

Reform der österreichischen Gesellschaft bürgerlichen Rechts – ein Vorbild für Deutschland?

Von Holger Fleischer, Elke Heinrich und Matthias Pendl, Hamburg

- I. Einführung
- II. Die neue GesbR in Österreich
 1. Ausgangsbefund
 - a) Beharrungskräfte und Reformimpulse im GesbR-Recht
 - b) Vorangegangene Reformen im OG- und KG-Recht
 2. Grundlinien der GesbR-Reform
 - a) Reformziele
 - b) Orientierung der GesbR am OG-Recht
 - c) Auffang- und Lückenfüllungsfunktion
 - d) Fundamentale Grundsätze des allgemeinen Gesellschaftsrechts
 3. GesbR-spezifischer Ordnungsrahmen
 - a) Fehlende Rechtsfähigkeit
 - b) Außen- und Innengesellschaft
 - c) Geschäftsführung und Vertretung
 - d) Vermögensorganisation
 - e) Haftungsordnung
 4. Ausgewählte Einzelfragen
 - a) Sorgfaltsmaßstab
 - b) Informationsrechte
 - c) Arbeitsgesellschafter
- III. Übertragbarkeit auf das hiesige BGB-Gesellschaftsrecht
 1. Regelungstechnik
 2. Positivierung ungeschriebener gesellschaftsrechtlicher Grundsätze
 3. GbR-spezifischer Ordnungsrahmen
 - a) Rechtsfähigkeit
 - b) Außen- und Innengesellschaft
 - c) Geschäftsführung und Vertretung
 - d) Vermögensorganisation
 4. Ausgewählte Einzelfragen
 - a) Sorgfaltsmaßstab
 - b) Informationsrechte
 - c) Arbeitsgesellschafter
- IV. Ergebnisse

1001 **Reform der österreichischen Gesellschaft bürgerlichen Rechts – ein Vorbild für Deutschland?**

Professor Dr. Dr. h. c. Holger Fleischer, LL. M., Dr. Elke Heinrich und Matthias Pendl*

Der vorliegende Beitrag unterbreitet Reformvorschläge für eine dringend gebotene Runderneuerung des BGB-Gesellschaftsrechts. Als Inspirationsquelle und Referenzmodell dient ihm das Recht der österreichischen Gesellschaft bürgerlichen Rechts, das im Jahre 2015 grundlegend neu geordnet wurde.

I. Einführung

Empfiehl sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts? Hierüber berät in diesen Tagen der 71. Deutsche Juristentag in Essen.¹ Besondere Aufmerksamkeit verdient dabei die BGB-Gesellschaft, deren Legalordnung den heute erreichten Entwicklungsstand in Rechtsprechung und Rechtslehre nur noch höchst unvollkommen widerspiegelt. Sucht man nach rechtsvergleichenden Reformanregungen, fällt der Blick sofort auf unser Nachbarland Österreich, das „seine“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts kürzlich an Haupt und Gliedern reformiert hat.² Der folgende Beitrag erschließt das reichhaltige Material zum österreichischen Recht (II) und fragt anschließend, inwieweit sich die dortige Reform als Vorbild für das deutsche Recht eignet (III). Er bildet den Auftakt eines größeren Forschungsprogramms, das Personengesellschaften mitsamt ihren Hybridformen in 13 Ländern untersucht.³

* Der Autor *Fleischer* ist geschäftsführender Direktor des Hamburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, *Dr. Elke Heinrich* und *Matthias Pendl* – zwei österreichische Juristen – sind dort wissenschaftliche Referenten.

1 Vorbereitend *C. Schäfer*, *Empfiehl sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?*, Gutachten E zum 71. DJT 2016.

2 Zusammenstellung der Gesetzestexte mit Anmerkungen und Materialien bei *S. Bydlinski/Fritz*, *GesbR-RG*, 2015; Erstkommentierung bei *Fritz/Perktold*, *Die „neue“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, 2015; Überblicksaufsätze von *Harrer*, *wbl* 2015, 12; *Rauter*, *JAP* 2014/2015/11 (I), 2014/2015/16 (II); *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, *ecolex* 2015, 296 (I), 476 (II); *Schauer/Hofmair*, *SWK* 2014, 1549.

3 Dazu (demnächst) *Fleischer*, *Personengesellschaften im Rechtsvergleich*, mit Länderberichten zum deutschen, österreichischen, schweizerischen, französischen, italienischen, spanischen, niederländischen, belgischen, schwedischen, russischen, englischen, US-amerikanischen und japanischen Recht.

II. Die neue GesbR in Österreich

1. Ausgangsbefund

a) Beharrungskräfte und Reformimpulse im GesbR-Recht

Was lange währt, wird endlich gut! Diesem Motto scheint die Reform der österreichischen Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR) zu folgen, die am 1.1.2015 in Kraft getreten ist.⁴

1002 Immerhin beruhten die Bestimmungen des 27. Hauptstücks im zweiten Teil des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 1175 ff. ABGB) größtenteils noch auf dessen Stammfassung aus dem Jahre 1811.⁵ Die Normkontinuität war jedoch keineswegs Ausdruck nachhaltiger Bewährung.⁶ Vielmehr erwies sich der altertümlich formulierte Gesetzestext als lückenhaft und praxisfern. Seine Vorschriften mussten daher oft durch den Gesellschaftsvertrag abbedungen oder ergänzt werden.⁷ Rechtsprechung und Rechtslehre legten sie mitunter sogar gegen ihren ausdrücklichen Wortlaut aus,⁸ so dass die Lektüre des Gesetzes kein korrektes Bild der Rechtslage mehr vermittelte und erhebliche Rechtsunsicherheit herrschte.⁹

Die Rufe nach einer GesbR-Reform hatten schon vor langer Zeit eingesetzt,¹⁰ waren jedoch immer wieder verhallt. Erst das 200-jährige Jubiläum des ABGB rief den Gesetzgeber auf den Plan, der unter den Schlagwörtern „ABGB 2011“ bzw. „ABGB 200+“ die abschnittsweise Modernisierung des österreichischen Zivilrechts proklamierte.¹¹ Erste Überlegungen zur Reform der §§ 1175 ff. steuerte die Wissenschaft bei;¹² weitere Anregungen lieferte eine rechtsvergleichende Studie.¹³ Im November 2010 berief das Bundesministerium eine Arbeitsgruppe sowie ein Redaktionskomitee ein. Beide standen unter der Federführung des Wiener Ordinarius *Heinz Krejci*, der dem Fachpublikum Anfang 2012 einen – unveröffentlichten – Diskussionsentwurf vorstellte.¹⁴ Mit einiger Verzögerung¹⁵ folgte ein leicht abgeänderter Ministerialentwurf, der in eine Regierungsvorlage und schließlich in das am 21.11.2014 verkündete GesbR-Reformgesetz mündete.

-
- 4 Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Unternehmensgesetzbuch zur Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geändert werden (GesbR-Reformgesetz – GesbR-RG), BGBl. I 2014/83.
 - 5 Zur historischen Entwicklung der GesbR *Kalss*, FS 200 Jahre ABGB, 2011, Bd. I, S. 441.
 - 6 Vgl. *Krejci*, GES 2012, 4, wonach das 27. Hauptstück „nicht zu den besten Partien der Kodifikation“ zählte; *U. Torggler*, GES 2012, 32: „schon verbesserungsbedürftig geboren“.
 - 7 Dazu *Schauer*, ZGR 2014, 143 (150).
 - 8 *Beispiel*: Entgegen § 1203 S. 2 ABGB aF wurden zum Gesellschaftsvermögen zählende Forderungen als Gesamthandsforderungen qualifiziert; dazu *OGH*, 1 Ob 33/79, SZ 53/2.
 - 9 So ErlRV 270 BlgNR 25. GP 1.
 - 10 Vgl. etwa *Kastner*, FS Broda, 1976, S. 91, 96 f.; *dens.*, JBl 1990, 545 (550); *Krejci*, FS Hopf, 2007, S. 115.
 - 11 Vgl. ErlRV 270 BlgNR 25. GP 2 zur GesbR-Reform sowie ErlRV 650 BlgNR 24. GP 1 zur Reform des Darlehensrechts.
 - 12 Vgl. vor allem *Krejci*, FS 200 Jahre ABGB, 2011, S. 1191; *Told*, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2011, S. 284 ff. (Zusammenfassung); *U. Torggler*, JBl 2011, 353; *dens.*, wbl 2011, 517.
 - 13 Auszugsweise veröffentlicht bei *Cohen/Rechberger*, GES 2011, 155.
 - 14 Mit ihm beschäftigen sich die Beiträge von *Krejci*, *U. Torggler*, *Schauer*, *Harrer* und *Karsten Schmidt* in GES 2012/1.
 - 15 Dazu *Krejci*, GES 2012, 485, mit dem Aufsatztitel „GesbR – lost in mission?“.

b) Vorangegangene Reformen im OG- und KG-Recht

Bereits ein Jahrzehnt zuvor war das Recht der Personenhandelsgesellschaften grundlegend reformiert worden. Dazu im historischen Stenogramm: 1938 hatte Österreich das deutsche HGB von 1900 mitsamt seinem OHG- und KG-Regime übernommen. Der fehlende „Unterbau“ – die nach § 105 III HGB ergänzend anwendbaren §§ 705 ff. BGB – wurde durch die Vierte Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich (4. EVHGB) ersetzt, welche die subsidiäre Anwendbarkeit des GesbR-Rechts grundsätzlich ausschloss. 1990 führte der Reformgesetzgeber mit dem Erwerbsgesellschaftengesetz¹⁶ die offene Erwerbsgesellschaft (OEG) und die Kommandit-Erwerbsgesellschaft (KEG) ein, die für kleingewerbliche und freiberufliche Tätigkeiten zur Verfügung standen. Mit dem Handelsrechtsänderungsgesetz von 2005¹⁷ erfolgte der Systemwechsel vom kaufmännisch geprägten HGB zum Unternehmensgesetzbuch (UGB), das Personenhandels- und Erwerbsgesellschaften zur Offenen Gesellschaft (OG) und Kommanditgesellschaft (KG) zusammenfasste. Zugleich wurde die 4. EVHGB aufgehoben, so dass die subsidiäre Bedeutung des GesbR-Rechts für OG und KG wieder auflebte. Seit 2005 können OG und KG zu jedem erlaubtem Zweck, also auch für kleingewerbliche, freiberufliche, land- und forstwirtschaftliche sowie ideelle Tätigkeiten, gegründet werden. Ihre Eintragung in das Firmenbuch, dem österreichischen Gegenstück zum Handelsregister, ist nach § 123 I UGB iVm § 161 II UGB konstitutiv. Sie sind aber keine „Formunternehmer“, weshalb das Vierte Buch des UGB über unternehmensbezogene Geschäfte auf nicht unternehmerische OG und KG keine Anwendung findet.

2. Grundlinien der GesbR-Reform

a) Reformziele

Die programmatischen Ziele der Regierungsvorlage zeugen von guten Vorsätzen: Einerseits soll der weitreichende Vorrang der Privatautonomie beibehalten werden; andererseits will man für den Fall fehlender vertraglicher Übereinkunft mit einem umfassenden Regelungsregime aushelfen.¹⁸ Im Zuge dessen sollen Diskrepanzen zwischen Gesetzestext und Praxis behoben und dadurch ein Mehr an Rechtssicherheit erreicht werden.¹⁹ Diese Anliegen erwiesen sich vor dem Hintergrund der vielfältigen Einsatzbereiche der GesbR, die von Bau-ARGs über Kreditkonsortien, Syndikatsverträge und Jagdgesellschaften bis hin zu Familienbetrieben und Lebensgemeinschaften reichen,²⁰ als durchaus ambitioniert. Es verwundert daher kaum, dass bereits im Vorfeld an der Ausrichtung des neuen Regelungsrahmens – Abwendung von der Miteigentumsgemeinschaft hin zum OG-Recht – mitunter Grundsatzkritik geübt wurde.²¹ Ihr hat der Reformgesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass er punktuell, insbesondere bei der Vertretungsregelung, zwischen unternehmenstragender und nicht unternehmerisch tätiger GesbR differenziert.²²

16 BGBl. 1990/257.

17 BGBl. I 2005/120; dazu etwa *Krejci*, ZHR 170 (2006), 113; *Reich-Rohrwig/Schneider*, *ecolex* 2006, 389.

18 ErlRV 270 BlgNR 25. GP 2 f.

19 ErlRV 270 BlgNR 25. GP Vorblatt und WFA 3.

20 Näher dazu *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *Österreichisches Gesellschaftsrecht*, 2008 Rn. 2-10 ff.

21 Vgl. vor allem *U. Torggler*, *GES* 2012, 32; *Hecht*, *Die Presse* 2014/45/09; zweifelnd auch *Karsten Schmidt*, *GES* 2012, 22 (23 f.).

22 Vgl. ErlRV 270 BlgNR 25. GP 2; näher unter II 3 c.

b) Orientierung der GesbR am OG-Recht

Der Gesetzgeber nahm die Reform zum Anlass, das 27. Hauptstück des ABGB gänzlich neu zu formulieren und übersichtlicher zu gliedern. Seine sieben Abschnitte kennzeichnet nunmehr eine besondere Nähe zum Recht der OG, die über eine bloße Orientierung weit hinausgeht. Vielmehr herrscht zwischen den §§ 1175 ff. ABGB und den §§ 105 ff. UGB zum Teil wörtliche Übereinstimmung. Das betrifft vor allem die innere Organisation sowie die Auflösung und Liquidation, also Bereiche, in denen das österreichische OG-Recht vom deutschen OHG-Recht nicht wesentlich abweicht. Über die Hintertür wird somit auch die dem ABGB bis dato unbekannte Gesamthandsbindung der Gesellschafter gem. § 124 UGB übernommen, wenngleich „mit erheblichen Abstrichen“.²³ Daneben gibt es Rückkoppelungseffekte, die wiederum zu kleineren Anpassungen des OG-Rechts an das neue GesbR-Recht geführt haben.²⁴

1003 Begründet wird die wechselseitige Angleichung damit, dass viele Unterschiede einer sachlichen Rechtfertigung entbehren. Vor allem im Innenrecht verlaufe die zentrale Trennlinie nicht zwischen GesbR und OG/KG, sondern zwischen GesbR und schlichter Miteigentumsgemeinschaft. Zudem solle die Umwandlung einer unternehmerisch tätigen GesbR in eine OG oder KG möglichst einfach vonstatten gehen.²⁵ Von einer bloßen Verweisung auf das Recht der OG habe man gleichwohl abgesehen, weil das ABGB auch in Zukunft allgemeine und grundlegende Regelungen enthalten solle.²⁶ Ob die wortgleichen Vorschriften in ABGB und UGB zukünftig einheitlich interpretiert werden oder ob rechtsformspezifische Besonderheiten zuweilen eine unterschiedliche Auslegung erzwingen, bleibt abzuwarten.

c) Auffang- und Lückenfüllungsfunktion

Schließen sich zwei oder mehrere Personen durch einen Vertrag zusammen, um durch eine bestimmte Tätigkeit einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen, bilden sie nach dem neuen § 1175 I 1 ABGB eine Gesellschaft. Sofern sie keine andere Gesellschaftsform wählen, liegt nach Abs. 1 S. 2 eine GesbR vor, die gemäß Abs. 3 jeden erlaubten Zweck verfolgen und jede erlaubte Tätigkeit zum Gegenstand haben kann. Die GesbR als „Mutter“²⁷ aller übrigen Gesellschaftsformen erfüllt damit weiterhin eine Auffangfunktion, die gerade für konkludente Gesellschaftsgründungen unentbehrlich ist. Noch wichtiger ist die Lückenfüllungsfunktion des GesbR-Rechts für andere Gesellschaftsformen.²⁸ Ganz in diesem Sinne betont der neue § 1175 IV ABGB, dass die GesbR-Bestimmungen auch auf andere Gesellschaften anzuwenden sind, soweit für diese keine besonderen Vorschriften bestehen und ihre Anwendung auch unter Berücksichtigung der für die jeweilige Gesellschaft geltenden Grundsätze angemessen ist.²⁹ Die wortreiche Einschränkung soll eine undifferenzierte Anwendung auf andere Gesellschaftsformen verhindern, vor der das Schrifttum insbesondere in Hinblick auf Kapitalgesellschaften eindringlich warnt.³⁰

23 *Krejci*, GES 2012, 4 (10); näher unter II 3 d.

24 Vgl. ErlRV 270 BlgNR 25. GP 24 ff.

25 Zur Umwandlungspflicht unter II 3 a.

26 Vgl. ErlRV 270 BlgNR 25. GP 4; näher unter II 2 d.

27 *Krejci*, FS Hopf, S. 115.

28 So ErlRV 270 BlgNR 25. GP 3; *Koppensteiner*, wbl 2015, 301 (302).

29 Weiterführend *Koppensteiner*, wbl 2015, 301; kritisch *Harrer*, wbl 2015, 121 (122): „Es wäre ratsam gewesen, diese Büchse der Pandora nicht zu öffnen.“; nachdrücklich *ders.*, RdW 2015, 626.

30 Vgl. *Schauer*, GES 2012, 51 (53); ferner *Koppensteiner*, wbl 2015, 301 (302).

d) Fundamentale Grundsätze des allgemeinen Gesellschaftsrechts

Dessen ungeachtet lassen die Gesetzesmaterialien keinen Zweifel an der Absicht, aus Anlass der Überarbeitung des GesbR-Rechts auch „fundamentale Grundsätze des allgemeinen Gesellschaftsrechts“³¹ festzuschreiben. Im Rahmen dieser Institutionenbildung verdienen die Mitwirkungs- und Interessenwahrungspflicht als Ausprägungen der Treuepflicht, der Gleichbehandlungsgrundsatz und die *actio pro socio* Hervorhebung:

- *Treuepflicht*: Aus der höchstrichterlich anerkannten Treuepflicht, die weithin aus deutschen Quellen geschöpft wurde,³² greift der Reformgesetzgeber in § 1186 I ABGB die Pflichten zur Mitwirkung und Interessenwahrung heraus.³³ Sie treten neben das schon vorher bestehende und jetzt erweiterte Verbot schädlicher Nebengeschäfte gem. § 1187 ABGB.³⁴ Der Sammelbegriff „Treuepflicht“ wird bewusst vermieden, weil er allzu Vielfältiges in sich vereine und nur wesentliche Punkte hervorgehoben werden sollten.³⁵ Zu den Möglichkeiten und Grenzen einer Abbedingung liest man in den Gesetzesmaterialien, dass ein Gesellschafter nur insoweit von seiner Mitwirkungspflicht entbunden werden könne, „als es nicht dem Wesen der Gesellschaft widerspricht“.³⁶ Zum Umkreis der Treuepflicht gehören schließlich auch der hergebrachte,³⁷ aber inhaltlich überarbeitete § 1184 II ABGB und dessen Spiegelregelung in § 109 IV UGB, die sich der Problematik „Sanieren oder Ausscheiden“ annehmen.³⁸ Im Grundsatz besteht danach keine Nachschusspflicht der Gesellschafter. Wäre die Fortführung der Gesellschaft aber sonst nicht möglich, kann die Mehrheit die Leistung von Nachschüssen beschließen. Ein Gesellschafter, der dem Beschluss nicht zugestimmt hat und keinen Nachschuss leistet, kann innerhalb angemessener Frist aus der Gesellschaft austreten oder auf Grund einer Klage der übrigen ausgeschlossen werden.
- *Gleichbehandlungsgrundsatz*: Eng mit der Treuepflicht verknüpft ist das in § 1186 II ABGB und § 112 I 2 UGB neu eingefügte Gebot, die Gesellschafter unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Wenngleich dies schon bisher für alle Gesellschaftsformen anerkannt war,³⁹ fand sich eine ausdrückliche Regelung nur in § 47 a AktG.
- *Actio pro socio*: Schließlich kodifiziert § 1188 S. 1 ABGB erstmalig die Gesellschafterklage. Danach kann die Erfüllung gesellschaftsbezogener Verpflichtungen eines Gesellschafters von jedem Gesellschafter zu Gunsten aller Gesellschafter

31 ErlRV 270 BlgNR 25. GP 13.

32 Vgl. etwa *OGH*, 4 Ob 511/77, SZ 50/88; 7 Ob 607/82, SZ 55/78; 4 Ob 374/86, SZ 59/153.

33 Wörtlich heißt es dort: „Die Gesellschafter haben an der gesellschaftlichen Willensbildung und den zu treffenden Maßnahmen nach Kräften und mit gebotener Sorgfalt mitzuwirken, den Gesellschaftszweck redlich zu fördern und alles zu unterlassen, was den Gesellschaftsinteressen schadet.“ Dem entspricht § 112 I 2 UGB für OG und KG, der ein wichtiges Beispiel für den beschriebenen Rückkoppelungseffekt darstellt.

34 Wörtlich heißt es dort: „Die Gesellschafter dürfen kein der Gesellschaft schädliches Nebengeschäft unternehmen. Für unternehmerisch tätige Gesellschaften gelten überdies die unternehmensrechtlichen Vorschriften über Wettbewerbsverbote und deren Rechtsfolgen.“ Das in Bezug genommene Wettbewerbsverbot für OG und KG findet sich in §§ 112, 113 UGB.

35 Vgl. ErlRV 270 BlgNR 25. GP 13, unter Hinweis auf *Jabornegg*, Die Treuepflicht im Gesellschaftsrecht als verfehltes Denkmuster, FS Krejci, 2001, S. 667.

36 ErlRV 270 BlgNR 25. GP 13.

37 Vgl. bereits § 1189 S. 2 ABGB in der Stammfassung von 1811 („Nachschuß zum Hauptstamme“).

38 Näher dazu *Walch*, RdW 2015, 78 (80 ff.); *Brugger/Schopper*, NZ 2015, 405; *Harrer*, GES 2016, 5; kritisch *Karsten Schmidt*, GES 2012, 22 (30 f.), der lieber auf Abhilfe durch die Rechtsprechung gesetzt hätte.

39 Vgl. nur *OGH*, 5 Ob 764/78, SZ 52/158; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rn. 2/254.

gemeinsam eingefordert werden. Ebenso wie Treuepflicht und Gleichbehandlungsgebot war die *actio pro socio* im Grundsatz allgemein anerkannt, in ihrer dogmatischen Begründung und manchen Details jedoch umstritten.⁴⁰ Einen Streit beendet § 1188 S.2 ABGB, indem er sie für unabdingbar erklärt. Zur Subsidiarität nahm jüngst der *OGH* Stellung und verneinte sie für die GesbR.⁴¹ Inwieweit § 1188 ABGB über § 1175 IV ABGB auf andere Gesellschaftsformen ausstrahlt, hängt ausweislich der Gesetzesmaterialien von der jeweiligen Organisationsform ab.⁴² „Jedenfalls beachtlich“ soll die *actio pro socio* im Bereich des Rechts der eingetragenen Personengesellschaften sein,⁴³ ob subsidiär oder nicht, ist offen.⁴⁴

1004 3. GesbR-spezifischer Ordnungsrahmen

a) Fehlende Rechtsfähigkeit

Für deutsche Juristen auf den ersten Blick überraschend stellt § 1175 II ABGB bündig fest: „Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nicht rechtsfähig.“ Dies entspricht der seit Langem vorherrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Rechtslehre.⁴⁵ Hiervon ließ sich der Reformgesetzgeber auch im Lichte der jüngsten Rechtsfortbildung in Deutschland nicht abbringen. Weil OG und KG seit der Handelsrechtsreform von 2005 als eigene Rechtsträger für jeden erlaubten Zweck und jede erlaubte Tätigkeit gegründet werden können, sah er keine Notwendigkeit, auch der GesbR Rechtspersönlichkeit zuzubilligen. Vielmehr würde das Normativsystem unterlaufen, wenn es möglich wäre, einen eigenen Rechtsträger ohne Eintragung in ein öffentliches Register zu schaffen.⁴⁶ Gesellschafter, die ihrer GesbR Rechtsfähigkeit verleihen wollten, könnten sie auf einfache Weise als OG oder KG ins Firmenbuch eintragen lassen. Eine Verpflichtung zur Umwandlung einer unternehmerisch tätigen GesbR in eine OG oder KG besteht nach § 8 III UGB iVm § 189 UGB, wenn sie bestimmte Umsatzschwellen überschreitet und dadurch rechnungslegungspflichtig wird. Die Novelle erleichtert den Formwechsel nicht nur durch Angleichung des Innenrechts von GesbR und OG, sondern auch durch § 1206 I 2 ABGB, der insoweit eine partielle Gesamtrechtsnachfolge anordnet.⁴⁷

b) Außen- und Innengesellschaft

Konzeptionell verläuft die zentrale Trennlinie nach § 1176 I 1 ABGB zwischen Gesellschaften, die sich auf die Beziehungen der Gesellschafter untereinander beschränken (Innengesellschaft) und solchen, die im Rechtsverkehr auch nach außen gemeinschaftlich auftreten (Außengesellschaft). Maßgebend ist die Vereinbarung der Gesellschafter. Wenn die Gesellschaft ein Unternehmen betreibt oder einen Gesellschaftsnamen führt, wird gem. § 1176 I 2 ABGB vermutet, dass die Gesellschafter eine Au-

40 Vgl. *Schuhmacher* in *Fleischer/Kalss/Vogt*, Enforcement im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 2015, 2015, S. 223 mwN.

41 *OGH*, 6 Ob 61/16 p, NZ 2016, 225, unter Hinweis auf *OGH*, 6 Ob 58/ 00 y, ÖJZ 2000/180.

42 ErlRV 270 BlgNR 25. GP 14.

43 Vgl. ErlRV 270 BlgNR 25. GP 14 mit dem Zusatz: „Die Bestimmung kann zugleich als Grundlage für eine weitere Institutionenbildung durch Rechtsprechung und Lehre dienen.“

44 Vor dem GesbR-RG dafür etwa *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Rn. 2/357; dagegen etwa *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, HdB zum Gesellschaftsrecht, 2007, Rn. 337.

45 Vgl. etwa *OGH*, 1 Ob 558/86, GesRZ 1987, 38; 6 Ob 117/13 v, NZ 2014, 98; ErlRV 270 BlgNR 25. GP 7 mwN.

46 So ausdrücklich ErlRV 270 BlgNR 25. GP 3; zuvor schon *Krejci*, FS Hopf, S. 115, 121 f.

47 Vgl. ErlRV 270 BlgNR 25. GP 8.

Bengesellschaft vereinbaren wollten. Zum Schutz redlicher Geschäftspartner fügt § 1176 II ABGB eine Vertrauensschutzregelung an: Eine Gesellschaft, die ein Unternehmen betreibt oder einen Gesellschaftsnamen führt, nach ihrem Gesellschaftsvertrag aber gleichwohl eine Innengesellschaft ist, kann das einem Dritten nur entgegenhalten, wenn dieser wusste oder hätte wissen müssen, dass es sich bloß um eine Innengesellschaft handelt.

c) Geschäftsführung und Vertretung

Die Geschäftsführung regelt § 1190 ABGB. Absatz 1 sieht nach dem Vorbild des § 115 I UGB für gewöhnliche Angelegenheiten Einzelgeschäftsführung vor. Dabei ließ sich der Reformgesetzgeber von der Erwägung leiten, dass die bisherige Gesamtgeschäftsführung für den „Regelfall“ einer GesbR, die nicht nur hin und wieder Entscheidungen zu treffen habe, sondern laufend Geschäfte tätige, zu schwerfällig sei.⁴⁸ Nur außergewöhnliche Geschäfte bedürfen eines einstimmigen Beschlusses aller Gesellschafter (§ 1190 II ABGB).

Die Befugnis zur Vertretung deckt sich gem. § 1197 I ABGB mit jener zur Geschäftsführung, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht. Dieser Grundsatz erfährt wiederum aus Verkehrsschutzgründen eine Einschränkung, welche die konzeptionelle Trennlinie zwischen Innen- und Außengesellschaft verwischt.⁴⁹ Nach § 1197 II 1 ABGB ist bei einer unternehmerisch tätigen Außengesellschaft die Vertretung durch einen Gesellschafter auch dann wirksam, wenn es ihm an ausreichender Vertretungsmacht mangelte, der Dritte den Mangel aber weder kannte noch kennen musste. Dasselbe gilt nach § 1197 II 2 ABGB für nicht unternehmerisch tätige Außengesellschaften, wenn sich die Gesellschafter als Unternehmer an ihr beteiligen, wie etwa Bau-ARGEs, die nicht auf Dauer iSd § 1 II UGB angelegt sind.⁵⁰

d) Vermögensorganisation

In der Tradition der römischrechtlichen *societas* gründet die Vermögensorganisation der GesbR seit 1811 auf Miteigentum der Gesellschafter zu ideellen Anteilen.⁵¹ Unterschiedliche Versuche der Lehre, eine gesamthänderische Bindung nach dem Vorbild des BGB zu konstruieren,⁵² vermochten sich nicht durchzusetzen. Die Rechtsprechung fand sich lediglich bereit, „unkörperliche Sachen“, insbesondere schuldrechtliche Forderungen, entgegen dem Wortlaut des § 1203 ABGB aF den Gesellschaftern zur gesamten Hand zuzuordnen.⁵³ Daran hält der Reformgesetzgeber mit § 1180 I Hs. 2 ABGB ausdrücklich fest. Demgegenüber ist er bei „körperlichen Sachen“ den römischrechtlichen Wurzeln treu geblieben: Soweit nichts anderes vereinbart ist, stehen sie mit ihrer Einbringung in das Gesellschaftsvermögen gem. § 1180 I Hs. 1 ABGB im Miteigentum der Gesellschafter. Maßgeblich hierfür war weniger die Überzeugung, dies sei die theoretisch beste Lösung,⁵⁴ sondern vielmehr der Umstand, dass dem ABGB das Gesamthandseigentum fremd ist und seine Einführung in das GesbR-Recht

48 ErlRV 270 BlgNR 25. GP 14.

49 Vgl. II 3 b.

50 Dazu ErlRV 270 BlgNR 25. GP 17.

51 Näher *Meissel*, GS Hofmeister, 1996, S. 419, 424 ff.

52 Früh bereits *Wellspacher*, FS ABGB, 1911, Bd. 1, S. 175, 192; *Schuster-Bonott*, FS ABGB, 1911, Bd. 2, S. 955, 958 ff.; vgl. ferner den Überblick bei *Told*, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S. 64 ff.

