

# TE OGH 2000/2/22 2Ob27/00k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.02.2000

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Niederreiter als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schinko, Dr. Tittel, Dr. Baumann und Hon. Prof. Dr. Danzl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Florian Gehmacher, Rechtsanwalt, Dr. Karl-Lueger-Ring 12, 1010 Wien, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der H\*\*\*\*\*-AG, vertreten durch Preslmayr & Partner, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei I\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Angelika Truntschnig, Rechtsanwältin in Wien, wegen S 4,592.428,-- sA infolge Rekurses der klagenden Partei und Revision der beklagten Partei gegen die Berufungsentscheidung des Oberlandesgerichts Wien vom 22. Oktober 1999, GZ 3 R 38/99a-11, womit das Zwischenurteil des Handelsgerichts Wien vom 8. Dezember 1998, GZ 10 Cg 21/98p-7, teils aufgehoben und teils bestätigt wurde, beschlossen und zu Recht erkannt:

## Spruch

1. Der Rekurs der klagenden Partei wird zurückgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 24.048,-- (darin S 4.008,-- USt) bestimmten Kosten der Rekursbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

2. Der Revision der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

## Text

Entscheidungsgründe:

Über das Vermögen der Gemeinschuldnerin wurde am 4. 3. 1996 das Ausgleichsverfahren und am 5. 8. 1996 der Konkurs eröffnet; der Kläger wurde zum Masseverwalter bestellt.

Die Gemeinschuldnerin schloß sich mit der Beklagten zu verschiedenen Gesellschaften bürgerlichen Rechtes zusammen, und zwar zu den ARGEn MA 48 Kendlerstraße, WHA Zehnergasse, Zehnergasse BT II und Zehnergasse BT III. Den Verträgen über die Errichtung der genannten ARGEn wurde jeweils die Geschäftsordnung für Arbeitsgemeinschaftsverträge ("GO 1991") zugrundegelegt. In dieser heißt es ua: Die Gemeinschuldnerin schloß sich mit der Beklagten zu verschiedenen Gesellschaften bürgerlichen Rechtes zusammen, und zwar zu den ARGEn MA 48 Kendlerstraße, WHA Zehnergasse, Zehnergasse BT römisch II und Zehnergasse BT römisch III. Den Verträgen über die Errichtung der genannten ARGEn wurde jeweils die Geschäftsordnung für Arbeitsgemeinschaftsverträge ("GO 1991") zugrundegelegt. In dieser heißt es ua:

18,4 Wird über das Vermögen einer Partnerfirma der Konkurs eröffnet, so scheidet sie ohne weiteres aus.

18,8 Bei Ausscheiden einer Partnerfirma ist mit dem Monatsende, das auf den Tag ihres Ausscheidens bzw den Tag der Konkurseröffnung folgt, eine Bilanz mit Gewinn- und Verlustrechnung aufzustellen. In der Bilanz sind entsprechende

Rückstellungen für zu erwartende, in der Kalkulation bzw im bisherigen Bauablauf begründete Verluste, Sicherheitsleistungen und Rechnungsabstriche zu machen.

Die Höhe dieser Rückstellungen bestimmt der Firmenrat über Vorschlag der technischen und der kaufmännischen Geschäftsführung.

Die ausscheidende Partnerfirma nimmt am Gewinn und Verlust der bis zum Schluss des Monats ihres Ausscheidens ausgeführten Arbeiten teil, nicht aber am Gewinn der noch auszuführenden Arbeiten. Sind der Umfang und die Höhe möglicher Gewährleistungs- sowie sonstiger Verpflichtungen und Risiken nicht hinreichend zu überblicken, so kann die Arbeitsgemeinschaft in den Fällen des Ausscheidens das Ausscheidungsguthaben des ausgeschiedenen Gesellschafters bis zur Erfüllung aller Gewährleistungsansprüche und sonstigen möglichen Verpflichtungen der Arbeitsgemeinschaft zurückbehalten.

Eine Partnerfirma haftet - unabhängig vom Ergebnis der Auseinandersetzungsbilanz - den verbleibenden Gesellschaftern gegenüber entsprechend der Höhe ihres früheren Anteiles auch für solche Gewährleistungs- und sonstige Verpflichtungen sowie Verluste in Bezug auf das Gesamtbauvorhaben, welche erst nach Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz erkennbar geworden sind, deren Ursachen jedoch schon im Zeitpunkt ihres Ausscheidens gesetzt waren.

Darüber hinaus haftet eine Partnerfirma, die aus eigenem Verschulden ausgeschieden wurde, auch bei leichter Fahrlässigkeit für sonstige Schäden, welche der Arbeitsgemeinschaft durch ihr Ausscheiden entstehen, wie zB erhöhte Aufwendungen für Ersatzbeschaffung von Geräten und Personal.

18,9 Im Falle des Ausscheidens kann die ausgeschlossene Partnerfirma nicht verlangen, dass die übrigen Partnerfirmen die Verbindlichkeiten sofort erfüllen oder für diese Sicherheit leisten.

Die Beklagte hat als kaufmännische Geschäftsführerin der genannten ARGEn zum 31. 8. 1996 Abschichtungsbilanzen erstellt, die ein Abschichtungsguthaben zugunsten der Gemeinschuldnerin von insgesamt S 4,592.428,- ergeben haben.

Der Kläger begehrte, die Beklagte zur Bezahlung des Abschichtungsguthabens in Höhe von S 4,592.428,- sA schuldig zu erkennen; weiters erhob er das Eventualbegehren festzustellen, dass die Beklagte dem Kläger S 4,592.428,- als kumuliertes Abschichtungsguthaben aus den obgenannten ARGEn schulde. Sollte die Klagsforderung als nicht fällig angesehen werden, bestehe ein berechtigtes Interesse des Klägers an der Feststellung des Zurechtbestehens der Forderung gegenüber der Beklagten, da diese sich zu deren Anerkennung nicht bereit finde.

