Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Bauwesen und mögliche Alternativen

Dr. Bernhard Kall

Kurztext

Arbeits- und Bietergemeinschaften sind aus der Bauwirtschaft nicht wegzudenken, bieten sie doch viele Vorteile, vor allem Synergieeffekte können verstärkt genützt werden. Sie eröffnen auch kleinen und mittelständischen Unternehmen die Möglichkeit, sich an Großprojekten zu beteiligen.

Die Bau-ARGEn fallen unter die Regelungen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (in der Folge "GesbR") des ABGB, damit sind diffizile Vertretungs- und Haftungsbestimmungen verbunden. Obwohl es alternative Gesellschaftsformen gibt, findet man diese in der Praxis so gut wie nie.

1. Einleitung

Eine Arbeits- oder Bietergemeinschaften (in der Folge "ARGE" bzw. "BIEGE") ist der Zusammenschluss mehrerer Unternehmen mit dem Zweck, ein Bauvorhaben zu übernehmen und durchzuführen. Oft werden die vertraglichen Beziehungen der Gesellschaften anhand bewährter Vertragsformblätter geregelt. Nicht übersehen werden darf allerdings, dass diese Verträge nur Wirkung unter den Gesellschaftern entfalten, nach Außen haften sie nach den allgemeinen Regeln des ABGB.

2. Rechtsnatur der GesbR

Eine GesbR entsteht durch "Vertrag, vermöge dessen zwei oder mehrere Personen einwilligen, ihre Mühe allein, oder auch ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigen" (§ 1175 ABGB). Gesellschafter können alle natürlichen und juristischen Personen oder eine andere GesbR sein.¹

Nach der gesetzlichen Definition entsteht die GesbR also durch einen (formfreien) Vertrag; dem Inhalt nach muss dieser auf eine Vergemeinschaftung von Beiträgen der Gesellschafter gerichtet sein; der Sinn der Vereinigung muss in der Erreichung eines gemeinsamen Zweckes (nämlich dem "gemeinschaftlichen

¹ Riedler in KBB3, § 1175 Rz 1.

² EvBl 1957/281; ŚŽ 31/72; Arb 6960; SZ 33/112; Jabornegg/Resch in Schwimann, ABGB Praxiskommentar3, § 1175 Rz 15 mwN.

Erwerb") liegen. Die Judikatur verlangt darüber hinaus vielfach noch, dass eine - wenigstens lose - Gemeinschaftsorganisation vereinbart worden ist.2

Die GesbR selbst entfaltet keine Rechtspersönlichkeit, weshalb nur die Gesellschafter Zurechnungssubjekte von Rechten und Pflichten sind. Sie kann daher keine Dienstgeber im Sinne des ASVG, Träger einer Gewerbeberechtigung oder Arbeitgeber im Sinne des AuslBG sein. Sie ist im Zivil- und Verwaltungsverfahren weder partei- noch prozessfähig.

3. Vertretung der GesbR

Wenn die Gesellschaft gegründet wurde, folgt als nächster Schritt das Eingehen von Rechtsverhältnissen, also der Abschluss von Verträgen und die damit verbundene Abgabe von Verpflichtungserklärungen.

Die §§ 1201 bis 1203 ABGB regeln das "Verhältnis gegen Nichtmitglieder", also das Außenverhältnis der GesbR. Bei der GesbR besteht keine gesetzlich festgelegte Vertretungsmacht bestimmter Organe. Die Gesellschafter handeln - abgesehen von gewillkürter Vollmacht - im Rechtsverkehr nach außen persönlich.

Eine Ausnahmeregelung sieht § 178 UGB vor: "Handeln Gesellschafter einer unternehmerisch tätigen GesbR, die im Geschäftsverkehr unter einem eigenen Namen auftritt, oder zur

Vertretung der Gesellschaft bestellte Personen in deren Namen, so werden alle Gesellschafter daraus berechtigt und verpflichtet. Dies gilt auch dann, wenn ein handelnder Gesellschafter nicht, nicht allein oder nur beschränkt vertretungsbefugt ist, der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht aber weder kannte noch kennen musste." Bei Bau-ARGEn handelt es sich jedoch (in der Regel) nicht um unternehmerisch tätige GesbR:

Eine unternehmerisch tätige Gesellschaft liegt immer dann vor, wenn die Voraussetzungen des § 1 UGB erfüllt sind. Dieser bestimmt: "Ein Unternehmen ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein." Die Unternehmereigenschaft setzt demnach eine auf Dauer angelegte Ausrichtung der wirtschaftlichen Tätigkeit voraus. Eine solche Absicht ist anzunehmen, wenn die Gesellschaft auf eine grundsätzlich offene Zahl von Geschäftsabschlüssen hin ausgerichtet ist, sie darf sich von ihrer Intention also nicht in der Vornahme von Einzelhandlungen oder Gelegenheitsgeschäften erschöpfen. Eine Bau-ARGE ist demnach eine Gelegenheitsgesellschaft und nicht eine auf Dauer angelegte Organisation, da sich der Gesellschaftszweck in der Vornahme einer Handlung, konkret in der Beteiligung an einem einzigen Bauvorhaben, erschöpft.

Um eine GesbR berechtigen und verpflichten zu können, bedarf es daher der Zustimmung aller Gesellschafter, andernfalls kein gültiger Vertrag zu Stande kommt.3

³ Zu Fragen der Anscheins- und Duldungsvollmacht siehe im Detail Jabornegg/Resch in Schwimann, ABGB Praxiskommentar3, § 1201 Rz 4.

4. Die BIEGE im Vergabeverfahren

Großaufträge in der Bauwirtschaft werden in der Regel von (öffentlichen) Auftraggebern vergeben, die unter den persönlichen Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006 (in der Folge "BVergG") fallen.⁴ Der Begriff der BIEGE entstammt dem BVergG und wird auch nur in diesem Zusammenhang verwendet. Eine BIEGE ist eine GesbR im Angebotsstadium.

Da BIEGE selbst über keine Gewerbeberechtigungen verfügen können, muss die Befugnis von den Mitgliedern der BIEGE erfüllt werden: Gemäß § 70 Abs 6 BvergG hat jeder Gesellschafter die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen. Alle Mitglieder einer BIEGE müssen zumindest über eine Befugnis für einen erforderlichen Leistungsteil verfügen, alle zusammen müssen über alle erforderlichen Befugnisse verfügen.⁵

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist die BIEGE ex lege gemäß § 129 Abs 1 Z 2 vom Vergabeverfahren auszuscheiden.

5. Gesellschaftliche Forderungen und Verbindlichkeiten

Während bzw. nach Abwicklung des Bauvorhabens stellt sich die Frage, wie gesellschaft-

liche Forderungen geltend gemacht werden können und wie die Haftung der Gesellschaft für Verbindlichkeiten ausgestaltet ist.

Die Forderungen der GesbR sind nach herrschender Meinung grundsätzlich Gesamthandforderungen.⁶ Daher können sie nur von der Gesamtheit der Gesellschafter bzw. dem dazu befugten Vertreter geltend gemacht werden. Ein einzelner Gesellschafter ist zur Klage nur legitimiert, wenn er die Zustimmung der Mitgesellschafter nachweist oder auf Hinterlegung für alle Gesellschafter klagt (§ 890 S 2 ABGB).

Für Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet den Gesellschaftsgläubigern zunächst das gesamte Gesellschaftsvermögen, darüber hinaus aber (§ 1203 S 2 ABGB) jedes Mitglied persönlich, jedoch "nur für seinen Anteil". Ungeachtet des klaren Gesetzeswortlautes nehmen die Lehre⁷ und die Rechtsprechung⁸ unter Berufung auf den einheitlichen Verpflichtungsgrund der Gesellschafter Solidarhaftung der Gesellschafter an.

Für den Gläubiger (in der Regel der AG) bedeutet dies, dass er von jedem Gesellschafter die gesamte Forderung einfordern kann. Weiters haften ihm im Falle der Insolvenz eines Gesellschafters die Übrigen weiter. Die Solidarhaftung für die Vertragserfüllung erstreckt sich dabei auch auf Schadenersatzansprüche wegen Vertragsverletzung.

⁴ Vgl. § 3 BVergG.

Wohlgemuth in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management, 166.

⁶ Jabornegg/Resch in Schwimann, ABGB Praxiskommentar3, § 1203 Rz 3 mwN.

⁷ Jabornegg/Resch in Schwimann, ABGB Praxiskommentar3, § 1203 Rz 5.

⁸ Ris RS0022214.

6. Beendigung der GesbR

Die Beendigung der GesbR ist in den §§ 1205 bis 1215 ABGB geregelt und wirft viele Zweifelsfragen auf. Gelegenheitsgesellschaften wie Bau-ARGEn lösen sich auf, "wenn "das unternommene Geschäft vollendet" ist (Vollendung des Bauwerkes), da damit der begrenzte Gesellschaftszweck erreicht ist und der Gesellschaftsvertrag keine Grundlage für die Weiterführung der GesbR sein kann.9 Auch wenn die Zweckerreichung unmöglich wird (z. B. Nichterhalt des Auftrags durch eine BIEGE) löst sich die Gesellschaft ex lege auf.

Da kein gesetzlich geregeltes Liquidationsstadium vorgesehen ist, entsteht keine Liquidationsgesellschaft. Ohne anderslautender vertraglicher Regelung wandelt sich die GesbR daher mit der Auflösung automatisch¹⁰ in eine schlichte Rechtsgemeinschaft iSd §§ 825 ff ABGB um, die ihrerseits wieder durch Teilung des gemeinschaftlichen Vermögens beendet wird.11

7. Fazit und mögliche Alternativen

Die Bau-ARGE stellt die in der Baubranche häufigste Form der horizontalen Zusammenarbeit verschiedener Unternehmen dar. Insbesondere aufgrund der unklaren und auch unpraktikablen Haftungs- und Vertretungsregelungen stellt die Bau-ARGE ein gewisses, jedenfalls vermeidbares, Risiko für alle Gesellschafter dar. Dazu tragen auch die vielfach verwendeten Vertragsformblätter bei, die zwar generell taugliche Regelungen vorsehen, jedoch nicht auf jedes Bauvorhaben zugeschnitten sind und gewisse, häufig erst im Zuge eines Rechtsstreits zu klärende, Fragen offenlassen. Die gesetzlichen Haftungsregeln bei einer GesbR werden meist als unzureichend empfunden, andere Gesellschaftsformen, etwa Kapitalgesellschaften (GmbH bzw. AG) sind aber mit einem erheblichen Gründungsaufwand verbunden und führen oftmals zu steuerlichen Nachteilen. Mit Inkrafttreten des UGB12 wurden allerdings die Gründungsvoraussetzungen für Personengesellschaften deutlich vereinfacht. Trotzdem wird in der Baubranche davon kaum Gebrauch gemacht, was insbesondere aufgrund der seit langem geübten Kritik der Baubranche an den unzureichenden Regelungen über die GesbR¹³ nicht ganz verständlich ist. Unzweifelhaft ist mit der Gründung einer OG oder KG ein gewisser Gründungsaufwand verbunden, dieser ist aber letztendlich vergleichbar mit der gewissenhaften Ausarbeitung eines ARGE-Vertrages. Bauunternehmer sind daher gut beraten, bei größeren Projekten auch Überlegungen hinsichtlich der Gründung einer OG oder KG anzustellen; die OG bzw. KG ist gesetzlich deutlich genauer determiniert und die KG lässt im Gegensatz zur GesbR sogar Haftungsbeschränkungen für Gesellschaftsverbindlichkeiten gegenüber Dritten zu.

Riedler in KBB3, § 1205 Rz.

¹⁰ OGH 7 Ob 150/09y.

¹¹ Ris RS0114988.

¹² 01.01.2007.

¹³ Vgl schon Krejci, Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft (1979).