

3. Leitfaden zur gesellschaftsvertraglichen Gestaltung

Der Gesellschaftsvertrag einer OG, deren Zweck in der Beteiligung mehrerer Personen an einem Wohnungseigentumsobjekt liegt, unterscheidet sich vielfach vom klassischen Gesellschaftsvertrag. In einigen Fällen ist es jedenfalls geboten, von den gesetzlichen Regelungen abzuweichen, um die gewünschten Ergebnisse zu erzielen. Dieses Kapitel stellt Gestaltungsvarianten im Gesellschaftsvertrag der OG vor.

3.1. Vorbemerkung

Entscheidet man sich bei Beteiligung mehrerer Personen an einem Wohnungseigentumsobjekt für die Rechtsform der OG, sollte nicht übersehen werden, dass die OG des UGB vom Grundgedanken einer unternehmerisch tätigen Personenvereinigung getragen ist.²⁵ Vielfach sind die gesetzlichen Regelungen daher für eine rein verwaltend tätige Gesellschaft nicht passend. Das fällt insbesondere dann ins Auge, wenn man den Sachverhalt der zugrunde liegenden Praxisfälle und den von den Gesellschaftern jeweils beabsichtigten Zweck der Regelung genauer betrachtet. Unternehmerische Gedanken stehen bei allen drei Praxisfällen nicht im Vordergrund. Der Zweck ist unterschiedlich und reicht von Vermögensverwaltung über Veranlagung bis zu Vermögenserhaltung und der Ermöglichung persönlicher Nutzung des verwalteten Vermögens. Es ist jedenfalls unerlässlich, sich bei der Rechtsberatung im Zuge der Gründung der OG genau mit dem Gesellschaftsvertrag zu beschäftigen und die einzelnen Bestandteile des Gesellschafterverhältnisses sowohl von der gesetzlichen Regelung als auch von der Dispositionsmöglichkeit genau durchzudenken. In diesem Kapitel möchte ich Gestaltungsmöglichkeiten des Gesellschaftsvertrages der OG ausgehend von den bereits vorgestellten Praxisfällen beleuchten.

Es ist wichtig, sich bewusst zu machen, welche Dispositionen getroffen werden können und aus welchen Gründen. Die genaue Formulierung und Gestaltung ist in hohem Maß einzelfallabhängig. Die nachfolgende Betrachtung erhebt daher auch keinesfalls den Anspruch auf Allgemeingültigkeit, sondern soll vielmehr die

²⁵ Nach dem HGB war die Offene „Handels“gesellschaft für kaufmännische Zwecke gedacht – siehe *Schinko* in *Straube*, HGB³ Vor § 105 HGB (Stand 1.1.2003, rdb.at).

Problematik in den Details der Vertragsausarbeitung und die gestalterischen Möglichkeiten des Vertragsserrichters aufzeigen. Gleichzeitig soll damit auch bewusst gemacht werden, dass jede vom Gesetz abweichende vertragliche Gestaltung auch Konsequenzen hat, weshalb diese gründlich bedacht und auf den Einzelfall abgestimmt sein sollten.

Neben den ausgearbeiteten Mustertexten bietet dieser Leitfaden darüber hinaus einen Denkanstoß für auch andere in Frage kommenden Gestaltungsvarianten im Gesellschaftsvertrag, denn vor allem das Bewusstsein, wo Dispositionen geboten sind und aus welchen Gründen, macht eine gute Rechtsberatung erst aus.

3.2. Der Gesellschaftsvertrag

Grundsätzlich herrscht zwar der Grundsatz der Formfreiheit, es ist aber im Sinne der Rechtssicherheit jedenfalls Schriftlichkeit des Gesellschaftsvertrages zu empfehlen.²⁶ Eine darüber hinausgehende Form des Gesellschaftsvertrages, wie beispielsweise notariell beglaubigte Unterfertigung oder Errichtung eines Notariatsaktes, ist aus gesellschaftsrechtlicher Sicht nicht erforderlich, kann aber dann nötig sein, wenn die Übertragung des Wohnungseigentumsobjektes an die Gesellschaft oder die Begründung einer Verpflichtung dazu im Gesellschaftsvertrag erfolgt oder sich eine derartige Formpflicht aus anderen Gründen aus dem allgemeinen Zivilrecht ergibt.²⁷

Die folgenden Kapitel beleuchten entsprechend dem typischen Aufbau eines Gesellschaftsvertrags die einzelnen zu regelnden Punkte.

3.2.1. Gesellschafter, Firma und Sitz

An erster Stelle des Gesellschaftsvertrages steht üblicherweise die Anführung der Vertragsparteien, also der Gesellschafter. Es folgt die Nennung von Firma und Sitz der Gesellschaft, was jedenfalls zwingend erforderlich ist, weil es dafür keine lückenfüllenden gesetzlichen Regeln gibt. Es ist demnach eine ausdrückliche und individuelle Entscheidung der Gesellschafter erforderlich.²⁸ Auf die näheren Regeln zur Bildung der Firma wird nicht weiter eingegangen, zu erwähnen ist lediglich der zwingende Rechtsformzusatz gem § 19 Abs 1 Z 2 UGB. Diese Regelung stellt noch keine besondere Herausforderung dar und unterscheidet sich nicht von den analogen Regelungen in den zu üblichen Gesellschaftsverträgen.

