

2.4.2.7. Wettbewerbsverbot

2.4.2.7.1. Grundlagen

Hintergrund des gesetzlich verankerten Wettbewerbsverbotes (§ 112 Abs 2 UGB) ist das Bestreben zu vermeiden, dass ein Gesellschafter gesellschaftsinterne Informationen, bzw den Einfluss, den er aufgrund seiner Gesellschafterstellung erlangt hat, zu seinem eigenen Vorteil oder zu jenem gesellschaftsfremder Dritter verwendet.⁸³

Nach der gesetzlichen Konzeption darf ein Gesellschafter ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter weder im Geschäftszweig der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer anderen gleichartigen Gesellschaft als unbeschränkt haftender Gesellschafter teilnehmen.⁸⁴

§ 112 Abs 2 UGB richtet sich an alle Gesellschafter unabhängig davon, ob dem jeweiligen Gesellschafter auch Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt wurde.⁸⁵

Sofern gesellschaftsvertraglich nicht anders vereinbart, wirkt das gesetzliche Wettbewerbsverbot nur während aufrechter Gesellschafterstellung. Scheidet daher ein Gesellschafter aus, so endet grundsätzlich auch sein Wettbewerbsverbot.⁸⁶ Eine Nachwirkung des Wettbewerbsverbots müsste demnach ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag verankert werden. Eine Nachwirkung von bis zu zwei Jahren dürfte wohl als noch zulässig angesehen werden.⁸⁷

Wesentlich ist jedoch, dass das Wettbewerbsverbot dispositiv ist (§ 108 UGB).⁸⁸ Gesellschaftsvertraglich ist eine Abänderung des Wettbewerbsverbotes (sowohl Verschärfungen als auch Erleichterungen) möglich. Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ist grundsätzlich ebenso zulässig, ist aber insbesondere unter dem Lichte der guten Sitten zu beurteilen (§ 879 ABGB).

Ob ein gänzlicher Ausschluss des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes im Gesellschaftsvertrag zulässig ist, ist strittig.⁸⁹

Ebenso können die an einen allfälligen Verstoß anknüpfenden gesetzlichen Rechtsfolgen (§ 113 UGB) abweichend geregelt werden. Das Gesetz sieht eine Schadenersatzpflicht des Gesellschafters bei Verletzung des Wettbewerbsverbotes vor. Alternativ steht es der Gesellschaft offen, eine Gewinnherausgabe bzw eine Abtretung

83 Zur Detailauseinandersetzung betreffend Normzweck siehe *Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 112 Rz 92 ff.

84 Zur Detailauseinandersetzung betreffend erlaubte und unerlaubte Handlungen siehe zB *Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 112 Rz 92 ff; *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 112 Rz 5 ff.

85 *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 112 Rz 3.

86 Siehe unter anderem OGH 11.8.2015, 4 Ob 71/15t.

87 OGH 2.4.2009, 8 Ob 141/08f; *Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 112 Rz 180.

88 OGH 5.10.1976, 4 Ob 361/76 (4 Ob 362/76).

89 *Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 112 Rz 178.

der Vergütung vom verletzenden Gesellschafter zu verlangen. Die Gesellschaft kann zwischen Schadenersatz und Gewinnherausgabe grundsätzlich frei wählen. § 113 Abs 2 UGB sieht für die Geltendmachung von Schadenersatz bzw dem Eintrittsrecht zwingend eine einstimmige Beschlussfassung der übrigen Gesellschafter vor, es sei denn, der Gesellschaftsvertrag enthält abweichende Regeln. Der verletzende Gesellschafter ist von der Stimmabgabe ausgeschlossen.⁹⁰

§ 113 Abs 3 UGB spricht für die Geltendmachung von Schadenersatz bzw dem Eintrittsrecht einerseits eine objektive fünfjährige (dh ab Entstehung des Anspruches) und eine subjektive, dreimonatige Verjährungsfrist (dh ab Kenntnis aller Gesellschafter) aus.