Die Beklagte wendete die mangelnde Fälligkeit der Abschichtungsbeträge ein und berief sich auf die Punkte 18,8 und 18,9 GO 1991. Für sämtliche strittigen Bauvorhaben seien die Gewährleistungsfristen noch nicht abgelaufen, Gewährleistungsarbeiten seien noch im Gange. Beim Bauvorhaben MA 48 Kendlerstraße seien massive Wassereintritte gemeldet worden, die von der Beklagten saniert werden müssten. Die Sanierungskosten gingen über die in der Abschichtungsbilanz enthaltenen Rückstellungen hinaus, eine ziffernmäßige Abrechnung könne noch nicht erfolgen. Beim Bauvorhaben Zehnergasse BT II ende die Gewährleistungsfrist im Jänner 1999, bislang seien Gewährleistungsaufwendungen in Höhe von S 407.500,- von der Beklagten getätigt worden, welcher Betrag ebenfalls über die Rückstellungen in der Abschichtungsbilanz hinausgingen. Der Beklagten stünden gegen den Kläger Forderungen im Umfang von insgesamt S 7,157.221,- zu, die compensando der Klagsforderung entgegengesetzt würden. Die Beklagte wendete die mangelnde Fälligkeit der Abschichtungsbeträge ein und berief sich auf die Punkte 18,8 und 18,9 GO 1991. Für sämtliche strittigen Bauvorhaben seien die Gewährleistungsfristen noch nicht abgelaufen, Gewährleistungsarbeiten seien noch im Gange. Beim Bauvorhaben MA 48 Kendlerstraße seien massive Wassereintritte gemeldet worden, die von der Beklagten saniert werden müssten. Die Sanierungskosten gingen über die in der Abschichtungsbilanz enthaltenen Rückstellungen hinaus, eine ziffernmäßige Abrechnung könne noch nicht erfolgen. Beim Bauvorhaben Zehnergasse BT römisch II ende die Gewährleistungsfrist im Jänner 1999, bislang seien Gewährleistungsaufwendungen in Höhe von S 407.500,- von der Beklagten getätigt worden, welcher Betrag ebenfalls über die Rückstellungen in der Abschichtungsbilanz hinausgingen. Der Beklagten stünden gegen den Kläger Forderungen im Umfang von insgesamt S 7,157.221,- zu, die compensando der Klagsforderung entgegengesetzt würden.

Der Kläger replizierte, sämtliche Bauvorhaben seien abgeschlossen, in den Abschichtungsbilanzen seien ausreichende

Rückstellungen getätigt worden. Die von der Beklagten angestrebte Aufrechnung sei unzulässig, weil die Forderungen aus den Abschichtungsbilanzen erst durch die Konkurseröffnung entstanden seien und damit einer Aufrechnung § 20 KO entgegenstehe. Hinzu komme, dass die Beklagte durch Nichtausschüttung von Gewinnen die Aufrechnungslage herbeigeführt habe und damit die Anfechtbarkeit gemäß den §§ 30 f KO gegeben sei; dies zumal der Beklagten die bereits im Jahre 1995 eingetretene Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin bekannt gewesen sei. Der Kläger replizierte, sämtliche Bauvorhaben seien abgeschlossen, in den Abschichtungsbilanzen seien ausreichende Rückstellungen getätigt worden. Die von der Beklagten angestrebte Aufrechnung sei unzulässig, weil die Forderungen aus den Abschichtungsbilanzen erst durch die Konkurseröffnung entstanden seien und damit einer Aufrechnung Paragraph 20, KO entgegenstehe. Hinzu komme, dass die Beklagte durch Nichtausschüttung von Gewinnen die Aufrechnungslage herbeigeführt habe und damit die Anfechtbarkeit gemäß den Paragraphen 30, f KO gegeben sei; dies zumal der Beklagten die bereits im Jahre 1995 eingetretene Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin bekannt gewesen sei.

Das Erstgericht erkannte mit Zwischenurteil das Leistungsbegehren als dem Grunde nach zu Recht bestehend. Dabei stellte es über das unstrittig gebliebene Parteienvorbringen hinausgehend fest, dass an den von der Gemeinschuldnerin durchgeführten Arbeiten keine Mängel festgestellt werden können, weiters dass keine konkreten Schäden und Mängel festgestellt werden können, für die noch Gewähr zu leisten wäre. Ebenso wenig könnten "sonstige Verpflichtungen und Risiken", aus denen der Beklagten Forderungen zustehen, festgestellt werden.