26 *Umfahrer*, Gestaltung des Gesellschaftsvertrages bei der Personengesellschaft, in *Bertl et al* (Hrsg), Die Personengesellschaft im Unternehmens- und Steuerrecht (2013) 23; *Appl* in *Bergmann/Ratka* (Hrsg), Handbuch Personengesellschaften² (2016) Rz 3/40.

27 *Umfahrer* in *Bertl et al* 23.

28 *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Rz 2/180.

Der Titel des Gesellschaftsvertrags könnte allgemein, und für alle drei Praxisfälle einheitlich, wie folgt lauten:

Gesellschaftsvertrag, abgeschlossen zwischen

- 1) A, geboren am 1.1.1960, Musterstraße 1, 1010 Wien,
 - 2) B, geboren am 1.1.1980, Musterpark 11, 1010 Wien,
 - 3) C, geboren am 1.1.1970, Mustergasse 1, 1010 Wien,
- über die Errichtung einer Offenen Gesellschaft wie folgt:

1. Gesellschafter, Firma und Sitz

- 1.1. A, B und C errichten hiermit eine Offene Gesellschaft.
- 1.2. Die Gesellschaft führt die Firma „ABC Musterwohnung OG“.
- 1.3. Sitz der Gesellschaft ist Wien.

3.2.2. Gesellschaftszweck

Die OG zählt nicht zum Kreis der Unternehmer kraft Rechtsform, sondern ist nur dann Unternehmerin iSd § 1 UGB, wenn sie ein Unternehmen tatsächlich betreibt.²⁹ Nach § 1 UGB ist Unternehmer, wer ein Unternehmen betreibt, und wird ein Unternehmen definiert als eine auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, wobei Gewinnerzielungsabsicht nicht nötig ist. In den diesem Leitfaden zugrunde liegenden Praxisfällen betreibt die OG kein Unternehmen, sondern verwaltet lediglich Eigentum. Die Bezeichnung dieser Regelung im Gesellschaftsvertrag mit „Gegenstand des Unternehmens“ wäre daher nicht passend; sie könnte aber beispielsweise „Gesellschaftszweck“ lauten.

Wie bereits erwähnt, kann die OG für jeden erlaubten Zweck gegründet werden.³⁰ Der Zusammenschluss zweier oder mehrerer Gesellschafter zu einem gemeinsamen Zweck ist sogar zwingende Vorraussetzung für die Gründung einer OG.³¹ Der Gesellschaftszweck muss nicht ausdrücklich vereinbart werden, er kann sich auch schlüssig ergeben, ist aber Grundlage insbesondere für die Auslegung des Gesellschaftsvertrages, für die Beziehungen der Gesellschafter untereinander, die Definition/Auslegung der Reichweite der Treuepflicht, für die Verpflichtung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft (Stichwort Zweckförderungspflicht)³² und generell für die Grundausrichtung der Gesellschaft. Daher ist eine Anführung des Gesellschaftszwecks im Gesellschaftsvertrag mE unbedingt notwendig, um diesen eindeutig klarzustellen. Das kann zB bei Streitfällen unter den Gesellschaftern relevant sein, wenn manche Gesellschafter den Gesellschaftszweck weiter oder enger verstanden haben als die anderen. So könnte etwa ein Gesellschafter Handlungen im Namen der Gesellschaft setzen, die seines Erachtens im Rahmen des Gesellschaftszwecks sind, während die übrigen Gesellschafter diese als nicht umfasst ansehen.

29 Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 2/126.

30 Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 2/90 f.

31 Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 2/179.

32 Jovic, Herleitung einer Treuepflicht im Personengesellschaftsrecht, GeS 2012, 436 (437 f).

Vor allem dann, wenn die Gesellschafter verbunden sind und der Zweck von vorneherein zwischen den Gesellschaftern bereits eingeschränkt ist, empfiehlt sich eine ausdrückliche Nennung und auch Einschränkung des Zwecks im Gesellschaftsvertrag. Bei einer unternehmerisch tätigen Gesellschaft kann ein zu eng gefasster Gesellschaftszweck uU hinderlich sein, da mitunter auf wirtschaftliche Veränderungen schnell reagiert werden muss, wobei eine flexible Gestaltung von Vorteil sein kann. Gerade bei der immobilienverwaltenden Gesellschaft ist noch darauf Bedacht zu nehmen, ob der Zweck allgemein auf die Verwaltung von Immobilien generell oder die einer konkreten Immobilie gerichtet ist. Wenn man von der Intention der Gesellschafter in Praxisfall I ausgeht, bei dem die drei Erben der Eigentumswohnung die OG für die Verwaltung derselben gründen, dann sollte der Gesellschaftszweck auch ausdrücklich darauf beschränkt sein. Eine Abänderung des Gesellschaftszwecks und Erweiterung zB auf weitere Immobilien ist im Nachhinein immer möglich, bedarf aber der einstimmigen Beschlussfassung aller Gesellschafter. Die Beschränkung des Zwecks auf ein bestimmtes Wohnungseigentumsobjekt ist meist auch so gewollt, da mit der Verwaltung von Immobilien durchaus ein Risiko verbunden sein kann (Probleme mit Mietern, Kostentragung trotz fehlender Vermietungsmöglichkeit, Beschlussfassungen in der Eigentümergemeinschaft, Ausfallhaftung gem § 27 WEG für andere rückständige Miteigentümer), das einzelne Gesellschafter vielleicht für ein konkretes Objekt eingehen möchten, aber nicht für weitere.