2.4.2.7.2. Praxis

Unbedingt zu bedenken ist, dass bei Fehlen einer Regel zum Wettbewerbsverbot im Gesellschaftsvertrag automatisch das gesetzliche Wettbewerbsverbot des § 112 Abs 2 UGB gilt.

Aus diesem Grund empfiehlt es sich, eine klare Regelung, die den Ausschluss des gesetzlichen Wettbewerbsverbots dargelegt, im Gesellschaftsvertrag aufzunehmen, sofern dies von den Gesellschaftern gewünscht wird.

Der Ausschluss lautet für gewöhnlich wie folgt:

Die Anwendbarkeit des gesetzlichen Wettbewerbsverbots wird hiermit ausgeschlossen.

In der Praxis kommt es beim Themenkomplex Wettbewerbsverbot immer wieder vor, dass insbesondere für gewisse Gesellschafter oder ausgewählte Geschäfte gesellschaftsvertragliche Sonderregelungen gewünscht werden.

Beispielhaft könnte eine diesbezügliche Klausel so lauten:

-
- (1) Gesellschafter [...] ist vom gesetzlichen Wettbewerbsverbot ausgenommen. Auf ihn finden die gesetzlichen Regelungen über das Wettbewerbsverbot keine Anwendung, er ist daher berechtigt, sich sowohl direkt als auch indirekt an konkurrierenden Unternehmen zu beteiligen.
 - (2) Klarstellend festgehalten wird, dass alle übrigen Gesellschafter nicht vom gesetzlichen Wettbewerbsverbot ausgenommen sind.
-

In jedem Fall gilt im Zusammenhang mit der Formulierung von Wettbewerbsverboten, dass der Umfang sowie die zeitliche Dauer präzise und klar festgeschrieben werden sollte.

90 *Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 113 Rz 42.

Ebenso ist eine konkrete und im Detail durchgedachte Darstellung der gewünschten Rechtsfolgen im Falle einer Wettbewerbsverletzung zu empfehlen, da die gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen in jeglicher Richtung abgeändert werden können.⁹¹

-
- (1) Die Gesellschafter dürfen sich im Geschäftszweig der Gesellschaft, außerhalb der Tätigkeit für die Gesellschaft selbst, nicht betätigen. Ebenso ist eine Beteiligung an Unternehmen, die im gleichen bzw in konkurrierenden Geschäftszweig(en) wie die Gesellschaft tätig sind, verboten. Ausgenommen von diesem Beteiligungsverbot sind Beteiligungen zu reinen Investmentzwecken (dh Beteiligungen unter [...] %).
 - (2) Das Wettbewerbsverbot gilt auch im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters bis [...] nach dem Ausscheiden, für den ausgeschiedenen Gesellschafter weiter.
 - (3) Verstößt ein Gesellschafter gegen dieses Wettbewerbsverbot, so schuldet der verstoßende Gesellschafter der Gesellschaft, für jeden Verstoß eine Konventionalstrafe im Ausmaß eines Pauschalbetrages von EUR [...].
 - (4) Verstößt ein Gesellschafter trotz Auferlegung der Konventionalstrafe weiterhin gegen das Verbot bzw weigert er sich, seine konkurrierende Tätigkeit aufzugeben oder seine Beteiligung an konkurrierenden Unternehmen zu beenden, so kann dieser Gesellschafter von den übrigen Gesellschaftern ausgeschlossen werden. Für den Ausschluss ist ein einstimmiger Beschluss notwendig. Der vom Ausschluss betroffene Gesellschafter ist nicht stimmberechtigt.
-

2.4.2.8. Jahresabschluss, Gewinn- und Verlustverteilung, Entnahme

2.4.2.8.1. Grundlagen

§ 120 UGB ist die gesetzliche Grundlage für die Gewinnermittlung der OG. Folglich ist die Grundlage der Gewinnermittlung der Jahresabschluss bzw, sofern keine Rechnungslegungspflicht besteht (§ 189 UGB), die Einnahmen-Ausgaben-Rechnung („sonstige Abrechnung“).

Die sohin erfolgte Gewinnermittlung ist wiederum die Basis für die Gewinn- und Verlustverteilung an die Gesellschafter.

Gewinne und Verluste werden grundsätzlich nach dem Verhältnis der Kapitalanteile (siehe hierzu Punkt 2.4.2.2.) der Gesellschafter zueinander verteilt, vorausgesetzt, alle Gesellschafter sind in gleichem Maß zur Mitwirkung verpflichtet. Das Verhältnis an sich basiert auf den vereinbarten Kapitaleinlagen und nicht auf den tatsächlich eingezahlten (§ 109 Abs 1 UGB). Sind die Gesellschafter allerdings nicht in gleichem Ausmaß zur Mitwirkung verpflichtet, so ist dies bei der Zuweisung des Gewinns angemessen zu berücksichtigen (§ 121 Abs 2 UGB).

Gesellschaftern ohne Kapitalanteil wird nach der gesetzlichen Grundkonzeption kein Verlust zugewiesen, da Verluste nach dem Verhältnis der Kapitalanteile der

91 Siehe dazu auch im Detail *Diregger/Eckert*, RdW 2013, 579 (582).

Gesellschafter zueinander verteilt werden. Das Ausmaß der Mitwirkung ist im Unterschied zur Gewinnverteilung für die Verlustzuweisung nicht relevant.⁹²

Gibt es reine Arbeitsgesellschafter ohne Kapitalanteil in der OG und wurde im Gesellschaftsvertrag diesbezüglich nichts Abweichendes geregelt, so hat der Arbeitsgesellschafter einen Anspruch auf einen angemessenen Betrag vom Jahresgewinn (§ 121 Abs 3 UGB). Die Arbeitsgesellschafter sind noch vor den übrigen Gesellschaftern (mit Kapitalanteil) zu befriedigen.

Das Gesetz legt fest, dass jeder Gesellschafter Anspruch auf Auszahlung seines Gewinnanteils hat (§ 122 Abs 1 UGB). Der Anspruch kann jedoch nicht geltend gemacht werden, wenn die Auszahlung (i) zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht, (ii) die Gesellschafter anderes beschließen oder (iii) der Gesellschafter vereinbarungswidrig seine Einlage nicht geleistet hat. Liegt einer dieser Gründe vor, so kann die Gesellschaft die Entnahme verweigern („Leistungsverweigerungsrecht“).

Nach § 122 Abs 1 UGB hat jeder Gesellschafter der OG Anspruch auf Auszahlung seines ihm zugewiesenen Gewinnanteils. Dieser Anspruch kann jedoch vom betroffenen Gesellschafter dann nicht geltend gemacht werden, wenn die Auszahlung seines Gewinnanteils zum offenbaren Schaden der Gesellschaft wäre oder der Gesellschafter selbst vereinbarungswidrig seine Einlage nicht geleistet hat. § 122 Abs 2 UGB bestimmt, dass ein Gesellschafter nicht befugt ist, ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter Entnahmen zu tätigen. Hier offenbart sich ein wesentlicher Unterschied zu den bei Kapitalgesellschaften zu beachtenden Kapitalerhaltungsvorschriften.

Das UGB legt also für Entnahmen durch die Gesellschafter zusätzlich zum Leistungsverweigerungsrecht nach § 122 Abs 1 UGB noch das Erfordernis eines einstimmigen Beschlusses der Gesellschafter fest (§ 122 Abs 2 UGB).