In rechtlicher Hinsicht ging das Erstgericht unter Hinweis auf die Lehrmeinungen von Jabornegg und Koppensteiner davon aus, dass die Abschichtungsforderung aus der Abschichtungsbilanz mit deren Feststellung fällig werde. Die von der Beklagten angeführte Bestimmung des Punktes 18,8 der GO 1991 regle nicht die Fälligkeit des Abschichtungsanspruches, sondern sei lediglich dahin zu verstehen, dass der ausgeschiedene Gesellschafter von der Gesellschaft nicht verlangen könne, ihre Verbindlichkeiten gegenüber Dritten zu erfüllen. Der Einwand der Beklagten, die ausscheidende Partnerfirma hafte den verbleibenden Gesellschaftern unabhängig vom Ergebnis der Abschichtungsbilanz für Gewährleistungs- und sonstige Verpflichtungen, sei im Hinblick auf die Entscheidung WBI 1987, 65 nicht berechtigt. Danach seien vertragliche Vereinbarungen, die gegen zwingende Bestimmungen über die Aufrechnung im Konkursverfahren verstoßen, unwirksam, insoweit sich der spätere Gemeinschuldner die konkursmäßige Aufrechenbarkeit zugunsten einzelner Gläubiger auch für solche Fälle zu sichern suche, in welchen die Gegenseitigkeit erst später eintrete. Die Fälligkeit des Abschichtungsguthabens könne daher grundsätzlich nicht von den Ergebnissen einer nach Abschluss des Bauvorhabens erstellten Schlussbilanz abhängen, weil dies als die Masse benachteiligend ebenso dem materiellen Konkursrecht widerspräche. Punkt 18,8 der GO 1991 könne bei einer die Nichtigkeit dieser Bestimmung meidenden Interpretation nach alle dem nur dahin verstanden werden, dass die Schlussbilanz nur insoweit von der Zwischenbilanz abweichen könne, als sie die weitere Tätigkeit der ARGE aus dem Ausscheiden des insolvent gewordenen Gesellschafters mitberücksichtige. Das eingeforderte Abschichtungsguthaben sei daher jeweils mit Erstellung der Abschichtungsbilanzen zum 31. 8. 1996 fällig geworden. Die Beklagte habe zu ihrem Vorbringen, in Ansehung sämtlicher Bauvorhaben seien die Gewährleistungsfristen noch nicht abgelaufen bzw es seien Mängel/Schadensbehebungsarbeiten noch im Gange, zum Inhalt bzw zum Umfang der solcherart behaupteten Ansprüche weder konkrete Behauptungen aufgestellt noch taugliche Beweismittel angeboten. Die Beklagte sei erst durch, somit nach Konkurseröffnung über das Vermögen der Gemeinschuldnerin Schuldnerin der Masse geworden, weswegen einer Aufrechnung § 20 KO entgegenstehe. In rechtlicher Hinsicht ging das Erstgericht unter Hinweis auf die Lehrmeinungen von Jabornegg und Koppensteiner davon aus, dass die Abschichtungsforderung aus der Abschichtungsbilanz mit deren Feststellung fällig werde. Die von der Beklagten angeführte Bestimmung des Punktes 18,8 der GO 1991 regle nicht die Fälligkeit des Abschichtungsanspruches, sondern sei lediglich dahin zu verstehen, dass der ausgeschiedene Gesellschafter von der Gesellschaft nicht verlangen könne, ihre Verbindlichkeiten gegenüber Dritten zu erfüllen. Der Einwand der Beklagten, die ausscheidende Partnerfirma hafte den verbleibenden Gesellschaftern unabhängig vom Ergebnis der Abschichtungsbilanz für Gewährleistungs- und sonstige Verpflichtungen, sei im Hinblick auf die Entscheidung WBI 1987, 65 nicht berechtigt. Danach seien vertragliche Vereinbarungen, die gegen zwingende Bestimmungen über die Aufrechnung im Konkursverfahren verstoßen, unwirksam, insoweit sich der spätere Gemeinschuldner die konkursmäßige Aufrechenbarkeit zugunsten einzelner Gläubiger auch für solche Fälle zu sichern suche, in welchen die Gegenseitigkeit erst später eintrete. Die Fälligkeit des Abschichtungsguthabens könne daher grundsätzlich nicht von den Ergebnissen einer nach Abschluss des Bauvorhabens erstellten Schlussbilanz abhängen, weil dies als die Masse benachteiligend ebenso dem materiellen Konkursrecht widerspräche. Punkt 18,8

der GO 1991 könne bei einer die Nichtigkeit dieser Bestimmung meidenden Interpretation nach alle dem nur dahin verstanden werden, dass die Schlussbilanz nur insoweit von der Zwischenbilanz abweichen könne, als sie die weitere Tätigkeit der ARGE aus dem Ausscheiden des insolvent gewordenen Gesellschafters mitberücksichtige. Das eingeforderte Abschichtungsguthaben sei daher jeweils mit Erstellung der Abschichtungsbilanzen zum 31. 8. 1996 fällig geworden. Die Beklagte habe zu ihrem Vorbringen, in Ansehung sämtlicher Bauvorhaben seien die Gewährleistungsfristen noch nicht abgelaufen bzw es seien Mängel/Schadensbehebungsarbeiten noch im Gange, zum Inhalt bzw zum Umfang der solcherart behaupteten Ansprüche weder konkrete Behauptungen aufgestellt noch taugliche Beweismittel angeboten. Die Beklagte sei erst durch, somit nach Konkurseröffnung über das Vermögen der Gemeinschuldnerin Schuldnerin der Masse geworden, weswegen einer Aufrechnung Paragraph 20, KO entgegenstehe.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten teilweise Folge. Es hob das erstgerichtliche Zwischenurteil in seinem Ausspruch, die Klagsforderung bestehe im Umfang eines Betrages von S 1,483.313,-- (Bauvorhaben MA 48 und Zehnergasse BT II) dem Grunde nach zu Recht, auf und trug dem Erstgericht insoweit die neuerliche Entscheidung auf Verfahrensergänzung auf; es sprach aus, dass der Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss zulässig sei. Im Übrigen, nämlich hinsichtlich des Ausspruchs, die Klagsforderung von S 3,109.115,-- (Bauvorhaben WHA Zehnergasse und Zehnergasse BT III) bestehe dem Grunde nach zu Recht, bestätigte das Berufungsgericht das erstgerichtliche Zwischenurteil und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Es führte folgendes aus: Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten teilweise Folge. Es hob das erstgerichtliche Zwischenurteil in seinem Ausspruch, die Klagsforderung bestehe im Umfang eines Betrages von S 1,483.313,-- (Bauvorhaben MA 48 und Zehnergasse BT römisch II) dem Grunde nach zu Recht, auf und trug dem Erstgericht insoweit die neuerliche Entscheidung auf Verfahrensergänzung auf; es sprach aus, dass der Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss zulässig sei. Im Übrigen, nämlich hinsichtlich des Ausspruchs, die Klagsforderung von S 3,109.115,-- (Bauvorhaben WHA Zehnergasse und Zehnergasse BT römisch III) bestehe dem Grunde nach zu Recht, bestätigte das Berufungsgericht das erstgerichtliche Zwischenurteil und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Es führte folgendes aus:

"Unstreitig ist nach herrschender Meinung der aus einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausscheidende Gesellschafter abzuschichten (Kastner, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup>, 59, 60 und 62; Jabornegg/Resch in Schwimann, ABGB-Praxis- kommentar<sup>2</sup>, Rz 10 zu § 1215; Strasser in Rummel, Kommentar II<sup>2</sup> Rz 13 zu § 1211), das heißt, der Wert seiner Beteiligung ist in Geld auszuzahlen (siehe auch *ecolx* 1990, 482). Dem ausgeschiedenen Gesellschafter soll dieselbe Rechtsposition verschaffen werden, die er hätte, wenn die Gesellschaft liquidiert würde (vgl zum OHG-Recht: Koppensteiner in Straube, HGB<sup>2</sup> Rz 1 zu Art 7 Nr 15, 16). Nach der Rechtsprechung entsteht der Auseinandersetzungsanspruch des ausgeschlossenen Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bereits mit dem Zeitpunkt der Wirksamkeit der Ausschlussklärung (JBI 1993, 108). Zur vergleichbaren Rechtslage im Rechte der OHG (JBI 1993, 108) wird die Frage der Fälligkeit des Abschichtungsanspruchs des Gesellschafters durch die Lehre unterschiedlich beantwortet. Während ein Teil der Lehre annimmt, die Fälligkeit sei mit Feststellung der Abschichtungsbilanz anzunehmen, wird von einem anderen Teil auf den Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Gesellschaft abgestellt (vgl die Übersicht zum Meinungsstand bei Jabornegg in Jabornegg, HGB-Kommentar, Rz 31 zu § 138). In der Entscheidung JBI 1993, 108 ließ der Oberste Gerichtshof die Beantwortung dieser Frage für den Bereich der GesbR wohl offen, stellte aber jedenfalls klar, dass der Abschichtungsanspruch des Ausgeschlossenen nur Zug-um-Zug gegen die von ihm zu erbringenden, sich aus der Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses naturgemäß ergebenden Verpflichtungen, wie Räumung der gemeinsamen Geschäftslokalität, Übergabe vormaligen Geschäftsvermögens etc zu erfüllen ist; dies lasse sich damit begründen, dass die beiderseitigen Pflichten der Rückabwicklung eines aufgehobenen Vertrages dienen und somit kausal zusammenhängen. Dem vergleichbare gesellschaftsrechtliche Pflichten sind vorliegend nicht zu beurteilen, aus der Entscheidung kann jedoch gewonnen werden, dass im grundsätzlichen die zum Recht der OHG aufgestellten Grundsätze zur Abschichtung des ausscheidenden Gesellschafters auch für den Bereich der GesbR herangezogen werden können. Daran vermag auch die im Grunde zutreffende Darstellung der Berufung über die Unterschiede der auf den dauerhaften Betrieb eines Handelsgewerbes abgestellten OHG und der im Regelfall auf die Abwicklung eines einzigen Bauprojektes abzielenden Bau-ARGE im vorliegenden Fall nichts zu ändern. Denn die Bau-ARGE leistet regelmäßig eine Vielzahl von Gewerken, deren vollständige Beendigung sich auf Jahre erstrecken kann, wobei die Bildung von "Gesellschaftsvermögen" (Gerätschaften und dergleichen - Einbringung quoad sortem oder quoad dominium bzw Erwerb von Miteigentum: siehe König, Das "Gesellschaftsvermögen" im Konkurs der GesbR, ZIK 1996, 73 ff) zumindest nicht ausgeschlossen ist. Gerade das Fehlen von umfangreichem Gesellschaftsvermögen