Für alle drei Praxisfälle empfiehlt sich daher beispielhaft nachfolgende Formulierung:

2. Gesellschaftszweck

- 2.1. Zweck der Gesellschaft ist die Erhaltung und Verwaltung, einschließlich Vermietung, der Eigentumswohnung * bestehend aus den * Anteilen der Liegenschaft EZ *, mit welchen Anteilen Wohnungseigentum an * untrennbar verbunden ist.
- 2.2. Eine Erweiterung des Gesellschaftszweckes auf die Verwaltung weiterer Liegenschaften oder Liegenschaftsanteile bzw auf andere Tätigkeiten ist nur mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zulässig.

3.2.3. Beginn, Dauer und Geschäftsjahr

Gem § 123 Abs 1 UGB entsteht die OG durch die Eintragung im Firmenbuch als Rechtsperson. Davor, also zwischen Abschluss des Gesellschaftsvertrages und Eintragung, besteht eine Vorgesellschaft, deren sämtliche Rechte und Pflichten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge durch die Eintragung im Firmenbuch auf die Gesellschaft übergehen.³³ Die Gesellschaft kann entweder befristet für eine bestimmte Dauer gegründet werden oder aber unbefristet. Das Geschäftsjahr stimmt mit dem Kalenderjahr überein, sofern nichts anderes vereinbart ist. Das alles sind dispositive Regelungen des UGB; durch Parteienvereinbarung kann etwas anderes beschlossen werden.

³³ Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 2/221 f.

Für die konkreten Praxisfälle sind zwar sinnvollerweise keine abweichenden Regelungen empfehlenswert, weshalb man diesen Punkt im Gesellschaftsvertrag nicht erwähnen müsste. Der Vollständigkeit halber und zur Schaffung von Rechtssicherheit sollte jedoch mE zumindest eine allgemeine Formulierung verwendet werden wie beispielsweise:

3. Beginn, Dauer der Gesellschaft und Geschäftsjahr

- 3.1. Die Gesellschaft entsteht mit Eintragung in das Firmenbuch und beginnt im Innenverhältnis mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages.
- 3.2. Die Gesellschaft wird auf unbestimmte Zeit errichtet.
- 3.3. Das Geschäftsjahr ist das Kalenderjahr.

3.2.4. Kapitalbeteiligung

Eine Kapitaleinlage in die Gesellschaft ist nach dem UGB nicht zwingend zu leisten. Ob und in welchem Umfang eine Einlage geleistet wird, ist Gegenstand der Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag. Grundsätzlich kann alles, was einen Vermögenswert hat, insbesondere bewegliche und unbewegliche Sachen, schuldrechtliche Ansprüche, Know-how, Dienstleistungen udgl, Gegenstand einer Einlage sein. Das Ausmaß der Einlage bestimmt die Höhe des Kapitalanteils des Gesellschafters.³⁴ Dazu ist die Einlage zu bewerten. Im Zweifelsfall sind die Gesellschafter zu gleichen Teilen an der Gesellschaft beteiligt.³⁵

Gesellschafter, die nur Dienstleistungen (Arbeitsleistungen) erbringen, sind als reine Arbeitsgesellschafter nicht am Kapital der Gesellschaft beteiligt und erhalten keinen Kapitalanteil, sondern nur eine Beteiligung am Gewinn. Im Gesellschaftsvertrag kann jedoch auch vereinbart werden, dass einem Gesellschafter, der gar keine Einlage oder Leistung erbringt, oder einem reinen Arbeitsgesellschafter ebenfalls ein Kapitalanteil zukommt.³⁶

Der Kapitalanteil ist, mangels anderer Regelung, für das Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern und deren Beteiligung von Bedeutung; des Weiteren für das Stimmrecht, für die Berechnung des Gewinnanspruches und für die Bemessung des Auseinandersetzungsguthabens bei Liquidation oder des Abfindungsanspruches bei Ausscheiden.³⁷

Aufgrund dieser großen Bedeutung ist eine Regelung dazu im Gesellschaftsvertrag unerlässlich. Es sollte zunächst geregelt werden, welche Einlagen von den einzelnen Gesellschaftern geleistet werden. Dann sollte auch die Bewertung dieser Einlagen und das sich daraus ergebende Beteiligungsverhältnis festgelegt

³⁴ Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 2/362 f.

³⁵ Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 2/371 f.

³⁶ Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 2/370.

³⁷ Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 2/374; *Umfahrer in Bertl et al 27.*