Da auch § 122 UGB dispositives Recht darstellt, kann beispielsweise auch ein völlig gewinnunabhängiges Entnahmerecht gesellschaftsvertraglich vereinbart werden. Ist ein solches gewinnunabhängiges Entnahmerecht tatsächlich im Gesellschaftsvertrag verankert, so ergibt sich dennoch eine Schranke bei der Ausübung durch die den Gesellschafter treffenden Treue- und Loyalitätspflichten.⁹³ Besteht daher durch die Entnahme die Gefahr, dass ein (offenbarer) Schaden eintritt, so ist eine Entnahme wohl nicht zulässig.⁹⁴

Unerlässlich für das Verständnis des Themenkomplexes Gewinn- und Verlustverteilung aus gesellschaftsrechtlicher Sicht sind die grundlegenden steuerlichen Aspekte der OG. Da Personengesellschaften keine Steuersubjekte sind

92 S.-F. Kraus in U. Torggler, UGB² (2016), § 121 Rz 7.

93 C. Appel in Bergmann/Ratka (Hrsg), Handbuch Personengesellschaften², Rz 3/156.

94 OGH 1 Ob 589, 590/79; siehe auch H. Torggler in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 122, Rz 17.

(steuerlich transparenter Rechtsträger) und demnach nicht dem EStG unterliegen, werden sowohl der Gewinn als auch der Verlust den Gesellschaftern direkt zugerechnet. Dieses Durchgriffsprinzip führt zu der Situation, dass ein einem Gesellschafter zugewiesener Gewinn bei diesem ESt-Pflicht auslöst und dies selbst dann, wenn die Gesellschaft nicht über die nötige Liquidität verfügt, um den zugewiesenen Gewinn auch tatsächlich an den Gesellschafter auszuschütten.⁹⁵

2.4.2.8.2. Praxis

Die gesetzliche Grundlage der Gewinn- und Verlustverteilung (§§ 120 ff UGB) stellt dispositives Recht dar. Abweichende Regeln können daher jederzeit gesellschaftsvertraglich vereinbart werden. Demnach ist es auch zulässig, einzelnen Gesellschaftern gar keinen Gewinn zuzuweisen, aber auch einzelne Gesellschafter gänzlich von der Verlustverteilung zu exkludieren.⁹⁶

Bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages ist insbesondere § 121 UGB zu beachten, der bestimmt, dass der Gewinn und Verlust eines Geschäftsjahres den Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Kapitalanteile zugewiesen wird, sofern alle Gesellschafter in gleichem Ausmaß zur Mitwirkung verpflichtet sind (§ 109 Abs 1 UGB). Enthält der Gesellschaftsvertrag eine abweichende Bestimmung nur über den Anteil am Gewinn oder nur über den Anteil am Verlust, so gilt diese Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust. Eine klare Formulierung ist daher notwendig, um ungewollte Situationen zu vermeiden.

§ 122 UGB ist dispositiv (§ 108 UGB). Gesellschaftsvertraglich können Entnahmen zugelassen werden, die das Gesellschaftsvermögen unter seinen ursprünglichen Wert vermindern oder sogar dazu führen, dass die Aktiva die Schulden nicht mehr decken.⁹⁷

Bei der konkreten Ausgestaltung sollte weiters die steuerliche Transparenz der OG im Hinterkopf behalten werden, da auf Grund des Durchgriffsprinzips bereits die Gewinnzuweisung beim betroffenen Gesellschafter zur ESt-Pflicht führt. Ob eine explizite Regelung – zB (zwingendes) Entnahmerecht der Gesellschafter bei Gewinnzuweisungen, das (zumindest) die auf die konkrete Gewinnzuweisung entfallende ESt-Belastung abdecken muss – notwendig ist, ist im Einzelfall zu klären.

Eine umfangreichere Gestaltung des Themenkomplexes Jahresabschluss, Gewinn- und Verlustverteilung könnte im Gesellschaftsvertrag beispielhaft wie folgt aussehen:

95 *Umfahrer* in *Bertl et al*, Die Personengesellschaft im Unternehmens- und Steuerrecht, Punkt 2.5.

96 *C. Appel* in *Bergmann/Ratka* (Hrsg), Handbuch Personengesellschaften², Rz 3/141 mit Verweis auf *S.-F. Kraus* in *U. Torggler*, UGB² (2016), § 121 Rz 10.