würde jedoch die sofortige Abwicklung der Abschichtung erleichtern, vom Bestand sogenannter schwebender Geschäfte kann in beiden Fällen ausgegangen werden."Unstreitig ist nach herrschender Meinung der aus einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausscheidende Gesellschafter abzuschichten (Kastner, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup>, 59, 60 und 62; Jabornegg/Resch in Schwimann, ABGB-Praxis- kommentar<sup>2</sup>, Rz 10 zu Paragraph 1215 ;, Strasser in Rummel, Kommentar II<sup>2</sup> Rz 13 zu Paragraph 1211,)), das heißt, der Wert seiner Beteiligung ist in Geld auszuzahlen (siehe auch ecolex 1990, 482). Dem ausgeschiedenen Gesellschafter soll dieselbe Rechtsposition verschaffen werden, die er hätte, wenn die Gesellschaft liquidiert würde vergleiche zum OHG-Recht: Koppensteiner in Straube, HGB<sup>2</sup> Rz 1 zu Artikel 7, Nr 15, 16). Nach der Rechtsprechung entsteht der Auseinandersetzungs- anspruch des ausgeschlossenen Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bereits mit dem Zeitpunkt der Wirksamkeit der Ausschlusserklärung (JBI 1993, 108). Zur vergleichbaren Rechtslage im Rechte der OHG (JBI 1993, 108) wird die Frage der Fälligkeit des Abschichtungsan- spruches des Gesellschafters durch die Lehre unterschiedlich beantwortet. Während ein Teil der Lehre annimmt, die Fälligkeit sei mit Feststellung der Abschichtungsbilanz anzunehmen, wird von einem anderen Teil auf den Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Gesellschaft abgestellt vergleiche die Übersicht zum Meinungsstand bei Jabornegg in Jabornegg, HGB-Kommentar, Rz 31 zu Paragraph 138,)). In der Entscheidung JBI 1993, 108 ließ der Oberste Gerichtshof die Beantwortung dieser Frage für den Bereich der GesbR wohl offen, stellte aber jedenfalls klar, dass der Abschichtungsanspruch des Ausgeschlossenen nur Zug-um-Zug gegen die von ihm zu erbringenden, sich aus der Beendigung des Gesellschaftsver- hältnisses naturgemäß ergebenden Verpflichtungen, wie Räumung der gemeinsamen Geschäftslokalität, Übergabe vormaligen Geschäftsvermögens etc zu erfüllen ist; dies lasse sich damit begründen, dass die beiderseitigen Pflichten der Rückabwicklung eines aufgehobenen Vertrages dienen und somit kausal zusammenhängen. Dem vergleichbare gesellschaftsrechtliche Pflichten sind vorliegend nicht zu beurteilen, aus der Entscheidung kann jedoch gewonnen werden, dass im grundsätzlichen die zum Recht der OHG aufgestellten Grundsätze zur Abschichtung des ausscheidenden Gesellschafters auch für den Bereich der GesbR herangezogen werden können. Daran vermag auch die im Grunde zutreffende Darstellung der Berufung über die Unterschiede der auf den dauerhaften Betrieb eines Handelsgewerbes abgestellten OHG und der im Regelfall auf die Abwicklung eines einzigen Bauprojektes abzielenden Bau-ARGE im vorliegenden Fall nichts zu ändern. Denn die Bau-ARGE leistet regelmäßig eine Vielzahl von Gewerken, deren vollständige Beendigung sich auf Jahre erstrecken kann, wobei die Bildung von "Gesellschaftsvermögen" (Gerätschaften und dergleichen - Einbringung quoad sortem oder quoad dominium bzw Erwerb von Miteigentum: siehe König, Das "Gesellschaftsvermögen" im Konkurs der GesbR, ZIK 1996, 73 ff) zumindest nicht ausgeschlossen ist. Gerade das Fehlen von umfangreichem Gesellschaftsvermögen würde jedoch die sofortige Abwicklung der Abschichtung erleichtern, vom Bestand sogenannter schwebender Geschäfte kann in beiden Fällen ausgegangen werden.

Vorliegend bestehen - neben den gesetzlichen Grundlagen - konkrete Vertragsklauseln, die in Bezug auf die Regelung der Fälligkeit des Abschichtungsguthabens strittig sind.

Nach Ansicht des Berufungsgegners sprächen die Bestimmungen der dem Vertragsverhältnis zugrundeliegenden GO 1991 gegen eine Fälligkeit des Abschichtungsanspruches erst nach Ablauf sämtlicher Gewährleistungsfristen und Beendigung des Bauvorhabens. Dagegen sprächen die Bestimmungen über die Bildung von Rückstellungen in der Abschichtungsbilanz sowie des Zurückbehaltungsrechtes der ARGE am allfälligen Abschichtungsguthaben des ausscheidenden Partners. Denn träte die Fälligkeit eines auszuzahlenden Abschichtungsguthabens erst mit Beendigung des Bauvorhabens und Ablauf der Gewährleistungsfristen ein, wäre die Bestimmung, wonach "die Arbeitsgemeinschaft in den Fällen des Ausscheidens das Ausscheidungsguthaben des ausgeschiedenen Gesellschafters bis zur Erfüllung aller Gewährleistungsansprüche und sonstigen möglichen Verpflichtungen der Arbeitsgemeinschaft zurückbehalten" kann, überflüssig. Diese Argumentation ist grundsätzlich überzeugend. Graff (in Krejci, Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft: Insolvenzzrechtliche Probleme der Bau-ARGE, 336), meint demgegenüber, aus Punkt 18,17, 3. Absatz der (in diesem Punkte gleichlautenden vormaligen) GO, der bestimme, dass der ausgeschlossene Gesellschafter nicht verlangen könne, dass die übrigen Gesellschafter "die Verbindlichkeiten" sofort erfüllen oder für diese Sicherheit leisten, sei ein Hinausschieben der Fälligkeit bis zur Errichtung der Schlussbilanz der ARGE abzuleiten. Denn vom Begriff "Verbindlichkeiten" sei auch der Abschichtungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters "mitumfasst". Hecht (ARGE-Gesellschafter im Konkurs: Aufrechnung gegen Abschichtungsguthaben, RdW 1998, 330) will im Hinblick auf Art 7 Nr 15 Abs 4 4. EVHGB von dieser Vertragsbestimmung nur Ansprüche Dritter umfasst sehen, räumt aber ein, dass das Interpretationsergebnis von Graff nicht definitiv auszuschließen sei, dagegen spräche allerdings eine geltungskonforme Auslegung. Entgegen der in

diesem Zusammenhang von Hecht geäußerten Ansicht, erscheint ein Abweichen der Schlussbilanz von der vorläufigen Bilanz ohne Berücksichtigung des nach dem Ausscheiden stattgefundenen Geschäftsverlaufes durchaus möglich, nämlich in jenem Umfang, als eben Gewährleistungsansprüche oder Schadenersatzansprüche berücksichtigt werden, die in den abzuschichtenden Zeitraum zurückwirken. Nach Ansicht des Berufungsgegners sprächen die Bestimmungen der dem Vertragsverhältnis zugrundeliegenden GO 1991 gegen eine Fälligkeit des Abschichtungsanspruches erst nach Ablauf sämtlicher Gewährleistungsfristen und Beendigung des Bauvorhabens. Dagegen sprächen die Bestimmungen über die Bildung von Rückstellungen in der Abschichtungsbilanz sowie des Zurückbehaltungsrechtes der ARGE am allfälligen Abschichtungsguthaben des ausscheidenden Partners. Denn träte die Fälligkeit eines auszuzahlenden Abschichtungsguthabens erst mit Beendigung des Bauvorhabens und Ablauf der Gewährleistungsfristen ein, wäre die Bestimmung, wonach "die Arbeitsgemeinschaft in den Fällen des Ausscheidens das Ausscheidungsguthaben des ausgeschiedenen Gesellschafters bis zur Erfüllung aller Gewährleistungsansprüche und sonstigen möglichen Verpflichtungen der Arbeitsgemeinschaft zurückbehalten" kann, überflüssig. Diese Argumentation ist grundsätzlich überzeugend. Graff (in Krejci, Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft: Insolvenzzrechtliche Probleme der Bau-ARGE, 336), meint demgegenüber, aus Punkt 18,17, 3. Absatz der (in diesem Punkte gleichlautenden vormaligen) GO, der bestimme, dass der ausgeschlossene Gesellschafter nicht verlangen könne, dass die übrigen Gesellschafter "die Verbindlichkeiten" sofort erfüllen oder für diese Sicherheit leisten, sei ein Hinausschieben der Fälligkeit bis zur Errichtung der Schlussbilanz der ARGE abzuleiten. Denn vom Begriff "Verbindlichkeiten" sei auch der Abschichtungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters "mitumfasst". Hecht (ARGE-Gesellschafter im Konkurs: Aufrechnung gegen Abschichtungsguthaben, RdW 1998, 330) will im Hinblick auf Artikel 7, Nr 15 Absatz 4, 4. EVHGB von dieser Vertragsbestimmung nur Ansprüche Dritter umfasst sehen, räumt aber ein, dass das Interpretationsergebnis von Graff nicht definitiv auszuschließen sei, dagegen spräche allerdings eine geltungskonforme Auslegung. Entgegen der in diesem Zusammenhang von Hecht geäußerten Ansicht, erscheint ein Abweichen der Schlussbilanz von der vorläufigen Bilanz ohne Berücksichtigung des nach dem Ausscheiden stattgefundenen Geschäftsverlaufes durchaus möglich, nämlich in jenem Umfang, als eben Gewährleistungsansprüche oder Schadenersatzansprüche berücksichtigt werden, die in den abzuschichtenden Zeitraum zurückwirken.

Zum OHG-Recht ist anerkannt, dass die Parteien des Gesellschaftsvertrages bezüglich der Zahlungsmodalitäten einen relativ breiten Spielraum haben und im Hinblick auf die Sicherstellung der Liquidität der Gesellschaft häufig im Gesellschaftsvertrag Regelungen zB Ratenzahlung vereinbaren (vgl Jabornegg, aaO, Rz 38 zu § 138). Betrachtet man Punkt 18,9 GO 1991 unter diesem Aspekt, so stellt sich die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die Fälligkeit des Abschichtungsguthabens hinausgeschoben werden kann. Legt man die Liquiditätssicherung der fortbestehenden ARGE zugrunde, kann zunächst auf die Beendigung der ARGE selbst abgestellt werden, wenngleich eine frühere Leistung durch den Schuldner möglich wäre. Dadurch könnte jedenfalls sichergestellt werden, dass die ARGE durch Auszahlung von Abschichtungsguthaben nicht ihrerseits in Liquiditätsengpässe gelangt und damit in ihrem Weiterbestand gefährdet ist. In der Entscheidung SZ 36/100 würdigte der Oberste Gerichtshof im Wesentlichen gleichlautende Vertragsklauseln unter Einbeziehung der damaligen Vertragsvorschriften über die Fälligkeit von Auszahlungen an Gesellschafter während aufrechter ARGE, die eine Zweckbindung der Gelder, bzw eine Reihenfolge der vorzunehmenden Auszahlungen, vorsah. Im Hinblick auf die während aufrechter Gesellschaft bestehende Zweckbindung der Gelder, der Bestimmung, wonach "die ausscheidende Firma nicht verlangen könne, die andere Firma müsse ihre Verbindlichkeiten sofort erfüllen oder dafür Sicherheit leisten", sei eine vertragliche Regelung geschaffen worden, die praktisch auf § 733 BGB hinausliefe, die auch die Heranziehung der einschlägigen Bestimmungen der deutschen Konkursordnung (§§ 16 und 51) zulasse. Nach § 733 BGB sind aus dem Vermögen der aufgelösten Gesellschaft zunächst die Schulden zu berichtigen oder Sicherheiten zu leisten (für eine offenbar generelle Heranziehung dieses Grundsatzes Bartsch/Pollak, Konkursrecht, Anm 11 und 12 zu § 1 mwN). Im Konkurs hat der Genosse des Gemeinschuldners ein Absonderungsrecht für Gesellschaftsverbindlichkeiten, nur der Netto-Anteil des Gemeinschuldners fließt der Konkursmasse zu. Auf eine derartige Bindung des Gesellschaftsvermögens hat sich die Beklagte nicht berufen, allerdings enthält die GO 1991 - die die Parteien nach übereinstimmendem Vorbringen als Vertragsgrundlage vereinbart haben - dementsprechende Regelungen. Es kann daher im zu entscheidenden Fall davon ausgegangen werden, dass die strittigen Vertragsklauseln im Sinne der Entscheidung SZ 36/100 zu verstehen sind, sohin der Auszahlungsanspruch nach Abzug bzw Sicherstellung der Verbindlichkeiten, unter Beachtung der vertraglichen Zweckbindung des Vermögens, fällig ist. Zum OHG-Recht ist anerkannt, dass die Parteien des Gesellschaftsvertrages bezüglich der Zahlungsmodalitäten einen relativ breiten Spielraum haben und im Hinblick auf

die Sicherstellung der Liquidität der Gesellschaft häufig im Gesellschaftsvertrag Regelungen zB Ratenzahlung vereinbaren vergleiche Jabornegg, aaO, Rz 38 zu Paragraph 138,). Betrachtet man Punkt 18,9 GO 1991 unter diesem Aspekt, so stellt sich die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die Fälligkeit des Abschichtungsguthabens hinausgeschoben werden kann. Legt man die Liquiditätssicherung der fortbestehenden ARGE zugrunde, kann zunächst auf die Beendigung der ARGE selbst abgestellt werden, wenngleich eine frühere Leistung durch den Schuldner möglich wäre. Dadurch könnte jedenfalls sichergestellt werden, dass die ARGE durch Auszahlung von Abschichtungsguthaben nicht ihrerseits in Liquiditätsengpässe gelangt und damit in ihrem Weiterbestand gefährdet ist. In der Entscheidung SZ 36/100 würdigte der Oberste Gerichtshof im Wesentlichen gleichlautende Vertragsklauseln unter Einbeziehung der damaligen Vertragsvorschriften über die Fälligkeit von Auszahlungen an Gesellschafter während aufrechter ARGE, die eine Zweckbindung der Gelder, bzw eine Reihenfolge der vorzunehmenden Auszahlungen, vorsah. Im Hinblick auf die während aufrechter Gesellschaft bestehende Zweckbindung der Gelder, der Bestimmung, wonach "die ausscheidende Firma nicht verlangen könne, die andere Firma müsse ihre Verbindlichkeiten sofort erfüllen oder dafür Sicherheit leisten", sei eine vertragliche Regelung geschaffen worden, die praktisch auf Paragraph 733, BGB hinausliefe, die auch die Heranziehung der einschlägigen Bestimmungen der deutschen Konkursordnung (Paragraphen 16 und 51) zulasse. Nach Paragraph 733, BGB sind aus dem Vermögen der aufgelösten Gesellschaft zunächst die Schulden zu berichtigen oder Sicherheiten zu leisten (für eine offenbar generelle Heranziehung dieses Grundsatzes Bartsch/Pollak, Konkursrecht, Anmerkung 11 und 12 zu Paragraph eins, mwN). Im Konkurs hat der Genosse des Gemeinschuldners ein Absonderungsrecht für Gesellschaftsverbindlichkeiten, nur der Netto-Anteil des Gemeinschuldners fließt der Konkursmasse zu. Auf eine derartige Bindung des Gesellschaftsvermögens hat sich die Beklagte nicht berufen, allerdings enthält die GO 1991 - die die Parteien nach übereinstimmendem Vorbringen als Vertragsgrundlage vereinbart haben - dementsprechende Regelungen. Es kann daher im zu entscheidenden Fall davon ausgegangen werden, dass die strittigen Vertragsklauseln im Sinne der Entscheidung SZ 36/100 zu verstehen sind, sohin der Auszahlungsanspruch nach Abzug bzw Sicherstellung der Verbindlichkeiten, unter Beachtung der vertraglichen Zweckbindung des Vermögens, fällig ist.

Nach dem Parteienvorbringen sind die Tätigkeiten der ARGE WHA Zehnergasse und Zehnergasse BT III - mit Ausnahme der offenen Gewährleistungsfristen - abgeschlossen; diesbezüglich wurden auch weder Mängel noch absehbare Gewährleistungsfälle behauptet. Ein ernstzunehmender Grund für die Zurückbehaltung des bezughabenden Abschichtungsguthabens liegt damit nicht vor. Denn einerseits wurden nach den Feststellungen ohnehin in den Abschichtungsbilanzen Rückstellungen vorgenommen, andererseits wurde eine besondere Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens nicht behauptet. Letztlich ordnet die GO 1991 wohl ein Zurückbehaltungsrecht für den Fall, dass Umfang und Höhe möglicher Gewährleistungs- sowie sonstiger Verpflichtungen und Risiken nicht hinreichend zu überblicken sind, an. Allerdings kann diese Bestimmung objektiv nur dahin verstanden werden, dass zumindest Gewährleistungsansprüche, Verpflichtungen oder Risiken konkret zu erwarten sind, deren Umfang und Höhe bloß nicht abzuschätzen ist. Dies wurde nicht behauptet. Nach dem Parteienvorbringen sind die Tätigkeiten der ARGE WHA Zehnergasse und Zehnergasse BT römisch III - mit Ausnahme der offenen Gewährleistungsfristen - abgeschlossen; diesbezüglich wurden auch weder Mängel noch absehbare Gewährleistungsfälle behauptet. Ein ernstzunehmender Grund für die Zurückbehaltung des bezughabenden Abschichtungsguthabens liegt damit nicht vor. Denn einerseits wurden nach den Feststellungen ohnehin in den Abschichtungsbilanzen Rückstellungen vorgenommen, andererseits wurde eine besondere Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens nicht behauptet. Letztlich ordnet die GO 1991 wohl ein Zurückbehaltungsrecht für den Fall, dass Umfang und Höhe möglicher Gewährleistungs- sowie sonstiger Verpflichtungen und Risiken nicht hinreichend zu überblicken sind, an. Allerdings kann diese Bestimmung objektiv nur dahin verstanden werden, dass zumindest Gewährleistungsansprüche, Verpflichtungen oder Risiken konkret zu erwarten sind, deren Umfang und Höhe bloß nicht abzuschätzen ist. Dies wurde nicht behauptet.

Aus Art 7 Nr 16 EVHGB folgt, dass "schwebende Geschäfte" bloß nicht in die Auseinandersetzungsbilanz gehören. Der Begriff des "schwebenden Geschäftes" setzt eine zum maßgeblichen Zeitpunkt (Ausscheiden) schon vorhandene, aber noch nicht erfüllte, rechtliche Bindung einerseits, eine unmittelbare auf Erwerb gerichtete Rechtsbeziehung andererseits voraus (Koppensteiner in Straube, aaO, Rz 33 zu Art 7 Nr 16 EVHGB unter Berufung auf JBI 1967, 257) Von einem "schwebenden Geschäft" kann daher nicht ausgegangen werden, wenn bei einem sonst erfüllten Vertrag nur noch der Ablauf der Gewährleistungsfrist abzuwarten ist, ohne dass konkrete Anhaltspunkte für Mängel oder Schäden bestehen. Aus Artikel 7, Nr 16 EVHGB folgt, dass "schwebende Geschäfte" bloß nicht in die Auseinandersetzungsbilanz

gehören. Der Begriff des "schwebenden Geschäftes" setzt eine zum maßgeblichen Zeitpunkt (Ausscheiden) schon vorhandene, aber noch nicht erfüllte, rechtliche Bindung einerseits, eine unmittelbare auf Erwerb gerichtete Rechtsbeziehung andererseits voraus (Koppensteiner in Straube, aaO, Rz 33 zu Artikel 7, Nr 16 EVHGB unter Berufung auf JBl 1967, 257) Von einem "schwebenden Geschäft" kann daher nicht ausgegangen werden, wenn bei einem sonst erfüllten Vertrag nur noch der Ablauf der Gewährleistungsfrist abzuwarten ist, ohne dass konkrete Anhaltspunkte für Mängel oder Schäden bestehen.

Da sich sohin weder aus dem Gesetz, noch aus dem Vertrag ableiten läßt, dass das Abschichtungsguthaben erst mit Feststellung der Schlussbilanz fällig wird, erweist sich die erstinstanzliche Entscheidung hinsichtlich der genannten Bauvorhaben als zutreffend.

Anders verhält es sich jedoch für die Bauvorhaben MA 48 und Zehnergasse BT II Anders verhält es sich jedoch für die Bauvorhaben MA 48 und Zehnergasse BT römisch II.

Die Beklagte hat sich auf das ihr vertragsgemäß zustehende Zurückbehaltungsrecht gemäß Punkt 18,8 der GO 1991 berufen. Zu den Bauvorhaben MA 48 Kendlergasse und Zehnergasse BT II hat die Beklagte in der mündlichen Streitverhandlung vom 8. 7. 1998 Vorbringen samt Beweisanbot erstattet, weswegen in jenen Punkten die Mängelrüge der Beklagten berechtigt ist. Denn hinsichtlich dieser beiden Bauvorhaben lassen sich nach dem Vorbringen der Beklagten die Gewährleistungsansprüche nicht hinreichend abschätzen, teilweise sollen diese sogar eingetreten sein, sodass die entsprechenden Behauptungen zu erörtern und gegebenenfalls im Beweisverfahren zu überprüfen gewesen wären. Wenngleich die Beklagte nicht konkrete Mängel benannte, hat sie sich doch einerseits auf einen - offenbar - erheblichen Wasserschaden, andererseits auf einen bereits konkret getätigten Mängelbehebungsaufwand berufen. Dieses Vorbringen wäre daher zu erörtern bzw zu ergänzen gewesen, was allerdings unterblieben ist. Die Beklagte hat sich auf das ihr vertragsgemäß zustehende Zurückbehaltungsrecht gemäß Punkt 18,8 der GO 1991 berufen. Zu den Bauvorhaben MA 48 Kendlergasse und Zehnergasse BT römisch II hat die Beklagte in der mündlichen Streitverhandlung vom 8. 7. 1998 Vorbringen samt Beweisanbot erstattet, weswegen in jenen Punkten die Mängelrüge der Beklagten berechtigt ist. Denn hinsichtlich dieser beiden Bauvorhaben lassen sich nach dem Vorbringen der Beklagten die Gewährleistungsansprüche nicht hinreichend abschätzen, teilweise sollen diese sogar eingetreten sein, sodass die entsprechenden Behauptungen zu erörtern und gegebenenfalls im Beweisverfahren zu überprüfen gewesen wären. Wenngleich die Beklagte nicht konkrete Mängel benannte, hat sie sich doch einerseits auf einen - offenbar - erheblichen Wasserschaden, andererseits auf einen bereits konkret getätigten Mängelbehebungsaufwand berufen. Dieses Vorbringen wäre daher zu erörtern bzw zu ergänzen gewesen, was allerdings unterblieben ist.

Das Erstgericht hat in Form des Zwischenurteils derzeit bloß über den Bestand der Klagsforderung dem Grunde nach entschieden, die Beurteilung der eingewendeten Kompensandoforderungen bleibt daher grundsätzlich dem weiteren Verfahren vorbehalten.

Betreffend der Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung gegen das Auseinandersetzungsguthaben wird daher lediglich ergänzend bemerkt, dass die vom Obersten Gerichtshof in der Entscheidung WBl 1987, 65 (unter Berufung auf SZ 56/128) zur Frage der Aufrechnung von Forderungen gegen das Abschichtungsguthaben des in Konkurs verfallenen Kommanditisten vertretene Ansicht, die auch in späteren Entscheidungen (RdW 1991, 13 = 8 Ob 85/89; 6 Ob 585/91; 8 Ob 247/98a) beibehalten wurde, auch im Bereich der Bau-ARGE anwendbar ist. Denn die von der Berufungswerberin ins Treffen geführten Argumente, bei der Bau-ARGE handle es sich um eine Gelegenheitsgesellschaft, die nur ein Bauvorhaben abzuwickeln habe und daher bloß eine Gewinnausschüttung, nicht aber sonstige gesellschaftsrechtliche Ansprüche, zum Tragen käme, kann nicht geteilt werden. