesem Hauptkapitel wird auf ein paar dieser Rechtsgebiete etwas näher eingegangen, allerdings soll lediglich ein kurzer Einblick in die Materie geschaffen werden und eine ausführliche Betrachtung aus Gründen des enormen Umfangs nicht stattfinden.

6.1 Steuerrecht

Im Steuerrecht sind verschiedene Arten von Steuern zu finden, wobei in dieser Arbeit nur die wesentlichen behandelt werden. Zunächst gibt es die Einkommensteuer (kurz „ESt“), welche im Einkommensteuergesetz (kurz „EStG“) geregelt ist. Nach § 1 Abs 1 EStG sind nur natürliche Personen einkommensteuerpflichtig. Natürliche Personen stellen somit das Steuersubjekt für die ESt dar. In § 2 Abs 3 EStG werden dazu die sieben Einkunftsarten aufgelistet, welche Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, aus selbstständiger Arbeit, aus Gewerbebetrieb, aus nichtselbstständiger Arbeit, aus Kapitalvermögen, aus Vermietung und Verpachtung und sonstige Einkünfte umfassen. Die Kapitalertragsteuer (kurz „KESt“) ist für bestimmte inländische Zins- und Ausschüttungserträge vorgesehen und wird ebenfalls im Einkommensteuergesetz unter §§ 93 ff EStG geregelt. Sie beträgt laut § 95 EStG 25 Prozent.

Daneben gibt es die Körperschaftsteuer (kurz „KöSt“), welche durch das Körperschaftsteuergesetz (kurz „KStG“) bestimmt wird. Steuersubjekt hierfür sind nach § 1 Abs 1 KStG nur Körperschaften, also juristische Personen. Dies bedeutet, dass die Gesellschaft, sofern sie eine Körperschaft ist, besteuert wird. Die KöSt beträgt, wie dies in § 22 KStG angegeben wird, 25 Prozent.

Sonstige Rechtsgebiete

Darüber hinaus existiert die Umsatzsteuer (kurz „USt“), für welche das Umsatzsteuergesetz (kurz „UStG“) maßgebend ist. Sie stellt eine Mehrwertsteuer dar, weshalb sie des Öfteren auch so bezeichnet wird. Ihr unterliegen nach § 1 Abs 1 Z 1 UStG Lieferungen und sonstige Leistungen, welche durch einen Unternehmer im Inland entgeltlich im Rahmen seines Unternehmens erbracht werden.

Auf der einen Seite gibt es natürliche Personen. Diese unterliegen der Einkommensteuer. Auf der anderen Seite gibt es Personengesellschaften und Körperschaften beziehungsweise juristische Personen. Für die Besteuerung dieser beiden Gesellschaftsformen wird zwischen dem Durchgriffsprinzip und dem Trennungsprinzip unterschieden.

Aus ertragsteuerlicher Sicht, damit sind die ESt, KEST und KöSt, nicht jedoch die USt gemeint, werden Personengesellschaften, zu welchen die GesBR beziehungsweise ARGE zählt, nicht als Steuersubjekt anerkannt. Dies hat zur Folge, dass der erwirtschaftete Gewinn nicht von der Gesellschaft sondern nur von den einzelnen Gesellschaftern zu versteuern ist. Auf Grund ihrer Beteiligung oder auf Grund gesellschaftsvertraglicher Regelungen erhalten die einzelnen Gesellschafter einen aliquoten Anteil am erzielten Gewinn der Gesellschaft, welcher von den Mitgliedern zu versteuern ist. Diese Art der Besteuerung wird Durchgriffsprinzip oder Transparenzprinzip genannt und gilt für Personengesellschaften.

Im Gegensatz dazu werden Körperschaften beziehungsweise juristische Personen, also zum Beispiel Kapitalgesellschaften wie die GmbH und die AG, nach dem Trennungsprinzip besteuert. Körperschaften werden aus ertragsteuerlicher Sicht sehr wohl als eigenes Steuersubjekt anerkannt und unterliegen der KöSt. Hierbei sind die Gesellschaft selbst und die beteiligten Gesellschafter steuerlich getrennt zu betrachten. Beide Seiten stellen somit ein eigenes Steuersubjekt dar und es kommt zu einer steuerlichen Doppelbelastung. Dies darf jedoch nicht mit dem Begriff der Doppelbesteuerung verwechselt werden.¹⁷⁰ Dazu wird ein kurzes Beispiel angeführt. Eine GmbH erzielt einen Gewinn von 100 Euro und will diesen an die Gesellschafter, welche natürliche Personen sind, ausschütten. Zunächst wird die Gesellschaft, da es sich um eine Köperschaft handelt, besteuert, welcher der KöSt unterliegt. Somit werden 25 Prozent für die KöSt entrichtet, wodurch noch 75 Euro vom Gewinn verbleiben. Diese Summe wird anteilig auf die Gesellschafter ausgeschüttet. Danach haben diese wiederum ihren Gewinnanteil zu versteuern. Da es sich hierbei um Einkünfte aus Kapitalerträgen handelt, ist die KEST anzuwenden. Also werden von den

¹⁷⁰ Vgl. KLEINER, F.: Steuerrecht – Skriptum; S. 24

insgesamt 75 Euro nun 25 Prozent für die KEST abgezogen und es bleiben als reiner Gewinn für die Gesellschafter 56,25 Euro über. Die gesamte Steuer beträgt in diesem Fall daher 43,75 Euro. Durch dieses Trennungsprinzip entsteht also eine steuerliche Doppelbelastung, da einerseits die KöSt und anschließend die KEST abgezogen werden.¹⁷¹

Bei der Besteuerung von Personengesellschaften ist es von Bedeutung, ob diese betriebliche Einkünfte oder ausschließlich außerbetriebliche Einkünfte erzielen. Als an dritter Stelle angeführte Einkunftsart bezeichnet § 2 Abs 3 Z 3 EStG Einkünfte aus Gewerbebetrieb und verweist auf § 23 EStG, welcher diese genauer regelt. Werden betriebliche Einkünfte erwirtschaftet, so wird die Personengesellschaft als sogenannte Mitunternehmerschaft angesehen. Diese weisen Merkmale wie Unternehmerinitiative, Unternehmerwagnis, Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie Beteiligung am Vermögen und an den Schulden auf und sind daran zu erkennen.¹⁷² Im § 23 Z 2 EStG werden als Beispiele für den Begriff Mitunternehmer die OG und die KG angegeben, allerdings wird der Begriff nicht näher erläutert. Man kann aber daraus schließen, dass für eine Mitunternehmerschaft derartige Eigenschaften vorhanden sein müssen, welche die OG und KG aufweisen. Diese sind vergleichbar mit den zuvor angeführten Merkmalen. Neben der OG und KG kommen auch die GesbR und die EWIV für eine Mitunternehmerschaft in Betracht. Ob dies auch für die „Stille Gesellschaft“ anzunehmen ist, hängt davon ab, ob es eine echte oder unechte „Stille Gesellschaft“ ist. Bei der echten „Stillen Gesellschaft“ ist der stille Gesellschafter bloß am Gewinn beteiligt und erbringt keine Unternehmereigenschaften, weshalb in diesem Fall auch keine Mitunternehmerschaft anzunehmen ist. Die unechte „Stille Gesellschaft“ kann jedoch als eine Mitunternehmerschaft angesehen werden. Somit besteht für die Bau-ARGE in der Regel eine Mitunternehmerschaft. Durch diese Mitunternehmerschaft ergeben sich steuerrechtliche Konsequenzen. Der Gewinn der Mitunternehmerschaft wird nicht bei der Gesellschaft, sondern bei den jeweiligen Gesellschaftern besteuert. Dies entspricht dem Durchgriffsprinzip. Der anteilige Gewinn der Mitunternehmer, welche natürliche Personen sind, stellt keine Einkünfte aus Kapitalvermögen, sondern betriebliche Einkünfte dar und ist somit § 2 Abs 3 Z 3 EStG zuzuordnen. Die ARGE-Partner werden somit nicht als bloße Kapitalgeber, sondern als Unternehmer, genauer formuliert als Mitunternehmer angesehen. Des Weiteren sind Vergütungen für die Geschäftsführung ebenfalls als betrieb-

¹⁷¹ Vgl. KLEINER, F.: Steuerrecht – Skriptum; S. 35

¹⁷² Vgl. KLEINER, F.: Steuerrecht – Skriptum; S. 24 und 25

liche Einkünfte und nicht als außerbetriebliche Einkünfte zu versteuern.¹⁷³

In weiterer Folge wird die Anwendung der Besteuerung auf die GesbR beziehungsweise ARGE, für welche das Durchgriffsprinzip gilt, anhand einiger Beispiele, welche verschiedene Gesellschaftskonstellationen aufweisen, erläutert.

Beispiel 1: Eine ARGE besteht aus drei Gesellschaftern, welche jeweils natürliche Personen sind. Die Arbeitsgemeinschaft selbst hat keine eigene Rechtspersönlichkeit und wird ertragsteuerlich nicht als eigenständiges Steuersubjekt angesehen. Da das Durchgriffsprinzip anzuwenden ist, wird die ARGE selbst nie besteuert. Die Steuerpflicht kommt ausschließlich den Gesellschaftern zu. Da in diesem Beispiel alle Mitglieder natürliche Personen sind, gilt für diese die Einkommensteuer. Wie bereits erwähnt werden Bau-ARGEN als Mitunternehmerchaften angesehen und die Einkunftsart zählt zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb.

Beispiel 2: Eine ARGE besteht aus zwei Gesellschaftern, wobei Mitglied A eine GmbH und Partnerfirma B eine OG ist. Wiederum wird die ARGE nicht besteuert, sondern ihre einzelnen Gesellschafter. Gesellschafter A ist eine GmbH und stellt damit eine Körperschaft dar. Für ihn ist das Trennungsprinzip anzuwenden. Dies bedeutet der GmbH wird die KöSt abgezogen und in weiterer Folge haben die einzelnen Gesellschafter der GmbH die KEST zu entrichten, wenn es sich bei den Gesellschaftern um natürliche Personen handelt. Besteht die GmbH aus juristischen Personen, so ist für diese analog vorzugehen und das Trennungsprinzip anzuwenden. Dies geschieht solange, bis man alle Verkettungen aufgelöst hat und die natürlichen Personen die KEST abgeführt haben. Gesellschafter B ist eine OG, für welche das Durchgriffsprinzip besteht. Somit wird die OG selbst nicht als Steuersubjekt herangezogen, sondern deren einzelnen Gesellschafter haben ihren Gewinn zu versteuern. Besteht die OG aus natürlichen Personen, haben diese die ESt zu bezahlen, wobei Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorliegen. Sind juristische Personen an der OG beteiligt, so ist für diese wiederum das Trennungsprinzip anzuwenden.

Eine Regelung über die Betriebsstätte betreffend die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist in § 2 Abs 4 EStG zu finden. Darin wird angegeben, dass die Betriebsstätte einer GesbR, welche ja keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, anteilig als Betriebsstätte der einzelnen Mitglieder anzusehen ist, allerdings nur dann, wenn sich ihr alleiniger Zweck

¹⁷³ Vgl. DORALT, W.; RUPPE, H.: Steuerrecht Band I; S. 187-189

auf die Erfüllung eines einzigen Werkvertrages beschränkt. Ebenso wird hier ausdrücklich erwähnt, dass Einkünfte aus der Tätigkeit der OG, KG sowie aus einer Mitunternehmerschaft als gewerbliche Einkünfte zu versteuern sind.

Im § 1 Abs 1 UStG wird angegeben, für welche Umsätze die USt zu entrichten ist. § 2 Abs 1 UStG definiert einen Unternehmer dadurch, dass er eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbstständig ausübt, die Tätigkeit nachhaltig ist und der Erzielung von Einnahmen, nicht jedoch zwingend eines Gewinnes, dient. Da eine Bau-ARGE diese Unternehmereigenschaften der Selbstständigkeit, Nachhaltigkeit und Absicht zur Erzielung von Einnahmen erfüllt, ist sie als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs 1 UStG anzusehen und daher umsatzsteuerpflichtig. Somit erhält sie trotz mangelnder Rechtspersönlichkeit durch das Umsatzsteuergesetz Rechte und Pflichten, was eine gesetzliche Sonderregelung darstellt.^{174 175 176}

6.2 Arbeitsrecht

Durch das Arbeitsrecht werden der Arbeitsgemeinschaft ähnlich wie im Steuerrecht besondere Eigenschaften, welche vergleichbar mit jenen einer juristischen Person sind, eingeräumt. So kann die ARGE zum Beispiel über ihre Organe Arbeitnehmer einstellen. Da die GesbR jedoch keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, können streng genommen nur die einzelnen Gesellschafter gemeinsam Arbeitgeber für in die ARGE aufgenommenes Personal sein. Auf die Beistellung und Abstellung von Personal wurde bereits im Kapitel über die Geschäftsordnung der VIBÖ näher eingegangen.

Die Bestellung eines Zentralbetriebsrates, welcher aus den Betriebsräten der einzelnen Partnerfirmen bestehen würde, ist für die Bau-ARGE nicht notwendig. Stattdessen ist ein einheitlicher, eigener Betriebsrat zu bestellen, da die Baustelle der ARGE als Betrieb im Sinne des Arbeitsverfassungsgesetzes ausgelegt wird.

Führt eine ARGE einen eigenen Betrieb, wie dies bei einer klassischen ARGE der Fall ist, so gilt für alle Arbeitnehmer innerhalb der Arbeitsgemeinschaft das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot. Für eine

¹⁷⁴ Vgl. KLEINER, F.: Steuerrecht – Skriptum; S. 41 ff

¹⁷⁵ Vgl. STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I; S. 5:14 und 5:15

¹⁷⁶ Vgl. DORALT, W.: Kodex Steuergesetze 2008; EStG, KStG und UStG

Los-ARGE hat dies keine Gültigkeit, da in diesem Fall die ARGE aus mehreren Betrieben, welche durch die einzelnen Partnerfirmen im Zuge der Durchführung ihres Loses gebildet werden, besteht. Nähere Regelungen im Arbeitsrecht werden nicht betrachtet, allerdings wird darauf hingewiesen, dass die einschlägigen Bestimmungen der Kollektivverträge zwingendes Recht darstellen, welches somit nicht vertraglich abbedungen werden darf. Vereinbarungen im Arbeitsvertrag, welche den Arbeitnehmer besser, als durch den Kollektivvertrag vorgesehen, stellen, sind allerdings erlaubt.¹⁷⁷

6.3 Zivilgerichtliches Verfahren

Das zivilgerichtliche Verfahren stellt einen besonders wichtigen Schwerpunkt für das Rechtswesen in Österreich dar. Im Kapitel über die gesetzlichen Regelungen im ABGB wurde bereits erwähnt, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Prozess nicht parteifähig ist. Sie kann somit weder klagen noch geklagt werden. Wie auch bei anderen rechtlichen Belangen sind die einzelnen Gesellschafter Träger von Rechten und Pflichten und stellen somit die Partei im Prozess. Dies wird in der Zivilprozessordnung im § 373 Abs 3 ZPO geregelt, worin für alle anderen Gesellschaften, welche keine OG oder KG sind, gilt, dass ihre gesetzlichen Vertreter als Partei in Rechtsstreitigkeiten zu behandeln sind.¹⁷⁸

6.4 Insolvenzrecht

Seit 01.07.2010 gibt es die neue Insolvenzordnung, welche die alte Konkursordnung abgelöst hat. Zur Erfüllung von zweiseitigen Rechtsgeschäften sind im § 21 IO Vorschriften, welche auch für die Bau-ARGE bedeutend sind, festgelegt. Unter zweiseitige Rechtsgeschäfte fallen zum Beispiel Werkverträge im Bauwesen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, welcher ebenso eine Arbeitsgemeinschaft sein kann. „Ist ein zweiseitiger Vertrag von dem Schuldner und dem anderen Teil zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht oder nicht vollständig erfüllt worden, so kann der Insolvenzverwalter entweder an Stelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und vom ande-

¹⁷⁷ Vgl. STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I; S. 5:14

¹⁷⁸ Vgl. DORALT, W.: Kodex Zivilgerichtliches Verfahren 2010/11; § 373 Abs 3 ZPO

ren Teil Erfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten.“¹⁷⁹ Diese Bestimmung ist also dann maßgebend, wenn während der Durchführung eines Bauvorhabens und somit während eines laufenden Werkvertrages zwischen Bauherr und Auftragnehmer eine Partnerfirma der ARGE insolvent wird, also das Insolvenzverfahren über ein ARGE-Mitglied eröffnet wird. Mit Schuldner ist in der Insolvenzordnung der insolvent gewordene Unternehmer gemeint, mit dem anderen Teil der Gläubiger. Wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens stattfindet, werden dem betroffenen Gesellschafter sämtliche Rechte und Pflichten an dem Unternehmen entzogen, der Insolvenzverwalter tritt an seine Stelle und übernimmt sozusagen seine Geschäfte. Alle laufenden Projekte und somit noch nicht beziehungsweise nicht vollständig erfüllten zweiseitigen Verträge werden vom Insolvenzverwalter untersucht und beurteilt, ob sich das Erfüllen des Vertrages lohnt oder ein Rücktritt vom Vertrag wirtschaftlich sinnvoller ist. Die Entscheidung, ob der Vertrag erfüllt wird oder nicht, liegt also beim Insolvenzverwalter.

Die Gläubiger, also in diesem Fall der Auftraggeber der Bau-ARGE, können nicht vom Bauvertrag, welcher mit der ARGE, genauer gesagt mit allen ARGE-Partnern, geschlossen wurde, zurücktreten. Im Werkvertrag kann also nicht gültig vereinbart werden, dass im Falle der Insolvenz eines ARGE-Mitgliedes der Bauherr entweder fristlos kündigen kann oder der Vertrag sogar automatisch erlischt, denn die Insolvenzordnung lässt dies nicht zu. Das Rücktrittsrecht ist allein dem Insolvenzverwalter eingeräumt. Der Grund dieser gesetzlichen Vorschrift liegt darin, dass das Bemühen vorliegt, den insolvent gewordenen Unternehmer wieder zu sanieren. Würden jedoch alle Aufträge erlöschen, weil die Auftraggeber vom Vertrag zurücktreten dürften, dann wäre eine Sanierung erst gar nicht möglich, denn es würden keine Erträge mehr zufließen. Daher soll vorrangig das Ziel sein, die bestehenden Aufträge aufrecht zu erhalten und auch zu erfüllen.

Wie lange der Insolvenzverwalter Zeit hat, um die Entscheidung über Rücktritt vom Vertrag oder eben Erfüllung zu treffen, wird im § 21 Abs 2 IO angegeben. „Der Insolvenzverwalter muß sich darüber spätestens binnen einer vom Insolvenzgericht auf Antrag des anderen Teiles zu bestimmende Frist erklären, widrigens angenommen wird, daß der Insolvenzverwalter vom Geschäfte zurücktritt. Die vom Insolvenzgericht zu bestimmende Frist darf frühestens drei Tage nach der Berichtstagsatzung enden. Im Falle des Rücktrittes kann der andere Teil den Ersatz des ihm verursachten Schadens als Insolvenzgläubiger verlangen. Ist der Schuldner zu einer nicht in Geld bestehenden Leis-

¹⁷⁹ Vgl. DORALT, W.: Kodex Zivilgerichtliches Verfahren 2010/11; § 21 Abs 1 IO

tung verpflichtet, mit deren Erfüllung er in Verzug ist, so muss sich der Insolvenzverwalter unverzüglich nach Einlangen des Ersuchens des Vertragspartners, längstens aber innerhalb von fünf Arbeitstagen erklären. Erklärt er sich nicht binnen dieser Frist, so wird angenommen, dass er vom Geschäft zurücktritt.“¹⁸⁰ Ist die Bau-ARGE zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit ihrer vertraglich zu erfüllenden Leistung im Verzug, so hat der Insolvenzverwalter also nur fünf Werktage Zeit, um seine Entscheidung zu treffen. § 21 Abs 2 IO kann auf das Bauwesen angewendet werden, denn die Bauleistung eines Bauunternehmens beziehungsweise einer Arbeitsgemeinschaft ist eine nicht in Geld bestehende Leistung. Ist die ARGE jedoch nicht in Verzug, hat der Insolvenzverwalter für seine Entscheidung sechs Monate Zeit. Der Unterschied dieser beiden Fristen, welche durch das Gesetz vorgeschrieben werden, ist ein recht großer. Auf der einen Seite ist die Frist von fünf Tagen eine sehr kurze und der Insolvenzverwalter bekommt nur sehr wenig Zeit, um sich mit der Entscheidung genau auseinander setzen zu können. Auf der anderen Seite ist der Zeitraum von sechs Monaten, während denen der Auftraggeber nicht weiß, ob der Vertrag erfüllt wird und das Bauvorhaben vollendet wird oder nicht, weil der Insolvenzverwalter innerhalb dieser Frist stets vom Vertrag zurücktreten kann, für den Bauherrn eher als unzumutbar und unangenehm anzusehen.

Wenn der Auftraggeber zu einer Vorausleistung verpflichtet ist, kann er nach § 21 Abs 3 IO seine Leistung so lange zurückhalten, bis die Gegenleistung sichergestellt oder erbracht wird. Dies setzt jedoch zwingend voraus, dass er zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses über die schlechten Vermögensumstände des Schuldners nicht Bescheid wissen musste. Wenn ein Vertragspartner bereits Teile seiner Leistung zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über den anderen Vertragspartner erfüllt hat, so sieht § 21 Abs 4 IO vor, dass er für die Höhe seiner dadurch entstehenden Forderung Insolvenzgläubiger wird.¹⁸¹

6.5 Gewerberecht

Dieses Rechtsgebiet wird durch die Gewerbeordnung geregelt. Nach § 9 Abs 1 GewO ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts weder eine juristische Person noch eine Personengesellschaft des Handelsrech-