97 OGH 1 Ob 589, 590/79; siehe auch *H. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 122, Rz 17.

- (1) Die Gesellschafter sind verpflichtet dafür zu sorgen, dass der Jahresabschluss der Gesellschaft innerhalb angemessener Frist nach dem Ende des Geschäftsjahres, längstens jedoch innerhalb der ersten fünf Monate nach Beendigung des Geschäftsjahres aufgestellt wird. Auf Basis des Jahresabschlusses ist der Jahresgewinn bzw. Jahresverlust des jeweiligen Geschäftsjahres zu ermitteln und für jeden Gesellschafter sein Anteil daran zu berechnen.
- (2) Jeder Gesellschafter erhält eine Kopie des Jahresabschlusses. Die Zusendung der Kopie hat längstens binnen vier Wochen nach Aufstellung des Jahresabschlusses zu erfolgen. Der Rechnungsabschluss gilt gegenüber jedem Gesellschafter als genehmigt, der diesen nicht unter Anführung konkreter Gründe bestreitet. Eine solche Bestreitung muss zwingend (i) mittels an die Gesellschaft gerichteten eingeschriebenen Briefes oder (ii) per E-Mail an sämtliche Gesellschafter, spätestens jedoch vier Wochen nach Empfang der Kopie des Jahresabschlusses erfolgen. Für den Beginn des Fristenlaufs ist der Postaufgabestempel des eingeschriebenen Briefes bzw. das Absendedatum der E-Mail maßgebend.
- (3) Für die Zuteilung von Gewinnen bzw. Verlusten sowie eines allfälligen Liquidationserlöses der Gesellschaft an die Gesellschafter ist das Verhältnis der Kapitalkonten zueinander maßgebend. Gewinne bzw. Verluste, Einlagen, die keine Kapitaleinlagen darstellen, sowie Entnahmen werden für jeden Gesellschafter gesondert auf dem dem jeweiligen Gesellschafter zugeordneten Verrechnungskonto gebucht/verrechnet.
- (4) Persönliche Tätigkeiten eines Gesellschafters werden nicht zusätzlich vergütet. Abweichend kann einem Gesellschafter eine Vergütung zugesprochen werden, sofern die Gesellschafter dies durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss beschließen. Eine einmal durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss zugebilligte Vergütung hat keinen Einfluss auf allfällige zukünftige Vergütungen und jede zukünftige Vergütung bedarf neuerlich eines vorherigen einstimmigen Gesellschafterbeschlusses.
- (5) Auch Verluste sind den Gesellschaftern anteilig (nach Maßgabe der Kapitalkonten) auf den jeweiligen Verrechnungskonten anzulasten. Sollte die Gesellschaft Gewinne in den folgenden Geschäftsjahren erzielen, so sind solche Gewinne zunächst zur Abdeckung der Verluste zu verwenden, soweit die Gewinne nicht für Abgabenzahlungen (auch der Gesellschafter zB in Form der Einkommensteuer) benötigt werden. Wurde Guthaben auf den Verrechnungskonten durch die Gesellschafter (noch) nicht entnommen, so ist ein solches Guthaben ebenfalls zur Abdeckung von Verlusten heranzuziehen.

Da § 122 UGB dispositiv ist, kann gesellschaftsvertraglich die Möglichkeit, Entnahmen durchzuführen beinahe beliebig gestaltet werden. Grenzen ergeben sich in der praktischen Ausübung jedoch durch die Treue- und Loyalitätspflichten, welche eine Entnahme in gewissen Fällen (offenbarer Schaden) nicht erlauben.

Die Regelung des Entnahmerechts im Gesellschaftsvertrag ist von besonderer praktischer Bedeutung, zumal dies sowohl für die Finanzplanung der Gesellschaft als auch der Gesellschafter von entscheidender Wichtigkeit ist.⁹⁸

98 *Umfahrer in Bertl et al, Die Personengesellschaft im Unternehmens- und Steuerrecht, Punkt 2.5.*

2. Die Offene Gesellschaft

In der Praxis ist es durchaus üblich, von der gesetzlichen Regelung abzuweichen und beispielsweise anstelle eines einstimmigen Gesellschafterbeschlusses die einfache Mehrheit ausreichen zu lassen.

Ebenso findet man in Gesellschaftsverträgen häufig ein „freies“ Entnahmerecht, dh ein Entnahmerecht ohne jegliches Zustimmungserfordernis der anderen Gesellschafter.

Eine in der gesellschaftsvertraglichen Praxis beliebte Formulierung lautet wie folgt:

-
- (1) Entnahmen der Gesellschafter von dem ihnen zugewiesenen Verrechnungskonto sind bis zur Höhe der jeweiligen Guthaben zulässig.
 - (2) Dieses Entnahmerecht besteht – unter Berücksichtigung von Punkt 3) – auch ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter.
 - (3) Eine Entnahme ist allerdings dann nicht zulässig, wenn sie einen offenbaren Schaden der Gesellschaft nach sich ziehen würde.
-

Ebenso kann die Entnahmemöglichkeit an die Zustimmung der Gesellschafter gebunden werden.

-
- (1) Entnahmen der Gesellschafter von dem ihnen zugewiesenen Verrechnungskonto sind bis zur Höhe der jeweiligen Guthaben nur mit der Zustimmung der übrigen Gesellschafter zulässig.
 - (2) Eine solche Zustimmung bedarf der einfachen Mehrheit der Gesellschafter.
-

Wie bereits zuvor erwähnt, spielt bei der konkreten Ausgestaltung des Entnahmerechtes im Gesellschaftsvertrag die steuerliche Transparenz der OG und das damit einhergehende Durchgriffprinzip, wonach bereits die Gewinnzuweisung beim betroffenen Gesellschafter zur ESt-Pflicht führt, in der Praxis eine erhebliche Rolle.

In der gesellschaftsvertraglichen Praxis wird gerne ein Entnahmerecht vorgesehen, welches die ESt-Pflicht der Gesellschafter berücksichtigt.

-
- (1) Jeder Gesellschafter hat das Recht, seinen Gewinnanteil von dem ihm zugewiesenen Verrechnungskonto zu entnehmen, zumindest aber jenen Betrag, der notwendig ist, um die persönlichen Steuer- und Versicherungsabgaben bedienen zu können.
 - (2) Der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedarf es für das Entnahmerecht gem. Punkt 1) nicht.
 - (3) Eine über die in Punkt 1) genannte Entnahme bedarf der Zustimmung der übrigen Gesellschafter. Die einfache Mehrheit der Stimmen ist hierfür ausreichend.
-

2.4.2.9. Übertragung von Anteilen

2.4.2.9.1. Grundlagen

Die Mitgliedschaft an der OG ist rechtsgeschäftlich (Einzelrechtsnachfolge) übertragbar.⁹⁹ Ebenso kann es auch zur Übertragung der OG-Anteile im Wege der Gesamtrechtsfolge (zB im Erbwege) kommen (siehe dazu Punkt 2.4.2.10.). Die Übertragung von OG-Anteilen ist formfrei möglich.¹⁰⁰ Die Übertragung (Verkauf/Schenkung) von OG-Anteilen unter Lebenden zieht Einzelrechtsnachfolge nach sich. Demnach erwirbt der Erwerber den OG-Anteil – sofern vertraglich nichts Abweichendes vereinbart wird – in der Form, in der ihn der Überträger vor Übertragung besessen und benützt hat bzw zu besitzen und benützen berechtigt war.

§ 124 Abs 1 UGB sieht allerdings eine gesetzliche Vinkulierung des Gesellschaftsanteiles vor. Das bedeutet, dass ein Gesellschafter nach der gesetzlichen Konzeption – soweit im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist – nicht ohne Zustimmung sämtlicher Gesellschafter über seinen Gesellschaftsanteil verfügen kann. Die Zustimmung der Gesellschafter zur Übertragung des Gesellschaftsanteiles stellt eine Wirksamkeitsvoraussetzung dar;¹⁰¹ dh solange die Zustimmung der übrigen Gesellschafter nicht vorliegt, stünde ein abgeschlossener Abtretungsvertrag unter aufschiebender Bedingung der Zustimmung. Dies ist im Gegensatz zu der Möglichkeit, Anteile von Kapitalgesellschaften frei übertragen zu können, eine Besonderheit und wird grundsätzlich als Ausfluss der personalistischen Prägung der OG sowie der Gesamthandbindung der Gesellschafter gesehen.¹⁰²

Das Zustimmungserfordernis gilt jedenfalls für die Vollrechtsübertragung, somit für die klassische „Anteilsabtretung“, aber zB auch für die Einräumung eines Fruchtgenussrechtes.¹⁰³

Eng im Zusammenhang mit der Übertragung von OG-Anteilen steht das gesetzliche Haftungsregime des UGB. Die Rechtsstellung eines neuen OG-Gesellschafters richtet sich in erster Linie nach dem Aufnahmevertrag/Anteilskaufvertrag, wobei die unbeschränkte Haftung gem § 128 UGB keiner Disposition zugänglich und demnach unabdingbar ist.¹⁰⁴ Das UGB sieht vor, dass ein Gesellschafter für sämtliche Verbindlichkeiten, die eine bestehende OG hat, haftet (§ 130 UGB). Insbesondere legt § 130 UGB fest, dass auch ein neu eintretender Gesellschafter für sämtliche Verbindlichkeiten, auch für Verbindlichkeiten, die die OG vor sei-

99 C. Appel in *Bergmann/Ratka* (Hrsg), Handbuch Personengesellschaften², Rz 3/167 mit Verweis auf OGH 3 Ob 22/08 v und GesRZ 2008, 239 (*Birnbaumer*).

100 OGH 23.6.1988, 8 Ob 565/87.

101 C. Appel in *Bergmann/Ratka* (Hrsg), Handbuch Personengesellschaften², Rz 3/169.

102 *Umfahrer in Bertl et al*, Die Personengesellschaft im Unternehmens- und Steuerrecht, Punkt 2.12.

103 *Eckert in U. Torggler*, UGB² (2016) § 124 Rz 4.

104 C. Appel in *Bergmann/Ratka* (Hrsg), Handbuch Personengesellschaften², Rz 3/99.

nem Eintritt wirksam eingegangen ist, wie jeder andere Gesellschafter haftet. Das konkrete Datum des rechtswirksamen Eintritts (hierfür reicht beispielsweise der Abschluss des Abtretungsvertrages, die Eintragung im Firmenbuch ist für die Wirksamkeit nicht erforderlich) des neuen Gesellschafters kann daher unter Umständen von erheblicher Bedeutung sein.¹⁰⁵

Während also ein neu eintretender Gesellschafter auch für die Vergangenheit haftet, bleibt auch der austretende Gesellschafter nicht verschont. § 160 Abs 1 UGB stellt eine Nachhaftungsregelung auf, wonach gilt, dass ein Gesellschafter im Falle seines Ausscheidens aus der OG für ihre bis dahin begründeten Verbindlichkeiten nur haftet, soweit sie vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Ausscheiden des Gesellschafters fällig sind. § 160 Abs 1 UGB enthält zusätzlich eine Sonderverjährungsregel, da Ansprüche innerhalb der für die jeweilige Verbindlichkeit geltenden Verjährungsfrist verjähren, längstens jedoch in drei Jahren. Die Nachhaftung gilt sowohl bei Kündigung durch einen Gesellschafter (Erlöschen des OG-Anteils) als auch bei Verkauf (Anteilsabtretung).¹⁰⁶

§ 160 UGB (Nachhaftungsregelung) ist dispositiv. Im Verhältnis zu allfälligen Gläubigern besteht grundsätzlich Vertragsfreiheit, was bedeutet, dass beispielsweise durch individuelle Vereinbarung der Lauf der „Enthaltung“ aufgehoben werden kann.¹⁰⁷ Eine zum Nachteil von Gläubigern abweichende gesellschaftsvertragliche Regelung in Bezug auf die Nachhaftung wäre allerdings unwirksam.¹⁰⁸

2.4.2.9.2. Praxis

In der Praxis zu bedenken ist, dass eine Übertragung, sofern der Gesellschaftsvertrag zu der Möglichkeit sowie Modalität der Übertragung des OG-Anteils schweigt, zwar grundsätzlich zulässig und möglich ist, jedoch der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedarf.

§ 124 Abs 1 UGB ist dispositiv, sodass von vornherein die Zustimmung zur Übertragung der Gesellschaftsanteile gesellschaftsvertraglich erteilt werden kann. In der Praxis gibt es eine Vielzahl an Gestaltungsmöglichkeiten, wonach die Übertragbarkeit (i) allen Gesellschaftern vollkommen freigestellt wird, die Übertragbarkeit (ii) nur explizit genannten Gesellschaftern freigestellt wird, die Übertragbarkeit (iii) nur durch Beschluss der Gesellschafter zulässig sein soll oder aber die Zulässigkeit der Übertragbarkeit an (iv) objektive Gründe gebunden wird, bei deren Vorliegen übertragen werden kann und darf.¹⁰⁹

105 *Kalss in Bertl et al, Die Personengesellschaft im Unternehmens- und Steuerrecht, Punkt 4.1.*

106 *Kalss in Bertl et al, Die Personengesellschaft im Unternehmens- und Steuerrecht, Punkt 4.2.*

107 *Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 160 Rz 6.*

108 *Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 160 Rz 6.*

109 *Harrer, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens (2010), 329.*

Ebenso ist es aber auch möglich, die Übertragbarkeit der OG-Anteile nicht vollkommen „freizugeben“, sondern lediglich das Zustimmungserfordernis zu reduzieren, sodass beispielsweise die einfache Mehrheit ausreicht. Wichtig ist hier festzulegen, ob der betroffene Gesellschafter stimmberechtigt sein soll oder nicht. Die gesellschaftsvertragliche Formulierung könnte so lauten:

Die Geschäftsanteile sind übertragbar und frei vererblich. Die gänzliche oder teilweise Übertragung von Geschäftsanteilen bedarf der vorherigen Zustimmung der Gesellschafter mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Der betroffene Gesellschafter ist stimmberechtigt.

Eine in der Praxis öfters zu findende Klausel in Gesellschaftsverträgen, die die Übertragung vollkommen freistellt, liest sich üblicherweise so:

Die Geschäftsanteile sind frei übertragbar und frei vererblich. Die gänzliche oder teilweise Übertragung von Geschäftsanteilen bedarf keiner Zustimmung der übrigen Gesellschafter.

Anzuerkennen wäre bei gänzlich freier Übertragbarkeit allerdings die Aufnahme einer Informationspflicht des übertragungswilligen Gesellschafters gegenüber den übrigen Gesellschaftern. Diesfalls könnte folgende Klausel im Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden:

Die Geschäftsanteile sind frei übertragbar und frei vererblich. Die gänzliche oder teilweise Übertragung von Geschäftsanteilen bedarf keiner Zustimmung der übrigen Gesellschafter. Der betroffene Gesellschafter ist allerdings verpflichtet, die übrigen Gesellschafter mindestens 30 Tage vor tatsächlicher Übertragung darüber zu informieren (entweder mittels an die Gesellschaft gerichteten eingeschriebenen Briefes oder per E-Mail an sämtliche Gesellschafter).

Bei etwas komplexeren Gesellschaftsverträgen ist die freie Übertragbarkeit der OG-Anteile zwar des Öfteren vorgesehen, jedoch mit gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten, Vorkaufsrechten, Mitverkaufsrechten bzw -pflichten etc gekoppelt (zum Themenkomplex solcher gesellschaftsvertraglicher Spezialklauseln bei der GmbH siehe Punkt 5.4.2.11.).

Für die Praxis relevant ist die Tatsache, dass die Übertragung keinerlei Formvorschriften – sofern im Gesellschaftsvertrag nicht abweichend geregelt – unterliegt, es also im Unterschied zur Übertragung von GmbH-Anteilen keines Notariatsaktes bedarf.