53 Vgl. Fn. 8.

54 So aber *U. Torggler*, GES 2012, 32 (36).

daher größere legistische Anpassungen im allgemeinen Sachenrecht erfordert hätte.⁵⁵ Außerdem befürchtete man mangels Publizität der GesbR erhebliche Rechtsunsicherheit im Geschäftsverkehr sowie Schwierigkeiten beim Wechsel vom ideellen Miteigentum zum Gesamthandseigentum und umgekehrt.⁵⁶

Der Pferdefuß dieser Vermögensordnung ist ihr „sachenrechtliches Loch“.⁵⁷ Ein Gesellschafter darf zwar auf Grund der gesellschaftsvertraglichen Zweckbindung in der Regel nicht ohne Zustimmung der übrigen über seinen Miteigentumsanteil verfügen.⁵⁸ Dennoch sind vereinbarungswidrige Verfügungen grundsätzlich dinglich wirksam.⁵⁹ Zudem ist ein Miteigentumsanteil den Privatgläubigern des Gesellschafters in Privatinsolvenz und Einzelzwangsvollstreckung ausgesetzt.⁶⁰

1005 e) Haftungsordnung

Die Haftungsordnung der GesbR kann an dieser Stelle nicht vertieft werden. Es muss der Hinweis genügen, dass Gesellschafter für gesellschaftsbezogene Verbindlichkeiten gegenüber Dritten nunmehr gem. § 1199 I ABGB als Gesamtschuldner haften. § 1203 ABGB aF ging demgegenüber noch vom Prinzip der Anteilhaftung aus, doch hatte sich die Praxis hierüber regelmäßig hinweggesetzt.⁶¹

4. Ausgewählte Einzelfragen

Von den zahlreichen reizvollen Einzelfragen können hier nur einige herausgegriffen werden.

a) Sorgfaltsmaßstab

Hervorhebung verdient zunächst der neugefasste Sorgfaltsmaßstab für geschäftsführende Gesellschafter in § 1189 III ABGB. Danach sind die Geschäfte so sorgfältig zu führen, wie es Art und Umfang der Gesellschaft erfordern. Ausweislich der Gesetzesmaterialien wird damit eine Objektivierung der Sorgfaltspflicht erreicht, die dennoch eine Berücksichtigung der konkreten Umstände in der jeweiligen Gesellschaft ermöglicht:

„So werden an die Gesellschafter einer Innen-GesbR mit einem ideellen Zweck (zB Organisation einer privaten Veranstaltung) in der Regel geringere Sorgfaltsanforderungen zu stellen sein als an die – häufig hauptberuflich tätigen – Geschäftsführer einer GesbR, die ein Unternehmen betreibt.“⁶²

Damit liegt das GesbR-Recht wiederum auf einer Linie mit dem OG-Recht, wo die herrschende Lehre nach Aufhebung des als „systemfremd“⁶³ empfundenen Sorgfalts-

55 Vgl. *Schauer*, ZGR 2014, 143 (157).

56 So ErlRV 270 BlgNR 25. GP 11.

57 *Krejci*, FS Hopf, S. 115, 123.

58 Vgl. nur *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR Praxiskommentar, 2012, § 1183 Rn. 8 mwN.

59 *OGH* 5 Ob 297/ 05 w SZ 2006/63; *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR Praxiskommentar, § 1183 Rn. 8 mwN.

60 Vgl. *OGH* 3 Ob 348/97 s GesRZ 2000, 97; 3 Ob 26/ 08 g RdW 2008/360.

61 Vgl. *Wittmann-Tiwald* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.02, 1.2.2014, rdb. at, § 1203 Rn. 8 ff. mwN.

62 ErlRV 270 BlgNR 25. GP 14.

63 ErlRV 1058 BlgNR 22. GP 16 zum HaRÄG; zust. *U. Torggler*, Abschied vom Handelsrecht?, 2005, S. 42.

maßstabs der *diligentia quam in suis* (Art. 7 Nr. 3 EVHGB) im Jahre 2005 auf die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers abstellt.⁶⁴

b) Informationsrechte

Hinzuweisen ist des Weiteren auf die Neufassung der Kontrollrechte der Gesellschafter. Nach § 1194 I 1 ABGB ist ein geschäftsführender Gesellschafter verpflichtet, jedem anderen Gesellschafter die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand der Geschäfte Auskunft zu erteilen und Rechenschaft abzulegen.⁶⁵ Das korrespondierende Auskunftsrecht nichtgeschäftsführender Gesellschafter ist gem. § 1194 II ABGB ebenso unabdingbar wie das § 118 I UGB nachgebildete Einsichtsrecht in die Aufzeichnungen der Gesellschaft nach § 1194 I 2 ABGB.

c) Arbeitsgesellschafter

Ein Lieblingskind des österreichischen Personengesellschaftsrechts ist spätestens seit der HGB-Reform von 2005 der so genannte Arbeitsgesellschafter.⁶⁶ Darunter versteht man nach der neu eingefügten Legaldefinition des § 1182 III 1 ABGB einen Gesellschafter, dessen Beitrag sich auf die Leistung von Diensten beschränkt.⁶⁷ Einem solchen Gesellschafter kann im Gesellschaftsvertrag nach § 1182 III 2 ABGB eine Beteiligungsquote zuerkannt werden, so als ob er einen Kapitalanteil geleistet hätte. Andernfalls erhält er für seine Mitwirkung gem. § 1182 III 3 iVm § 1195 IV 1 ABGB bloß einen den Umständen nach angemessenen Betrag des Jahresgewinns. Schließlich besteht eine Sonderregelung für die Gewichtung des Stimmrechts: Kommt ihm auf Grund des Gesellschaftsvertrags ein Kapitalanteil zu, bleibt es beim Stimmgewicht nach Kapitalanteilen. Andernfalls wird die Stimmenmehrheit gem. § 1192 II 3 ABGB nach Köpfen berechnet, was den Arbeitsgesellschafter bewusst besser stellt.⁶⁸

III. Übertragbarkeit auf das hiesige BGB-Gesellschaftsrecht

Eine prominente Literaturstimme hat das neue österreichische GesbR-Recht kürzlich als „Avantgarde des Personengesellschaftsrechts in der Union“⁶⁹ bezeichnet. Es liegt daher nahe, nach seiner Eignung als Inspirationsquelle für eine Runderneuerung der deutschen BGB-Gesellschaft zu fragen, wie dies auch *Carsten Schäfer* in seinem Juristentagsgutachten verschiedentlich tut.⁷⁰ Nicht behandelt werden kann hier die Frage nach der Vorzugswürdigkeit eines Systemwechsels vom Handels- zum Unternehmensgesetzbuch, denn sie reicht weit über das BGB-Gesellschaftsrecht hinaus.⁷¹

64 Vgl. *Kraus* in *U. Torggler*, UGB, 2. Aufl. 2016, § 114 Rn. 11.

65 Befürwortend etwa *Harrer*, wbl 2015, 121 (125 f.).

66 Ausführlich dazu *Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB, 2007, § 109 Rn. 21 ff.

67 Eingehend und kritisch *Harrer/Pira*, GES 2012, 43 (48 f.), mit der einführenden Bemerkung: „Es fällt nicht leicht, die Gründe zu verstehen, die den Gesetzgeber veranlassen, dem Arbeitsgesellschafter diese Fürsorge zuzuwenden.“

68 Dazu ErlRV 270 BlgNR 25. GP 15: „Gründer werden sich daher sorgfältig überlegen, wie sie den Arbeitsgesellschafter behandeln.“

69 *Wiedemann*, FS Meincke, 2015, S. 423, 426.

70 Vgl. *Schäfer*, Gutachten E zum 71. DJT, E 21 ff.; ferner der Hinweis von *Wiedemann*, FS Meincke, S. 423, 431.

71 Verneinend etwa *Schäfer*, Gutachten E zum 71. DJT, E 32 ff.; bejahend *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013), 712, 728 ff.

1. Regelungstechnik

Eine beherzigenswerte Blaupause bietet das neue österreichische GesbR-Recht zunächst in redaktioneller Hinsicht: Es besticht durch seine klare Gliederung und kluge Zwischenüberschriften, wie man sie hierzulande nur aus dem OHG-Recht, international aber auch von der *société civile* im französischen *Code civil*, der *società semplice* im italienischen *Codice civile* und der *sociedad civil* im spanischen *Codigo civil* kennt.

Ein geteiltes Echo dürfte demgegenüber die Entscheidung des österreichischen Reformgesetzgebers hervorrufen, auf Verweisungen zwischen GesbR und OG nach Möglichkeit zu verzichten und stattdessen Normdoppelungen in Kauf zu nehmen.⁷² Die Vor- und Nachteile der Verweisungstechnik sind in der Literatur zur Gesetzgebungstechnik eingehend aufbereitet⁷³ und im Handbuch der Rechtsförmlichkeit des BMJ prägnant zusammengefasst:⁷⁴ Verweisungen können Texte kurz und einfach halten und sicherstellen, dass für vergleichbare Sachverhalte dieselben Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen gelten. Zugleich leisten sie einen Beitrag zur Systembildung und Rechtsvereinheitlichung, indem sie das Ineinandergreifen der Vorschriften der Gesamtrechtsordnung sichtbar machen. Andererseits erschweren sie den Lesefluss, weil sich der Gesamtregelungsgehalt erst aus dem Zusammenspiel von Ausgangs- und Bezugsnorm ergibt. Dies gilt erst recht, wenn es nicht um eine Binnen-, sondern – wie hier – um eine Außenverweisung geht, die auf Vorschriften eines anderen Gesetzes verweisen würde. Nimmt man hinzu, dass die §§ 705 ff. BGB traditionell die Basisvorschriften des Personengesellschaftsrechts bilden, so sprechen unter dem Strich auch in Deutschland Gründe der Verständlichkeit

1006

und Anschaulichkeit für gewisse Normredundanzen.⁷⁵ Eine österreichische Literaturstimme fügt hinzu, dass die Verdoppelung der Bestimmungen in ABGB und UGB – im Hinblick auf die Kommentierungen der jeweiligen Gesetze – zu einer noch intensiveren Durchdringung der Materie führen könnte.⁷⁶ Ob dies hierzulande angesichts der beträchtlichen Kommentardichte Segen oder Fluch wäre, mag offenbleiben. Richtig ist aber, dass die Befassung mit dem bodenständigen Personengesellschaftsrecht in jüngerer Zeit rapide nachgelassen hat.⁷⁷ Lehrbücher zum „Recht der Personalgesellschaften“⁷⁸ sind heute eine *rara avis*. Als Krone des Fachs gilt stattdessen das Aktien- und Kapitalmarktrecht mit seinem internationalen Flair.

2. Positivierung ungeschriebener gesellschaftsrechtlicher Grundsätze

Ob allgemein anerkannte Figuren des Gesellschaftsrechts gesetzlich festgeschrieben werden sollen, führt in Grundfragen der gesellschaftsrechtlichen Systembildung. Nicht ratsam ist, sie wie die *dispositions générales* in Art. 1832–1844–17 des *Code civil* in einem Allgemeinen Teil vor den §§ 705 ff. BGB anzusiedeln. Im Gegensatz zum französischen Recht mit seinem Einheitsbegriff der *société* sind die Strukturunterschiede

72 Vgl. bereits den Diskussionsbericht von *Hirschfeld*, ZGR 2014, 165 (167).

73 Grundlegend *Karpen*, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, 1970, S. 11 ff., 222 f.

74 Vgl. BMJ, HdB d. Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 225 ff.

75 Im Ergebnis wie hier *Schäfer*, Gutachten E zum 71. DJT, E 54 f.; abw. *Karsten Schmidt*, GES 2012, 22 (24); *ders.*, ZHR 177 (2013), 712 (727, 737), zur Vermeidung „gesetzlicher Redundanz“.

76 So *Schauer*, GES 2012, 51 (57).

77 *Kunz in Arter/Florian*, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, II, 2007, S. 135, 137, spricht aus schweizerischer Sicht von den Personengesellschaften als „Stiefkindern der Gesellschaftsformen“.

78 So der Titel bei *Würdinger*, Gesellschaften I: Recht der Personalgesellschaften, 1937; für einen Überblick über die Spezialliteratur zum Personengesellschaftsrecht seit ihren frühen Anfängen bis in die Gegenwart *Fleischer in Willoweit*, Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, S. 485, 487 ff.

zwischen Personengesellschaft und Körperschaft hierzulande noch so ausgeprägt, dass die Zeit für einen Allgemeinen Teil des (gesamten) Gesellschaftsrechts in Gesetzesform⁷⁹ vorerst nicht gekommen ist. Erwägenswert ist aber die Positivierung einzelner Rechtsfiguren im Rahmen der §§ 705 ff. BGB, sofern sie den Test der Kodifikationsreife bestehen.⁸⁰ Dies führt zu größerer Legitimation und Transparenz und fördert die Anschaulichkeit und Bewusstseinsbildung innerhalb der Rechtsgemeinschaft.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt sich insbesondere eine Kodifizierung der personengesellschaftsrechtlichen Treuepflicht. Sie ist dogmatisch ausgereift und dient den Gesellschaftern als fokales Prinzip, aus dem sich Entscheidungsregeln zur Bewältigung noch unbekannter Konfliktlagen ableiten lassen.⁸¹ Unter dem Gesichtspunkt der Orientierungs- und Edukationsfunktion der *lex scripta* sollte auch das Wettbewerbsverbot in Anlehnung an §§ 112, 113 HGB festgeschrieben werden.⁸² Dagegen erscheint eine Kodifizierung der „Sanieren oder Ausscheiden“-Rechtsprechung nicht angezeigt, weil ihre Entwicklung noch nicht abgeschlossen ist⁸³ und ihre rechtssatzförmige Verdichtung wegen ihres starken Einzelfallbezugs an Grenzen stößt. Die vom österreichischen Reformgesetzgeber aufgeworfene Frage nach der Abdingbarkeit der Treuepflicht lässt sich schwerlich unter Rückgriff auf das Wesen der Gesellschaft beantworten, sondern bedarf einer differenzierten Betrachtung.⁸⁴ Was den Gleichbehandlungsgrundsatz anbelangt, so steht er hierzulande seit jeher im Schatten der weit aus wirkungsvolleren Treuepflicht.⁸⁵ Seine Positivierung wäre daher nicht vordringlich, aber unschädlich.

Für die *actio pro socio* ging der BGB-Gesetzgeber wie selbstverständlich davon aus, dass sie aus dem gegenseitigen Beitragsversprechen der Gesellschafter folgt und kodifizierte sie deshalb nicht.⁸⁶ Ihre prinzipielle Anerkennung in Rechtsprechung und Rechtslehre steht seit Langem außer Streit.⁸⁷ Wichtige Einzelfragen sind mangels eindeutiger gesetzlicher Grundlage aber nach wie vor umstritten: Macht der klagende Gesellschafter mit der *actio pro socio* einen eigenen Anspruch geltend oder verfolgt er im Wege der Prozessstandschaft ein fremdes Recht? Ist die Anspruchsverfolgung vor-

-
- 79 Zu wissenschaftlichen Vorarbeiten in Deutschland: *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 1980; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002; in Österreich: *Krejci*, Gesellschaftsrecht I, 2005, S. 6: „Dass sich der Gesetzgeber die Mühe machen wird, die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, soweit dies zweckmäßig ist, zu harmonisieren und so ein Allgemeines Gesellschaftsrecht zu schaffen, ist nicht zu erwarten. Diese Arbeit zu leisten bleibt der Lehre vorbehalten. [...] Dieses Lehrbuch legt kein ‚Allgemeines Gesellschaftsrecht‘ vor, versucht aber, gemeinsame Grundbegriffe und Grundfragen des Gesellschaftsrechts der Darstellung der einzelnen Rechtsformen voranzustellen [...].“
- 80 Abw. *Schäfer*, Gutachten E zum 71. DJT, E 41 ff.
- 81 Vgl. *Fleischer*, ZGR 2001, 1 (5); *Klöhn*, AcP 216 (2016), 281, 309.
- 82 Zur Festschreibung der organschaftlichen Treuepflicht aus ähnlichen Gründen *Fleischer*, DB 2014, 1971; für eine abweichende Einschätzung des historischen BGB-Gesetzgebers *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, S. 336: „Zu einer speziellen Vorschrift, welche die Erwerbsgesellschaften im Auge hätte, etwa nach Anleitung des HGB. 96, 97, fehlt es für die durch das BGB geregelten Gesellschaften an zureichenden Gründen.“
- 83 Vertiefend zuletzt *Schneider*, Gesellschafter-Stimpfpflichten bei Sanierungen, 2014.
- 84 Eingehend und rechtsvergleichend *Fleischer/Harzmeier*, NZG 2015, 1289 (1293 ff.): keine Pauschalabbedingung, Zulässigkeit von Modulationen der Treuepflicht vorbehaltlich einer Spezifizierung und unter Einhaltung der allgemeinen Grenzen der Sittenwidrigkeit.
- 85 Zu den Gründen *Fleischer* in *Schmidt/Lutter*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 53 a Rn. 12.
- 86 Vgl. *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, S. 332.
- 87 Eingehend zuletzt *Grunewald* in *Fleischer/Kalss/Vogt*, Enforcement im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2015, S. 209 ff. mwN.

behaltlich der Treuepflicht grundsätzlich zulässig oder handelt es sich bei der *actio pro socio* nur um einen subsidiären Notrechtsbehelf? Die wesentlichen Argumente sind ausgetauscht,⁸⁸ neuere Erkenntnisse kaum mehr zu erwarten. Der Gesetzgeber könnte (und sollte) die *actio pro socio* daher im Rahmen einer GbR-Reform gesetzlich festschreiben und verbliebene Streitfragen – insbesondere die Subsidiaritätsfrage – autoritativ entscheiden. International ist sie nicht nur in Österreich, sondern für Ersatzansprüche wegen pflichtwidriger Geschäftsführung auch in Frankreich und Schweden kodifiziert. Gerade der im Allgemeinen Teil des französischen Gesellschaftsrechts angesiedelte Art. 1843–5 C. civ. gibt wichtige Fingerzeige für eine rechtsformübergreifende Institutionenbildung, bei der man hierzulande auch den im Jahre 2005 eingeführten § 148 AktG in den Blick nehmen müsste.⁸⁹

3. GbR-spezifischer Ordnungsrahmen

a) Rechtsfähigkeit

Die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts besitzt nach dem rechtsfortbildenden Urteil des *BGH* in Sachen *ARGE Weißes Ross* Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechten und Pflichten begründet.⁹⁰ Hiervon wieder abzurücken, besteht auch im Lichte der österreichischen GesbR-Reform keine Veranlassung. Anders als in Österreich stehen OHG und KG in Deutschland nämlich nicht für freiberufliche oder ideelle Personenzusammenschlüsse zur Verfügung. Eine Rechtsrückbildung steht daher nicht ernsthaft zur Diskussion;⁹¹ vielmehr empfiehlt es sich, mit umgekehrter Marschrichtung den Weg zur Verselbstständigung der Außen-GbR entschlossen fortzusetzen.

Auf einer prinzipiellen Ebene kann uns das österreichische GesbR-Recht dabei durchaus als Vorbild dienen. Wie erwähnt, hat der dortige Reformgesetzgeber die Ablehnung der Rechtsfähigkeit unter anderem mit dem System der Normativbestimmungen begründet: ohne Registerpublizität keine Rechtsfähigkeit! Ins Positive gewendet folgt daraus für das deutsche Recht, dass für die rechtsfähige Außen-GbR ein öffentliches Register geschaffen werden sollte, um ihr notorisches Publizitätsdefizit zu beseitigen.⁹²

b) Außen- und Innengesellschaft

Kennzeichnend für das BGB-Gesellschaftsrecht ist seit seinen Anfängen ein fortwährendes Spannungsverhältnis zwischen Einheit und Vielheit. Von den §§ 705 ff. BGB als einheitlicher Universaltypus konzipiert, begegnet die GbR rechtspraktisch in mannigfaltigen Erscheinungsformen.⁹³ Aufgabe einer Gesetzesreform kann es allerdings nicht sein, für sämtliche Fallgruppen eigenständige Vorschriften bereitzustellen. Vielmehr muss sie sich aus Gründen der Regelungsökonomie auf die systembildenden Kategorien konzentrieren. Der österreichische Reformgesetzgeber hat die zentrale Trennlinie in

88 Umfassend etwa *Bork/Oepen*, ZGR 2001, 515; *Mock*, RabelsZ 72 (2008), 264.

89 Näher dazu *Verse*, FS Schneider, 2011, S. 1325.

90 So *BGHZ* 146, 341 = NZG 2001, 311, Leitsatz 1; zu den Gründen und Hintergründen *Wedemann* in *Kalss/Fleischer/Vogt*, Bahnbrechende Entscheidungen – Gesellschafts- und Kapitalmarktrechtsgeschichten, 2016, S. 29.

91 Wie hier *Schäfer*, Gutachten E zum 71. DJT, E 28; zum heutigen Entwicklungsstand *Armbrüster*, ZGR 2013, 366; Grundsatzkritik am neuen Konzept aber noch bei *Beuthien*, NZG 2011, 481 (485 ff.).

92 Für einen Überblick über die verschiedenen Lösungsvorschläge *Schäfer*, Gutachten E zum 71. DJT, E 61 ff. mwN.

93 Vgl. *MüKoBGB/Ulmer/Schäfer*, 6. Aufl. 2013, vor § 705 Rn. 34 ff.

§ 1176 I 1 ABGB zwischen Außen- und Innengesellschaften gezogen. Hieran sollte man sich auch in Deutschland orientieren. Die Unterteilung in Außen- und Innengesellschaften fand schon früh nach Erlass des BGB prominente Fürsprecher.⁹⁴ Sie wird seit der Grundsatzentscheidung des *BGH* in Sachen *ARGE Weißes Ross* zur Separierung von rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger GbR herangezogen.⁹⁵ Als *summa divisio* hat sie schließlich auch in der jüngsten Reformdiskussion Anklang gefunden.⁹⁶

Schwieriger ist die Anschlussfrage, ob es noch weitere Unterteilungen bedarf. Nicht wieder aufgegriffen wurde in der jüngeren Debatte die Dichotomie zwischen Ideal- und Wirtschaftsgesellschaft,⁹⁷ ebenso wenig die Aufteilung nach Art der internen Vermögensbildung.⁹⁸ Überholt ist wohl auch eine generelle Dreiteilung in schlicht zivilistische (Innen-)Gesellschaften, Gesamthandsverhältnisse nach Art gebundenen Miteigentums ohne Gesellschaftsorgane und unternehmenstragende Gesellschaften.⁹⁹ Denkbar sind aber Sonderregeln für Erwerbsgesellschaften¹⁰⁰ bzw. unternehmerisch tätige Gesellschaften, um deren spezifischen Bedürfnissen besser Rechnung zu tragen. Der österreichische Reformgesetzgeber hat hiervon (nur) in homöopathischen Dosen Gebrauch gemacht. Diese Zurückhaltung trifft u. E. das Richtige.¹⁰¹ Als allgemeine Richtschnur für eine GbR-Reform sollte gelten: so viel Ausdifferenzierung wie nötig, so wenig Ausdifferenzierung wie möglich! Weitergehende Vorschläge¹⁰² geben ohne Not das „Prinzip der Universalität“¹⁰³ auf und verlieren das legistische Ziel einer sparsamen Kategorienbildung aus den Augen. In Abwandlung eines berühmten *Montesquieu*-Wortes: Wo es nicht nötig ist, eine zusätzliche Unterscheidung vorzunehmen, da ist es nötig, keine zusätzliche Unterscheidung vorzunehmen. Infolgedessen ist je-

-
- 94 Vgl. etwa *Dernburg/Raape*, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl., Bd. II, 1915, § 356 I 3, S. 653: „Vornehmlich sind Außengesellschaften und Innengesellschaften zu unterscheiden“; ferner *Cosack/Mitteis*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 7./8. Aufl. 1924, § 3 III 1, S. 5: „Man kann die Gesellschaft alsdann Innengesellschaft und im Gegensatz zu ihr jede Gesellschaft, die eine solche Abrede nicht getroffen hat, Außengesellschaft nennen.“
- 95 Vgl. *BGHZ* 146, 341 = NZG 2001, 311, Leitsatz 1.
- 96 Vgl. *Schäfer*, Gutachten E zum 71. DJT, E 27 ff.; *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013), 712, 720 f.
- 97 Dafür *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1977, § 12 III, S. 178 ff., § 16 V, S. 330 ff.
- 98 Dafür *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958, § 175 IV, S. 729, die zwischen vermögenslosen Gesellschaften, solchen mit Bruchteilseigentum und anderen mit Gesamthandseigentum unterscheiden.
- 99 So noch *Karsten Schmidt* in *BMJ*, Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, 1983, S. 413, 448, 484 ff., 496 ff., 518 ff.; hieran heute nicht mehr festhaltend *ders.*, ZHR 177 (2013), 712, 715 f.
- 100 Zum Begriff und Konzept der Erwerbsgesellschaft im Dresdener Entwurf sowie in §§ 659 E I, 675 E II BGB und seiner sehr späten Streichung im Gesetzgebungsverfahren HKK-BGB/*Lepsius*, 2013, §§ 705–740 Rn. 9 u. 71 f.
- 101 Wie hier *Schäfer*, Gutachten E zum 71. DJT, E 72; von einer „marginalisierten Sonderrolle“ spricht auch *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013), 712, 717, doch umfasst sein Vorschlag eines neuen § 719 E-BGB (S. 737) eine stattliche Anzahl von Vorschriften.
- 102 Vgl. *MüKoBGB/Ulmer/Schäfer*, vor § 705 BGB Rn. 26, wonach sich bei einer grundlegenden Überarbeitung des Rechts der GbR „eine stärkere Differenzierung nach den verschiedenen Arten der in der Rechtsform der GbR gegründeten Personenverbindungen empfehlen würde“; ähnlich *HKK-BGB/Lepsius*, §§ 705–740 BGB Rn. 87: „Daher ist *de lege ferenda* eine Rückbesinnung auf die unterschiedlichen Fallgruppen der *societas*, wie sie im römischen und gemeinen Recht angelegt waren und zu den zeitweilig wesentlich ausdifferenzierteren Formen von allgemeinen Kollektiverwerbsgesellschaften sowie Gelegenheitsgesellschaften angezeigt.“; näher zur Vielfalt der *societas* in Vertragspraxis und Jurisprudenz *Meissel*, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrags*, 2004, S. 63 ff.
- 103 *Karsten Schmidt* in *BMJ*, Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, S. 413, 460.

weils bei der konkreten Sachfrage zu prüfen, ob eine besondere Regelung für die unternehmenstragende¹⁰⁴ GbR sinnvoll und erforderlich ist.

c) Geschäftsführung und Vertretung

Gemäß § 709 I BGB steht die Führung der Geschäfte der Gesellschaft den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Ein Gegenmodell verwirklicht § 1190 I ABGB, der die Einzelgeschäftsführung aus dem OG-Recht übernommen hat. Ob sich dies nach dem Vorbild des § 115 I HGB auch hierzulande empfiehlt, wird bisher selten diskutiert.¹⁰⁵ Für Gesamtgeschäftsführung sprechen vor allem Erwägungen der Risikobegrenzung, gerade bei geschäftlich unerfahrenen Gesellschaftern oder weniger intensiver Marktteilnahme; für Einzelgeschäftsführung solche der Arbeitsteilung, Flexibilität und Schnelligkeit. International ist Einzelgeschäftsführung der gesetzliche Regelfall. Sie gilt etwa – häufig kombiniert mit einem Widerspruchsrecht anderer Geschäftsführer – in Belgien, Frankreich, Italien, Spanien, den Niederlanden, der Schweiz und den Vereinigten Staaten;¹⁰⁶ Gesamtgeschäftsführung ist demgegenüber nur in Großbritannien, Schweden und Russland anzutreffen. Das rechtspolitische Ringen um das bessere Modell verliert dadurch an Schärfe, dass die jeweilige Vorschrift fast überall dispositiv ist. Zu suchen ist somit nur die bessere Auffangregelung. Hierbei hilft heute

1008

eine reichhaltige Literatur zu Theorie und Funktion dispositiven Gesetzesrechts. Ihren Empfehlungen zufolge sollen gesetzliche Auffangregelungen jene Vereinbarungen nachbilden, auf die sich die Vertragspartner in Verhandlungen mehrheitlich verständigt hätten (so genannte *majoritarian default rule*).¹⁰⁷ Der historische BGB-Gesetzgeber ist dem in der Sache gefolgt, als er für § 709 I BGB am Leitbild der Nichterwerbsgesellschaft¹⁰⁸ bzw. Gelegenheitsgesellschaft „ohne ein gegenseitiges besonderes Vertrauensverhältnis“¹⁰⁹ Maß genommen hat. Umgekehrt hat der österreichische Reformgesetzgeber § 1190 I ABGB damit gerechtfertigt, dass er für Organisationen passe, die laufend Geschäfte tätigen, was „der Regelfall bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts“¹¹⁰ sei. Mangels belastbarer empirischer Daten zur GbR lässt sich nicht verlässlich feststellen, welches Leitbild die heutige Rechtswirklichkeit in Deutschland besser abbildet: die Nichterwerbs- bzw. Gelegenheits-GbR oder die unternehmenstragende GbR. Für eine Beibehaltung des *status quo* in § 709 I BGB könnte sprechen, dass Gesellschaftern einer unternehmenstragenden GbR die privatautonome Vereinbarung von

-
- 104 Ob es sachlich und terminologisch sinnvoll ist, auf „unternehmenstragende“ oder auf „gewerbliche und freiberufliche“ Gesellschaften abzustellen, soll hier dahinstehen; für Ersteres *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013), 712, 716 f.; für Letzteres *Schäfer*, Gutachten E zum 71. DJT, E 71 f.
- 105 Für Einzelgeschäftsführungsbefugnis bei gewerblichen oder freiberuflich tätigen Gesellschaften entsprechend § 115 HGB *Schäfer*, Gutachten E zum 71. DJT, E 85.
- 106 Relativierend ist aber hinzuzufügen, dass die „zivilistische“ Gesellschaft mancherorts nur für die gemeinsame wirtschaftliche Betätigung zur Verfügung steht und dass nicht überall zwischen „bürgerlicher“ Gesellschaft und Handelsgesellschaft unterschieden wird.
- 107 Vgl. speziell zum Gesellschaftsrecht *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 692; allgemein *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 2012, S. 96 ff.; *Möslein*, Dispositives Recht, 2012, S. 91 ff.
- 108 So in Ablehnung eines Änderungsantrags von *Derscheid*, wo als typisches Beispiel einer GbR die Nichterwerbsgesellschaft, namentlich das Ankaufen eines Pferdes zum gemeinsamen Gebrauch, genannt wurde; vgl. *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des BGB in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Bd. III, S. 254 f.
- 109 Reichs-Justizamt, Zusammenstellung der gutachterlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines BGB, 1890, S. 350 (Vorschlag *Boyens*).
- 110 ErlRV 270 BlgNR 25. GP 14.

Einzelgeschäftsführung eher zumutbar erscheint als Gelegenheitsgesellschaftern bei umgekehrter Ausgangsregelung die Vereinbarung von Gesamtgeschäftsführung. Zudem mag der Gesichtspunkt der Risikoaversion wegen der unbeschränkten persönlichen Haftung eine paternalistische *default rule* nahe legen.¹¹¹ Gut begründen lässt aber ebenso die Einführung von Einzelgeschäftsführung (nur) für die unternehmerisch tätige GbR. Kurzum: Beide Lösungsalternativen sind von der Art, dass eine verständige Auswahl des Gesetzgebers schwanken darf. Dagegen schießt die unterschiedslose Einführung von Einzelgeschäftsführung nach dem Muster des § 1190 I ABGB über das Ziel hinaus, auch wenn sie nur für gewöhnliche Angelegenheiten gilt.

Nach der Auslegungsregel des § 714 BGB ist ein Gesellschafter im Zweifel vertretungsberechtigt, soweit ihm die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht. Für eine weitergehende (Verkehrsschutz-)Regelung nach dem Vorbild des § 126 HGB sah der historische Gesetzgeber kein Bedürfnis.¹¹² Daher können interne Beschränkungen der Vertretungsmacht Dritten grundsätzlich entgegengesetzt werden. Allerdings gelten die Regeln zur Duldungs- und Anscheinsvollmacht. Eine analoge Anwendung des § 126 HGB auf die Außen-GbR lehnt die herrschende Meinung nach geltendem Recht ab.¹¹³ *De lege ferenda* wird teilweise vorgeschlagen, diese Regelung allgemein auf die rechtsfähige GbR zu übertragen.¹¹⁴ Andere Stimmen werben für die Einführung eines Registers, in das Beschränkungen der Vertretungsmacht eingetragen werden müssen,¹¹⁵ oder für eine an § 1197 II 1 ABGB orientierte Verkehrsschutzregelung (nur) für die unternehmenstragende GbR.¹¹⁶ International können interne Beschränkungen Dritten überwiegend entgegengesetzt werden, etwa in Belgien, Italien, Spanien, den Niederlanden, der Schweiz, Schweden, Russland und den Vereinigten Staaten. Die Interessen der Dritten werden dort durch Rechtsscheinsgrundsätze gewahrt. Hierzulande ist *de lege ferenda* von einer undifferenzierten Anwendung des § 126 HGB auf die Außen-GbR abzuraten. Bei der erforderlichen Abwägung zwischen Verkehrs- und Mitgesellschafterenschutz¹¹⁷ sprechen jedoch gute Gründe dafür, zu Lasten der Gesellschafter einer unternehmenstragenden GbR nach österreichischem Vorbild eine schneidigere Verkehrsschutzregelung anzuordnen.¹¹⁸

d) Vermögensorganisation

Nach § 718 I BGB werden die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter. Dieses so genannte Gesamthandsvermögen bildet das sachenrechtliche Rückgrat der Außen-GbR; seine drei „Basisregeln“ zur Entstehung, Erhaltung und Verwaltung des Sondervermögens finden sich in den §§ 718, 719, 738

-
- 111 Allgemein zur Risikoaversion im Zusammenhang mit der Legitimation der Haftungsbeschränkung im Kapitalgesellschaftsrecht *Fleischer*, ZGR 2001, 1 (17 f.).
- 112 Vgl. *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, S. 341.
- 113 Vgl. *Hadding/Kießling* in *Soergel*, BGB, 13. Aufl. 2012, § 714 Rn. 25.
- 114 So *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013), 712, 737.
- 115 So *Röder*, AcP 215 (2015), 450, 509.
- 116 So *Schäfer*, Gutachten E zum 71. DJT, E 84 f.
- 117 Dazu und allgemein zum Grundsatz der unbeschränkten und unbeschränkaren Vertretungsmacht der Geschäftsleiter *Fleischer*, FS Huber, 2006, S. 720.
- 118 Für einen Mindestvertrauensschutz bei einer Tätigkeit „im Geschäftsbereich der Gesellschaft“ auch *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, § 7 III 3 b, S. 656, mit der Erwägung, dass selbstständige Organisationen, die am Markt teilnehmen, nicht nur die Vorteile einer arbeitsteiligen Wirtschaft, sondern auch die damit verbundenen Risiken zu tragen haben.

BGB.¹¹⁹ Der österreichische GesbR-Reformgesetzgeber vermochte sich nicht zur Einführung des Gesamthandsprinzips für „körperliche Sachen“ durchzuringen, obwohl in der vorbereitenden Diskussion verschiedene Varianten durchgespielt wurden.¹²⁰ Seine Argumente sind im Wesentlichen solche der Pfadabhängigkeit und Praktikabilität: Dem ABGB sei das Gesamthandseigentum in sämtlichen Varianten fremd und seine Einführung könnte daher zu erheblichen Rechtsunsicherheiten im Geschäftsverkehr führen.¹²¹ Mit den gleichen Argumenten ließe sich das deutschrechtliche Gesamthandsprinzip¹²² verteidigen, so dass die österreichische Reformdiskussion in diesem Punkt keine neuen Anregungen bietet. Dies heißt aber nicht, dass Rechtsvergleichung insoweit unergiebig wäre. Ganz im Gegenteil: Gerade im Hinblick auf die Vermögensordnung kann eine rechtsvergleichende Perspektive einen Kontrapunkt zur germanozentrierten Grundsatzdiskussion setzen. So zeigt ein Blick in die romanischen Rechtsordnungen, die kein Gesamthandseigentum kennen, dass auch andere Konstruktionsmodelle des Gesellschaftsvermögens denkbar sind und in der Praxis zu zufriedenstellenden Ergebnissen führen können. Einzelheiten sind anderwärts zu vertiefen.

4. Ausgewählte Einzelfragen

a) Sorgfaltsmaßstab

1009 Gemäß § 708 BGB haftet ein Gesellschafter bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für eigenübliche Sorgfalt. Ganz überwiegend stellt man dieser Vorschrift kein günstiges Zeugnis aus,¹²³ wenngleich manche Stimmen für ihre Beibehaltung werben.¹²⁴ Wie andernorts dargetan, sprechen rechtspolitisch bessere Gründe gegen die eigenübliche Diligenz und für die verkehrübliche Sorgfalt als gesetzliche Auffangregelung.¹²⁵ Dieses Ziel ließe sich am einfachsten durch eine ersatzlose Streichung des § 708 BGB erreichen.¹²⁶ Allerdings bestünde dann die Gefahr, dass die Gerichte den objektiven Sorgfaltsmaßstab des § 276 II BGB allzu schematisch anwenden, ohne auf die jeweiligen Fallumstände hinreichend Rücksicht zu nehmen. Daher könnte es sinnvoll sein, ihnen durch eine spezielle Vorschrift vor Augen zu führen, dass die Sorgfaltspflichten der Personengeschafter vor allem nach den konkreten Umständen zu bestimmen sind. Hierin liegt der besondere Charme des neuen § 1189 III 1 ABGB, der die geschäftsführenden GesbR-Gesellschafter dazu anhält, die Geschäfte so sorgfältig zu führen, wie es Art und Umfang der Gesellschaft erfordern. Eine ähnliche Formulierung könnte auch hierzulande der Typenvielfalt der GbR Rechnung tragen, ohne von einer gesetzlichen Einheitsregelung abzurücken.

119 Eingehend *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, § 5 II 1, S. 254 ff.

120 Näher *Told*, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S. 77 ff. (Gesamthandseigentum im engeren Sinne), S. 92 ff. (Gesamthandseigentum im weiteren Sinne); eingehend auch *Krejci*, FS 200 Jahre ABGB, S. 1191.

121 Vgl. ErlRV 270 BlgNR 25. GP 11.

122 Eingehend zur Dogmengeschichte *HKK-BGB/Lepsius*, §§ 705–740 BGB Rn. 149 ff.; monografisch *F. Limbach*, Gesamthand und Gesellschaft, 2016.

123 Vgl. etwa *Hadding/Kießling* in *Soergel*, BGB, § 708 BGB Rn. 2 mwN.

124 So etwa *Schäfer*, Gutachten E zum 71. DJT, E 88.

125 Näher *Fleischer/Danninger*, NZG 2016, 481 (489 ff.).

126 Hierfür etwa *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013), 712, 727 f.

b) Informationsrechte

Das Kontrollrecht des § 716 I BGB ist defizitär und dringend reformbedürftig.¹²⁷ Auskunft oder laufende Berichterstattung kann ein einzelner Gesellschafter hiernach grundsätzlich nicht verlangen.¹²⁸ Ein solcher Anspruch steht vielmehr nur der Gesamthand nach §§ 713, 666 BGB zu. Moderner und überzeugender verpflichtet § 1194 I ABGB einen geschäftsführenden Gesellschafter, jedem anderen Gesellschafter die erforderlichen Nachrichten zu geben und auf Verlangen über den Stand der Geschäfte Auskunft zu erteilen. Ähnlich fortschrittlich präsentiert sich § 403 (c) (1) und (2) des US-amerikanischen *Revised Uniform Partnership Act*, der zwischen Informationsbereitstellung „without demand“ und „on demand“ differenziert. Anders als § 716 II BGB erklärt § 1194 II ABGB die Kontrollrechte der Gesellschafter mit Recht für unabdingbar. Eine Schranke für ihre Ausübung bildet lediglich der Rechtsmissbrauch.¹²⁹ Dass die § 716 II BGB, § 118 II HGB das Kontrollrecht demgegenüber nur dann als unabdingbar ansehen, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht, verträgt sich nicht mit der unbeschränkten persönlichen Haftung eines BGB- oder OHG-Gesellschafters. Zudem bestehen Wertungswidersprüche zum Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, das nach § 51 a III GmbHG satzungsfest ist.

c) Arbeitsgesellschafter

Dem so genannten Arbeitsgesellschafter lässt das BGB nicht die gleiche Fürsorge angedeihen wie das ABGB. § 706 III BGB bestimmt lediglich, dass der Beitrag eines Gesellschafters auch in der Leistung von Diensten bestehen kann, und § 733 II 3 BGB ergänzt, dass für Einlagen, die in der Leistung von Diensten bestanden haben, bei der Auseinandersetzung kein Ersatz verlangt werden kann. Eine übergreifende Regelung oder gar eine Privilegierung des nur Arbeitsleistungen einbringenden Gesellschafters ist nicht vorgesehen. Für ein dahingehendes gesetzgeberisches Bedürfnis fehlen bisher schlagkräftige Belege; der *BGH* hat sich bisher nur vereinzelt mit den zitierten Vorschriften beschäftigt.¹³⁰ Dessen ungeachtet lohnt sich eine vertiefte wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Arbeitsgesellschafter, dem *socio d'opera*, unter Einschluss rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Querbezüge.¹³¹

IV. Ergebnisse

1. Die dringend notwendige Neuordnung der §§ 705 ff. BGB betrifft das nationale Recht, sollte aber – wie weiland bei Ausarbeitung des BGB – auf rechtsvergleichend informierter Grundlage erfolgen. Als Inspirationsquelle und Referenzmodell eignet sich insbesondere das Recht der österreichischen GesbR, das im Jahre 2015 grundlegend reformiert wurde.
2. Eine beherzigenswerte Blaupause bildet das neugeordnete GesbR-Recht zunächst im Hinblick auf seine klare Gliederung und die klugen Zwischenüberschriften. Auch der

127 Ebenso *Wiedemann*, FS Meincke, 2015, S. 423, 433: „Der Inhalt der Vorschrift stammt weitgehend wortgleich aus Art. 94 ADHGB 1863, also aus einer eher informationsfeindlichen Epoche.“
128 Vgl. *MüKoBGB/Schäfer*, 6. Aufl. 2013, § 716 Rn. 12.
129 So ErlRV 270 BlgNR 25. GP 15.
130 Vgl. *BGH*, WM 1962, 1086; NJW 1980, 1744; NJW 1983, 1188; NJW 1986, 51.
131 Rechtsgeschichtlich *Santucci*, Il socio d'opera in diritto romano, 2000; dazu *Meissel*, ZRG-RA 117 (2000), 554; rechtsvergleichend *Campobasso*, Diritto delle società, 9. Aufl. 2015, S. 73 ff.

weitgehende Verzicht auf Verweisungen zwischen GesbR und OG verdient insgesamt den Vorzug gegenüber dem Alternativmodell einer extensiven Außenverweisung.

3. Nach österreichischem Vorbild empfiehlt es sich ferner, bei einer GbR-Reform bisher ungeschriebene Rechtsfiguren im Rahmen der §§ 705 ff. BGB zu positivieren, sofern sie den Test der Kodifikationsreife bestehen. Hierzu gehören die personengesellschaftsrechtliche Treuepflicht, das Wettbewerbsverbot und die *actio pro socio*. Eine gesetzliche Festschreibung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist nicht vordringlich, aber unschädlich. Abzuraten ist dagegen von einer Kodifizierung der „Sanieren oder Ausscheiden“-Rechtsprechung.

4. Nicht zur Nachahmung eignet sich die Entscheidung des österreichischen Reformgesetzgebers, der (Außen-)GesbR die Rechtsfähigkeit vorzuenthalten. Sie ist im dortigen System mit seinem zweckoffenen OG-Recht stimmig; hierzulande steht eine Rechtsrückbildung allerdings nicht ernsthaft zur Diskussion. Vorbildlich ist hingegen die zentrale Trennlinie des reformierten GesbR-Rechts zwischen Außen- und Innengesellschaft. Zusätzliche Sonderregeln für die unternehmenstragende GbR können bei einzelnen Sachfragen sinnvoll sein, sollten insgesamt aber nur zurückhaltend aufgenommen werden. Allgemein gilt als gesetzgeberische Richtschnur für eine GbR-Reform: So viel Ausdifferenzierung wie nötig, so wenig Ausdifferenzierung wie möglich!

5. Von einer unterschiedslosen Einführung von Einzelgeschäftsführung für die Außen-GbR nach österreichischem Vorbild ist abzuraten. Im Übrigen darf eine verständige Auswahl des Gesetzgebers schwanken zwischen der generellen Beibehaltung von Gesamtgeschäftsführung und Einzelgeschäftsführung (nur) für die unternehmenstragende GbR. Ebenso wenig empfiehlt sich *de lege ferenda* bei der Vertretung eine undifferenzierte Anwendung des § 126 HGB auf die Außen-GbR. Gute Gründe sprechen aber für eine schneidigere Verkehrsschutzregelung bei der unternehmenstragenden GbR.

6. Argumente der Pfadabhängigkeit und Praktikabilität, mit denen der österreichische Reformgesetzgeber die Einführung des Gesamthandsprinzips für „körperliche Sachen“ abgelehnt hat, bieten für die hiesige Reformdebatte keine neuen Anregungen. Gerade im Hinblick auf die Vermögensordnung sollten als Kontrapunkt zur germanozentrierten Gesamthandsdiskussion aber andere ausländische Alternativmodelle untersucht werden.

1010 7. Weitere Anregungen für Retuschierungen in Einzelfragen bieten die neuen GesbR-Vorschriften zum Sorgfaltsmaßstab des geschäftsführenden Gesellschafters und zu den Informationsrechten. Eine besondere legislatorische Fürsorge für den so genannten Arbeitsgesellschafter erscheint hierzulande dagegen nicht veranlasst.

8. Neben dem Seitenblick nach Österreich lohnt sich vor einer Runderneuerung der §§ 705 ff. BGB eine umfassende rechtsvergleichende Bestandsaufnahme. Sie verspricht, gerade auch bei Einbeziehung dogmengeschichtlicher Entwicklungslinien,¹³² wertvolle Einsichten für eine Modernisierung unseres Personengesellschaftsrechts.¹³³

132 Vgl. am Beispiel der *societas leonina* und der Zulässigkeit gewinn- und stimmrechtsloser Personengesellschaftsanteile *Fleischer*, FS Köndgen, 2016, S. 201.

133 Abw. *Schäfer*, Gutachten E zum 71. DJT, E 17, wonach von den übrigen Rechtsordnungen konkrete rechtspolitische Impulse kaum zu erwarten seien; eingehend (demnächst) *Fleischer*, Personengesellschaften im Rechtsvergleich, mit Länderberichten zum deutschen, österreichischen, schweizerischen, französischen, italienischen, spanischen, niederländischen, belgischen, schwedischen, russischen, englischen, US-amerikanischen und japanischen Recht.