¹⁸⁰ Vgl. DORALT, W.: Kodex Zivilgerichtliches Verfahren 2010/11; § 21 Abs 2 IO

¹⁸¹ Vgl. DORALT, W.: Kodex Zivilgerichtliches Verfahren 2010/11; § 21 Abs 3 und 4 IO

tes, zu welchen die OG und KG zählen. Allerdings können nur natürliche und juristische Personen sowie die OG und KG ein Gewerbe ausüben. Dies bedeutet, dass auf Grund von § 9 Abs 1 GewO und des daraus ableitbaren Umstandes, dass die GesbR keine eigene Rechtspersönlichkeit aufweist, diese Gesellschaften und somit auch eine ARGE keine Gewerbeberechtigung erhalten und kein Gewerbe ausüben können. Nur die einzelnen Gesellschafter können Rechtssubjekt sein und daher können auch nur sie eine Gewerbeberechtigung besitzen. Die Partnerfirmen einer Bau-ARGE führen die Bauarbeiten gemeinsam durch, das Gesellschaftsvermögen steht unter Miteigentum, sie stellen gemeinsam eine Rechnung aus und sie haften solidarisch. Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, dass jeweils jeder Gesellschafter für sich alle für das gesamte Bauvorhaben erforderlichen Gewerbeberechtigungen besitzen muss. Welches Mitglied welche gewerberechtliche Leistung tatsächlich erbringt, beeinflusst diese Vorschrift nicht. Jede Partnerfirma muss die gewerberechtlichen Voraussetzungen für das komplette Bauvorhaben mit sich bringen. Wenn jedes Mitglied nur jene Gewerbeberechtigung aufweist, welche sie für ihren Teil der Arbeit benötigt, sind die gesetzlichen Vorschriften nicht erfüllt. Dies sieht der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung VwGH 11. 4. 1980, 2161/78; ZfVB 1981, 1303 ebenfalls so. Zu beachten ist, dass die Gewerbeordnung zwingendes Recht und somit unbedingt zu befolgen ist. Daher ist es für die Praxis sinnvoll, dass bereits zum Zeitpunkt der Gründung einer ARGE geprüft wird, ob die Voraussetzungen der Gewerbeordnung von jeder Partnerfirma erfüllt werden. Klären sich die Gesellschafter nicht über eine allenfalls fehlende Gewerbeberechtigung auf, kann daraus eine Ersatzpflicht entstehen, da es sich um ein vorvertragliches Schuldverhältnis handelt. Wenn die Arbeitsgemeinschaft bereits besteht und es wird das Fehlen einer gewerberechtlichen Voraussetzung aufgedeckt, kann dies zu einem Ausschluss des betroffenen Mitgliedes aus der ARGE führen. Meist entstehen gewerberechtliche Problem in der Baupraxis dadurch, dass nicht alle Arbeiten des Bauauftrages durch das Gewerbe des Baumeisters abgedeckt werden. Dieses Problem kann so gelöst werden, indem man durch Beauftragung von Subunternehmern, welche die Gewerbeberechtigungen besitzen, die Bauarbeiten durchführen lässt. Wird das Gewerbe recht missachtet, kann man nach § 9 Verwaltungsstrafgesetz dafür verwaltungsstrafrechtlich belangt werden.^{182 183}

¹⁸² Vgl. STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I; S. 5:39 und 5:40

¹⁸³ Vgl. KREJCI, H.: Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft; S. 269-273

7. Praxisgespräch

Im Zuge dieser Arbeit wurde abschließend ein Praxisgespräch mit Herrn Dipl.-Ing. Dr. Christian Theuermann von der Baufirma Kostmann geführt. Durch seine Tätigkeit im Bereich der kaufmännischen Geschäftsführung und in Zusammenarbeit mit anderen Baufirmen in Form von Arbeitsgemeinschaften konnten Erfahrungen aus der Baupraxis in diese Arbeit eingebracht werden. Ziel war es vor allem auf spezielle Fragestellungen eine praxisgerechte Antwort zu erhalten. Die in diesem Hauptkapitel angeführten Aussagen sind aus dem Praxisgespräch entstanden und wurden frei formuliert wieder gegeben.

Wie werden Sachen in die Bau-ARGE eingebracht?

Sachen werden bei einer Bau-ARGE im Regelfall *quoad usum*, also lediglich zum Gebrauch eingebracht. Dies bedeutet, dass zum Beispiel ein Bagger der Arbeitsgemeinschaft zur Verfügung gestellt wird und eine Verrechnung nach vereinbarten Sätzen erfolgt. Das kommt einer Vermietung der Geräte gleich. Als Stammkapital werden von jeder Partnerfirma jeweils in etwa 500 bis 1.000 Euro eingebracht. Damit ist ein gemeinsamer Hauptstamm gegründet. Der Betrag wird in den meisten Fällen sehr niedrig angesetzt und dient nur der Formerfüllung, ein gemeinschaftliches Vermögen zu gründen. Grundsätzlich wird versucht so wenig Vermögen wie möglich in die Gesellschaft einzubringen, denn man will die ARGE nach Beendigung des Bauvorhabens so schnell wie möglich wieder auflösen und alles abschließen. Wäre nun viel gemeinschaftliches Vermögen unter Miteigentum, würde dies die Auflösung verkomplizieren und eventuell sogar zu Streitigkeiten führen, wem welche Sache beziehungsweise welches Vermögen zusteht. Es ist auch nicht immer sinnvoll und tunlich, ein Gerät an die ARGE für die Dauer des Bauprojektes zu verkaufen, da man es nach der Auflösung der Gesellschaft zurückkaufen muss, wenn man es wieder in sein Eigentum bringen will. Ein weiterer Nachteil, wenn man eine Sache *quoad dominium* einbringt, ist, dass man das alleinige Eigentum und die alleinige Verfügungsmacht an der Sache verliert. Dies ist bei den meisten Bauunternehmen jedoch nicht erwünscht. Daher werden nur wenige Sachen in das gemeinsame Eigentum gestellt. Stattdessen werden Leistungen erbracht, welche dann verrechnet werden.

Wie wird die Solidarhaftung in der Baupraxis gehandhabt?

Für eine Arbeitsgemeinschaft im Bauwesen gilt definitiv eine Solidarhaftung, wobei es gesetzlich so geregelt ist, dass der Geschädigte beziehungsweise die Person, welche eine Forderung gegen die Gesellschafter offen hat, das Wahlrecht besitzt, wen und wie viele sie für die Schuld belangt. Im Normalfall wird auf jene Partnerfirmen zurückgegriffen, welche eine positive Bilanz aufweisen, denn von ihnen ist eine Deckung der ausständigen Summe am wahrscheinlichsten zu erwarten. Dass wirklich nur ein Mitglied die gesamte Schuld begleichen muss, und sich dann zwar intern durch Regress schad- und klaglos halten kann, kommt in der Bauwirtschaft sehr selten vor. Meist teilen sich die Gesellschafter die Schuld im Verhältnis ihrer Beteiligung und stehen gemeinsam gegenüber dem Gläubiger für die Verbindlichkeit ein.

Wird im Bauwesen darauf geachtet, dass jedes ARGE-Mitglied die gesamten gewerberechtlichen Voraussetzungen erfüllt?

Die Gewerbeberechtigungen sind von allen ARGE-Mitgliedern zu erbringen. Dies sieht das Gesetz so vor und hat in der Praxis auch umgesetzt zu werden. Allerdings wird das von den Gründern einer Bau-ARGE nicht immer genau überprüft beziehungsweise beachtet, denn man legt das Augenmerk meist auf andere Problemstellungen, wie die technische Durchführbarkeit des Bauvorhabens oder kaufmännische und wirtschaftliche Bedingungen. Betreibt bei einer ARGE zum Beispiel ein Mitglied den Transport und das andere das Baumeistergewerbe, müssen trotzdem beide Gesellschafter beide Gewerbeberechtigungen besitzen. Selbiges gilt beispielsweise für eine Arbeitsgemeinschaft zwischen einem Elektriker und einem Installateur.

Wie oft kommt es vor, dass eine Bau-ARGE auf Grund der Überschreitung des Schwellenwertes nach § 189 UGB in eine OG oder KG umgewandelt werden muss?

In vielen Fällen besteht eine Bau-ARGE nicht länger als ein Jahr und eine Umwandlung in eine OG oder KG auf Grund der Überschreitung des Schwellenwertes nach § 189 UGB wird somit nicht zwingend notwendig. Darüber hinaus kann man den Bilanzstichtag auch abweichend vom Kalenderjahr frei wählen und somit das Geschäftsjahr an die Baudauer optimal anpassen. Dauern die Bauarbeiten über ein Jahr an, hilft diese Wahlmöglichkeit nichts mehr. In der Praxis kommt es allerdings trotzdem so gut wie nie vor, dass eine ARGE in eine OG oder KG umgewandelt wird. Es existieren auch Arbeitsgemeinschaften

in der Form einer GesbR, welche auf unbestimmte Zeit gegründet wurden. Hierbei ist zu erwähnen, dass das Einhalten der gesetzlichen Vorschriften durch die Exekutive aus organisatorischen und kapazitiven Gründen nicht immer im vollen Ausmaß möglich ist und dadurch einige Fälle unentdeckt bleiben.

Wie oft kommt es zu Streitigkeiten in Bau-ARGEN?

Bei Arbeitsgemeinschaften im Bauwesen kommt es selten zu internen Streitigkeiten zwischen den einzelnen Gesellschaftern. Generell einigt man sich zuvor über den Gesellschaftsvertrag und ist sich somit den vorliegenden Umständen bewusst. Wenn, dann kommt es am wahrscheinlichsten bei der Auflösung der ARGE zu Auseinandersetzungen. Dies ist vor allem der Fall, wenn noch viel Vermögen im gemeinschaftlichen Miteigentum der Gesellschafter vorhanden ist und sich diese nicht einigen können, wem welcher Anteil zusteht. Des Öfteren wird am Ende der gemeinsamen Arbeiten auch versucht, noch zusätzliche Leistungen, welche noch nicht abgegolten wurden, gegenüber den anderen Mitgliedern zu verrechnen, um sich noch etwas Geld aus der ARGE holen zu können. Dies ist in etwa mit Nachtragsstellungen zu vergleichen, durch welche viele Bauunternehmen gerne versuchen, ein eventuell entstandenes Minus zu kaschieren.

Praxisempfehlungen:

Abschließend werden ein paar Ratschläge und Empfehlungen aus der Praxis angeführt, welche für die Beteiligung an einer ARGE hilfreich sein können. Wie bereits erwähnt sollte man so wenig wie möglich in die Gesellschaft einbringen und lediglich Leistungen nach zuvor festgelegten Sätzen verrechnen. An der Entstehung von Gesellschaftsvermögen in einer ARGE hat kein Beteiligter Interesse, denn man will diese nach Beendigung des Bauprojektes schnell wieder auflösen.

Von großem Vorteil ist es, wenn man mit der kaufmännischen Geschäftsführung beauftragt wird, denn dann hat man einen besseren Einblick in die Finanzen und mehr Einfluss darauf. Man weiß, was verrechnet wird und kann sich eventuell für das eigene Unternehmen Vorteile verschaffen. Ist man nicht in der kaufmännischen Geschäftsführung tätig, hat man viele andere Aufgaben zu erledigen. Man muss sich zum Beispiel um den Ablauf der Bauarbeiten kümmern, technische und organisatorische Probleme lösen oder darauf achten, dass die Termine eingehalten werden. Dann bleibt weniger Zeit übrig, um die ausgestellten Rechnungen der ARGE-Partner genau zu prüfen und so kann ein Nachteil für die eigene Baufirma entstehen. Obliegt einem

Praxisgespräch

jedoch die kaufmännische Geschäftsführung, muss man sich mit diesen Tätigkeiten automatisch beschäftigen und hat daher einen besseren Überblick.

Besonders große Bedeutung kommt den Partnerfirmen, mit welchen man eine ARGE gründet, zu. Hierbei ist darauf zu achten, dass diese finanziell abgesichert sind und eine positive Bilanz vorweisen können. Dies hat unter anderem den Grund, dass man sich in dem Fall, dass man allein für eine gesamte Schuld haften muss, gerne die Sicherheit verschafft, dass man intern erfolgreich Regress fordern kann. Ebenso spielen Referenzen für die Beurteilung der anderen Gesellschafter eine wichtige Rolle. Häufig schließt man sich immer wieder mit denselben Bauunternehmen zu einer ARGE zusammen, sofern man mit den Partnerfirmen positive Erfahrungen gemacht hat und bereits ein eingespieltes Team darstellt.

Um sich gegenseitig zu kontrollieren und Fehler vermeiden zu können, ist auf das 4-Augen-Prinzip zu setzen. Dies bedeutet, dass keine Pläne, keine Rechnungen und keine Entscheidungen nach außen gelangen, bevor sie nicht von einem anderen Partner gesehen und geprüft wurden.

Für die Teilnahme an der Ausschreibung eines Bauvorhabens wird häufig eine umfangreiche Referenzliste verlangt. Daher kommt es in manchen Fällen vor, dass ein Gesellschafter mit null Prozent an der ARGE beteiligt wird, keine wesentliche Leistung, aber dafür die erforderlichen Referenzen erbringt, wofür er eine entgeltliche Entschädigung erhält. Hierfür ist zu beachten, dass obwohl dieser ein bloßer Arbeitsgesellschafter ist und nicht am Stammkapital beteiligt ist, trotzdem solidarisch haftet. Daher wird ein solches Mitglied sehr wohl ein Interesse an der Prüfung und Kontrolle der vorgenommenen Tätigkeiten in der ARGE haben.

Solange die Gewährleistungsfrist von drei Jahren nicht abgelaufen ist, kann eine Bau-ARGE nicht aufgelöst werden. Da die einzelnen Partnerfirmen jedoch meist ein Interesse daran haben, das Bauvorhaben schnell abzuschließen und die Gesellschaft zu beenden, wird die Gewährleistung von der ARGE, genauer gesagt von der Gemeinschaft der Mitglieder, auf die einzelnen Gesellschafter anteilig abgetreten. Die Parteien übernehmen also die Gewährleistung zu einem gewissen Prozentsatz und die ARGE kann somit aufgelöst werden.

Immer wieder wird von manchen Bauunternehmen versucht, im Zuge einer Arbeitsgemeinschaft einen wirtschaftlichen Gewinn zu erlangen. Dabei ist darauf zu achten, dass sich erfahrene Mitglieder nicht auf Grund fehlender Praxis der anderen bereichern und Vorteile verschaffen können. Versuche, wie zum Beispiel einen alten Bagger der ARGE

Praxisgespräch

zur Verfügung zu stellen, welcher zwar schon längst abgeschrieben wurde, aber der trotzdem noch voll verrechnet wird, obwohl er nicht mehr eine so gute Leistung erbringt, werden in regelmäßigen Abständen angestellt. Allerdings sind die anderen Beteiligten meist wachsam und decken derartiges Fehlverhalten schnell auf. Sich auf solche Art und Weise bereichern zu wollen, steht nicht im Sinne einer ARGE und sollte tunlichst vermieden werden.

Für die vertragliche Gestaltung der ARGE wird in der Baupraxis in den wenigsten Fällen viel Zeit investiert. Überwiegend werden vorgefertigte Verträge, welche sich in der Vergangenheit bewährt haben, verwendet. Auf die Beiziehung eines Rechtsanwaltes wird meist verzichtet. Man konzentriert sich auf andere Aufgaben wie zum Beispiel technische und wirtschaftliche Belange. Dies ist auch Zweck einer Arbeitsgemeinschaft, denn so kann eine Gesellschaft schnell, einfach und formlos gegründet werden und der Aufwand hält sich in Grenzen. Allerdings ist es ratsam, die wesentlichen rechtlichen Aspekte sehr wohl vertraglich zu verankern.

Zu internen Streitigkeiten zwischen den Partnerfirmen auf Grund des Gesellschaftsvertrages kommt es sehr selten. Dies hat einerseits den Grund, dass im Zuge der Gesellschaftsvertragsgestaltung ein Konsens erzielt wird und man sich über die Bedingungen einig ist, oder eben keine ARGE gegründet wird. Damit kennt jeder die Vertragsverhältnisse und Beteiligungsumstände, woraus später wenig Streitpotential entstehen sollte. Auf der anderen Seite haben die Partnerfirmen wohl selten ein Interesse daran, unbedingt mit seinen Mitgesellschaftern zu prozessieren. Vielmehr legt man Wert auf ein positives Ergebnis der ARGE und den eigenen finanziellen Nutzen daraus.

So lange keine Haftung gegenüber Vertragspartnern oder anderen Dritten eintritt, wird es zwischen den Gesellschaftern der Arbeitsgemeinschaft auch zu keinen größeren Uneinigkeiten kommen. Leider lassen sich solche Vorfälle jedoch nicht immer vermeiden. Daher ist im Vorfeld auf einen guten und ausführlichen Vertrag, auf gegenseitige Kontrolle und auf die richtigen Partner bei einer Arbeitsgemeinschaft im Bauwesen zu achten.

8. Resümee

Die Arbeitsgemeinschaft spielt für das Bauwesen eine wichtige Rolle, was vor allem bei Großprojekten nicht von der Hand gewiesen werden kann. Aus den voran gegangenen Kapiteln geht eindeutig hervor, wie wesentlich dabei die gesetzlichen Rahmenbedingungen und die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages sind. Abschließend werden daher an dieser Stelle die erlangten Erkenntnisse über die rechtlichen Aspekte und Besonderheiten der Bau-ARGE zusammenfassend dargestellt.

Arbeitsgemeinschaften im Bauwesen sind meist bei großen Bauvorhaben vorzufinden. Der Grund liegt darin, dass solche Projekte häufig die Kapazität eines Bauunternehmens übersteigen und auch das Risiko hierbei ein sehr großes ist. Dies ist vor allem im Tiefbau, welcher sehr kapital- und arbeitsintensiv ist, der Fall. Schließen sich mehrere Bauunternehmen zu einer ARGE zusammen, bringen sie gemeinsam ein höheres Kapital und mehr Ressourcen zusammen und können somit die Bauaufgaben leichter bewältigen. Ebenso kann die Teilung des Risikos als ein Vorteil angesehen werden.

Bei dem ARGE-Vertrag handelt es sich um einen Gesellschaftsvertrag, weil dadurch eine Gesellschaft gegründet wird. Der Großteil der gesetzlichen Regelungen dazu ist im bürgerlichen Recht ab §§ 1175 ff ABGB zu finden. Dabei ist zu erwähnen, dass die meisten Bestimmungen dispositiv sind und somit vertraglich abgeändert werden können. Schließen die Partnerfirmen gemeinsam als ARGE dann einen Bauvertrag mit dem Auftraggeber ab, so liegt hierfür ein Werkvertrag vor.

Die Gesellschaftsform, welcher die ARGE im rechtlichen Sinne zugeordnet wird, ist jene der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die GesbR zählt zu den Personengesellschaften, ist jedoch keine Gesamthandgesellschaft, sondern begründet Miteigentum. Somit ist die GesbR keine Körperschaft und keine juristische Person. Sie besitzt keine eigene Rechtspersönlichkeit, kann somit nicht Träger von Rechten und Pflichten, also Rechtssubjekt, sein. Aufgrund mangelnder Rechtspersönlichkeit sind die einzelnen Gesellschafter der GesbR Träger von Rechten und Pflichten und stellen somit die rechtliche Angriffsfläche dar.

Dass die ARGE beziehungsweise GesbR keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, zieht einige Rechtsfolgen nach sich. Die Bau-ARGE ist nicht prozessfähig, kann also im Prozess keine eigene Partei sein. Sie kann daher weder klagen noch geklagt werden. Diese Tätigkeiten

Resümee

übernehmen die einzelnen Mitglieder, welche die Partei im Prozess bilden.

Die ARGE ist nicht konkursfähig und es besteht kein gesetzliches Liquidationsstadium für sie. Stattdessen wird die Arbeitsgemeinschaft aufgelöst und das gemeinsame Gesellschaftsvermögen im Verhältnis der Beteiligungsanteile verteilt. Die Arbeitsgemeinschaft kann nicht als Eigentümer auftreten und auch nichts besitzen. Sie kann nicht in das Grundbuch, Marken- und Patentregister eingetragen werden. Hierbei werden die einzelnen Partnerfirmen anteilmäßig entsprechend ihrer Quote eingetragen. Darüber hinaus kann die Bau-ARGE nicht ins Firmenbuch eingetragen werden, was bedeutet, dass sie keine Firma führen kann. Die Führung einer bloßen Geschäftsbezeichnung ist jedoch gestattet, wobei die Bau-ARGE meist nach dem Bauvorhaben benannt wird.

Wird eine Sache quoad dominium in die ARGE eingebracht, steht diese im Miteigentum aller Gesellschafter und der Einbringende verliert das alleinige Eigentum und die alleinige Verfügungsmacht über die Sache. Da Arbeitsgemeinschaften im Bauwesen nach Beendigung des Bauvorhabens wieder aufgelöst werden, ist es wünschenswert, diese einfach zu gestalten. Daher werden für Bau-ARGEN die Sachen nur quoad usum, also zum Gebrauch eingebracht, indem die Sachen an die Gesellschaft vermietet beziehungsweise unter Verrechnung nach festgelegten Sätzen zur Verfügung gestellt werden.

Grundsätzlich tritt die ARGE als Summe aller Partnerfirmen auf. Aus diesem Grund sind Forderungen auch als Gesamthandforderungen zu qualifizieren. Dies bedeutet, dass nicht ein Mitglied allein eine Forderung stellen kann, sondern nur alle zusammen. Auf der anderen Seite gehen auch alle Gesellschafter zusammen eine Verbindlichkeit ein.

Für die ARGE gilt sowohl nach dem ABGB als auch nach dem UGB Solidarhaftung jedes Gesellschafter zur ungeteilten Hand. Dies bedeutet, dass alle für einen und einer für alle haften. Im Extremfall steht nach außen hin gegenüber Dritten ein Mitglied für alle anderen ein und begleicht die Schuld allein. Im Innenverhältnis besteht dann die Möglichkeit des Regresses, also Rückersatz von den anderen Partnerfirmen zu fordern. Durch das ABGB wird die Solidarhaftung für unteilbare Sachen und für Handelsleute vorgesehen und von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung auch so ausgelegt. Auch das UGB geht eindeutig von einer Solidarhaftung aus.

Bei einer ARGE kann zwischen dem Außen- und dem Innenverhältnis unterschieden werden. Das Innenverhältnis regelt intern die Angelegenheiten zwischen den Gesellschaftern untereinander und wird als Geschäftsführung bezeichnet. Wie intern Entscheidungen getroffen

Resümee

werden, kommt darauf an, um welche Angelegenheit es sich handelt. Bei Handlungen der gewöhnlichen Geschäftsführung genügt die einfache Mehrheit, welche nicht nach Köpfen, sondern nach Kapitalanteilen gebildet wird. Handelt es sich dabei um wichtige Entscheidungen, erfolgt die Beschlussfassung ebenfalls unter einfacher Kapitalmehrheit, allerdings gilt für die überstimmten Partnerfirmen die Minderheitenschutzbestimmung, welche diese vor daraus entstehenden Schäden schützt oder ein Austrittsrecht aus der Gesellschaft einräumt. Bei Grundlagengeschäften, hierbei handelt es sich um Veränderungen im Gesellschaftsvertrag, wird die Zustimmung aller Gesellschafter benötigt.

Das Außenverhältnis bestimmt die Beziehungen zu gesellschaftsfremden Dritten und stellt damit die Vertretung dar, welche in Form von einer Vollmacht ausgeübt wird. Hierbei ist zu beachten, dass interne Beschränkungen der Bevollmächtigung nach außen nicht wirksam werden, solange der Außenstehende nichts davon wusste oder wissen konnte, also ein gutgläubiger Dritter ist. Das hat also zur Folge, dass Handlungen eines Mitgliedes gegenüber Dritten auch die anderen Partner nach außen hin verpflichten. Dies wird vom ABGB und auch vom UGB so geregelt.

Besteht eine ARGE über die Dauer eines Geschäftsjahres und übersteigt sie den Schwellenwert nach § 189 UGB, so wird sie bilanzierungspflichtig und muss sich in eine Offene Gesellschaft oder Kommanditgesellschaft umwandeln. Der Schwellenwert wird überschritten, wenn in zwei aufeinanderfolgenden Jahren die Umsatzerlöse 700.000 Euro oder in einem Jahr 1.000.000 Euro übersteigen. Grundsätzlich wird eine Bau-ARGE als ein Unternehmen im Sinne des UGB angesehen. Sie wird zwar nicht auf Dauer gegründet, sondern ist ein Unternehmen auf Zeit, allerdings wird bei einer Dauer von ungefähr einem Jahr und auf Grund der unternehmerischen Tätigkeit im Zuge der Durchführung eines Bauvorhabens von einem Unternehmen im Sinne des UGB ausgegangen. Daher sind die Vorschriften des Unternehmensgesetzbuches für die Bau-ARGE anzuwenden.

Für das Steuerrecht wird der Arbeitsgemeinschaft teilweise eine Rechtspersönlichkeit eingeräumt. So ist sie im Sinne des Umsatzsteuergesetzes ein Unternehmer und hat somit eine Umsatzsteuer abzuführen. In Bezug auf die Besteuerung der Gesellschaft beziehungsweise ihren Gesellschaftern gilt das Durchgriffsprinzip, welches für alle Personengesellschaften anzuwenden ist. Das heißt, dass die Gesellschaft selbst nicht besteuert wird und nur die einzelnen Gesellschafter Steuersubjekt sind. Sind Gesellschafter natürliche Personen, so haben sie eine Einkommensteuer zu entrichten. Für Gesellschafter, welche juristische Personen sind, gilt das Trennungsprinzip. Hiernach wird

Resümee

zuerst die Gesellschaft mit 25 Prozent Körperschaftsteuer belastet. Danach werden die einzelnen Gesellschafter, im Falle von natürlichen Personen mit 25 Prozent Kapitalertragsteuer, besteuert.

Arbeitsrechtlich kann die ARGE, genauer gesagt die Partnerfirmen gemeinsam, als Arbeitgeber auftreten. Einerseits kann der Arbeitsgemeinschaft Personal durch die Mitglieder, welche als Stammfirma bezeichnet werden, beigestellt werden. In diesem Fall bleibt das Personal im Verrechnungs- und Versicherungskreis der Stammfirma. Andererseits können Arbeitskräfte auch abgestellt werden, was zur Folge hat, dass sich diese dann im Verrechnungs- und Versicherungskreis der ARGE befinden.

Wenn ein ARGE-Mitglied insolvent wird, kann der Bauherr nicht vom Bauvertrag mit der Arbeitsgemeinschaft zurücktreten. Dieses Recht hat nur der Insolvenzverwalter, welcher an die Stelle des insolventen Gesellschafters tritt, wobei sein Interesse vorrangig darin liegt, den Insolventen zu sanieren und somit die Geschäfte und Aufträge aufrecht zu erhalten.

Da die Bau-ARGE keine eigene Rechtspersönlichkeit aufweist, kann sie auch keine Gewerbeberechtigung besitzen. Daher müssen die gewerberechtlichen Voraussetzungen von den einzelnen Gesellschaftern erfüllt werden. Dies hat zur Folge, dass jedes Mitglied die gesamten, für das Bauprojekt erforderlichen, Gewerbeberechtigungen vorlegen können muss. Eine gegenseitige Ergänzung ist nicht gestattet.

Der von der VIBÖ entworfene Mustervertrag für Bau-ARGEN und die dazu gehörige Geschäftsordnung werden im Bauwesen häufig verwendet und haben sich in der Praxis sehr bewährt.

In der Bauwirtschaft wird bei der Gründung von Arbeitsgemeinschaften vor allem darauf geachtet, wer die Partnerfirmen sind. Hierbei ist vor allem auf gute Referenzen und eine positive Bilanz Wert zu legen. Im Regelfall werden ARGEN immer wieder mit denselben Partnern gegründet. Dies setzt allerdings voraus, dass gegenseitig gute Erfahrungen gemacht wurden und die Mitglieder ein eingespieltes Team sind.

Ist man bei einer Arbeitsgemeinschaft mit der kaufmännischen Geschäftsführung beauftragt, so kann daraus ein gewisser Vorteil abgeleitet werden. Da man in diesem Fall ohnedies mit der kaufmännischen Seite beschäftigt ist, hat man einen guten Überblick über die ausgestellten Rechnungen und die finanzielle Lage der Bau-ARGE und kann somit auf unerwünschte wirtschaftliche Tendenzen der Gesellschaft sowie zu Unrecht ausgestellte Rechnungen besser und schneller reagieren.

Resümee

Die gegenseitige Kontrolle ist stets von großer Bedeutung, weshalb auf das 4-Augen-Prinzip großer Wert zu legen ist. Durch diese gegenseitige Kontrolle können Fehler im Vorfeld aus der Welt geschaffen und somit ein Erfolg der ARGE wahrscheinlicher gemacht werden.

Bei einer Bau-ARGE liegt das Bestreben vor, diese nach Auftragsbeendigung so schnell wie möglich wieder aufzulösen. Daher empfiehlt es sich, wenig Sachen in die Gesellschaft einzubringen, um dann bei der Auflösung keine Schwierigkeiten in Bezug auf die Aufteilung des Gesellschaftsvermögens zu haben. Im Bauwesen ist es üblich, dass die Einlage zum Hauptstamm relativ niedrig ist und nur dazu dient, einen solchen überhaupt zu gründen. Ein hohes Gesellschaftsvermögen ist für eine Bau-ARGE nicht notwendig, denn das benötigte Gerät und Personal wird von den einzelnen Partnerfirmen zur Verfügung gestellt, wodurch sich die Kapazitäten vereinigen und die Arbeitsgemeinschaft so in der Lage ist, den Bauauftrag zu erfüllen.

Abschließend wird angeführt, dass es innerhalb der Gesellschaft selten zu Rechtsstreitigkeiten kommt, denn vorrangig herrscht das Bestreben, das Bauvorhaben positiv und erfolgreich abzuschließen. Trotzdem ist es sehr empfehlenswert, den Gesellschaftsvertrag ausführlich und detailliert zu gestalten. Der Großteil der gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Bau-ARGE stellt dispositives Recht dar, wodurch doch unterschiedliche Vertragsgestaltungen möglich sind. Außerdem werden manche Gesetzestexte von der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung unterschiedlich ausgelegt. Je genauer also der Gesellschaftsvertrag auf die jeweilige Situation und den dazu gehörigen Randbedingungen abgestimmt ist, desto wahrscheinlicher können Interpretationsspielräume minimiert beziehungsweise ausgeschlossen werden. Wer in die Vertragsgestaltung mehr Aufwand und Zeit investiert, kann sich dadurch eventuelle langwierige Prozesse infolge späterer Streitfälle ersparen.

Für die Zukunft wäre es dennoch wünschenswert, die gesetzlichen Regelungen betreffend die GesbR und insbesondere die Bau-ARGE weiter zu konkretisieren, denn in der herrschenden Rechtslehre und Judikatur sind doch einige Auslegungsdifferenzen auf Grund der sehr allgemeinen Formulierung des ABGB vorhanden.

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Baustellenbereich der ARGE Hengsbergtunnel im April 08.....	2
Abbildung 2: ARGE Alpentransit Brenner.....	9
Abbildung 3: Unternehmensformen	31
Abbildung 4: Natürliche Personen	32
Abbildung 5: Personengesellschaften	32
Abbildung 6: Körperschaften (Juristische Personen)	33

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AG	Aktiengesellschaft
AG	Auftraggeber
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
BIEGE	Bietergemeinschaft
BMWFJ	Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend
BVergG	Bundesvergabegesetz
BWG	Bankwesengesetz
DHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz
ESt	Einkommensteuer
EStG	Einkommensteuergesetz
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessensvereinigung
GesbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GewO	Gewerbeordnung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GO	Geschäftsordnung für Arbeitsgemeinschaftsverträge
GU	Generealunternehmer
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
KESt	Kapitalertragssteuer
KG	Kommanditgesellschaft
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KöSt	Körperschaftsteuer
OG	Offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof

Abkürzungsverzeichnis

ÖBGL	Österreichische Baugeräteliste
Rsp	Rechtsprechung
SE	europäische Aktiengesellschaft (Societas Europaea)
UGB	Unternehmensgesetzbuch
USt	Umsatzsteuer
UStG	Umsatzsteuergesetz
usw.	und so weiter
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz
VIBÖ	Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs

Literaturverzeichnis

STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I; Stand: 1. Juli 2006, Wien: Manz Verlag 2006.

DORALT, W.: Kodex Unternehmensrecht 2009/10; 39. Auflage, Wien: LexisNexis Verlag ARD Orac 2009.

DORALT, W.: Kodex Unternehmensrecht 2011; 42. Auflage, Wien: LexisNexis Verlag ARD Orac 2011.

KREJCI, H.: Gesellschaftsrecht Band I; Wien: Manz Verlag 2005.

WEBER, M.: Unternehmens- und Gesellschaftsrecht – Eine Einführung; Wien: Linde Verlag Wien 2009.

ROTH, G.; FITZ, H.: Unternehmensrecht – Handels- und Gesellschaftsrecht; 2., neu bearbeitete Auflage, Wien: LexisNexis Verlag ARD Orac 2006.

SCHUMMER, G.: Personengesellschaften; 6. Auflage, Wien: LexisNexis Verlag ARD Orac 2006.

KOZIOL, H.; BYDLINSKI, P.; BOLLENBERGER, R.: ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar; Wien: SpringerWienNewYork 2005.

NITSCHKE, G.: Bürgerliches Recht und Handelsrecht – Teil 2: Handelsrecht – Skriptum; Graz: HTU 2003.

STADLER, G.; HECK, D.: Bauwirtschaftslehre VU – Skriptum; Graz: HTU 2007.

Literaturverzeichnis

KARASEK, G.: ÖNORM B 2110 – Kommentar; 2., neu bearbeitete Auflage, Wien: Manz Verlag 2009.

KÜHNE, J.; STRAUBE, M.: Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft (ARGE); 2., ergänzte Auflage, Wien: Orac 1982.

KREJCI, H.: Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft; Wien: Orac 1979.

OBERNDORFER, W.; JODL, H.: Handwörterbuch der Bauwirtschaft; 3., völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage 2010, Wien: Austrian Standards plus Publishing GmbH (Österreichisches Normungsinstitut) 2010.

LOCHER, H.; VYGEN, K.: VOB Teile A und B – Kommentar; 16., überarbeitete Auflage, Neuwied: Werner Verlag 2007.

DORALT, W.: Kodex Bürgerliches Recht; 33. Auflage, Wien: LexisNexis Verlag ARD Orac 2006.

DORALT, W.: Kodex Steuergesetze 2008; 43. Auflage, Wien: Linde Verlag Wien 2008.

o. V.: ÖNORM A 2050 Ausgabe: 2000-03-01 – Vergabe von Aufträgen über Leistungen - Verfahrensnorm; Wien: Österreichisches Normungsinstitut 2000.

o. V.: ÖNORM B 2110 Ausgabe: 2009-01-01 – Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen – Werkvertragsnorm; Wien: Österreichisches Normungsinstitut 2009.

BAUER, U.: Enzyklopädie Betriebswirtschaftslehre – Skriptum; Graz: HTU 2006.

PFARR, K.: Geschichte der Bauwirtschaft; Essen: Deutscher Consulting Verlag 1983.

Literaturverzeichnis

DORALT, W.; RUPPE, H.: Steuerrecht Band I; 9. Auflage, Wien: Manz Verlag 2007.

o. V.: Arbeitsgemeinschafts-Vorvertrag; Auflage 1998, Wien: Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs (VIBÖ) 1998.

o. V.: Arbeitsgemeinschaftsvertrag; Auflage 1998, Wien: Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs (VIBÖ) 1998.

o. V.: Geschäftsordnung für Arbeitsgemeinschaftsverträge; Auflage 1998, Wien: Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs (VIBÖ) 1998.

o. V.: Handbuch für Bau-Arbeitsgemeinschaften; Stand: Mai 2005, Wien: Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs (VIBÖ) 1999.

KLEINER, F.: Steuerrecht – Skriptum; Stand Oktober 2007, Graz: HTU 2007.

DORALT, W.: Kodex Zivilgerichtliches Verfahren 2010/11; 30. Auflage, Wien: LexisNexis Verlag ARD Orac 2010.

Linkverzeichnis

http://www.firmenabc.at/bau-arge-vrable_FqWi

http://www.firmenabc.at/arge-bau-rhkw_FCzU

http://www.firmenabc.at/arge-hengsbergtunnel-wayss-freytag-held-francke-habau_BiXC

http://www.alpentransit-brenner.at/fileadmin/user_upload/arge/flash/images/3.jpg

<http://www.alpentransit-brenner.at>

[http://de.wikipedia.org/wiki/Gewerbeordnung_\(%C3%96sterreich\)#Gewerbear](http://de.wikipedia.org/wiki/Gewerbeordnung_(%C3%96sterreich)#Gewerbear)

<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/branche.html>

<http://www.edikte1.justiz.gv.at/edikte/mv/ivliste.nsf/suche!OpenForm&sub=b>

<http://www.ris.bka.gv.at>

<http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch>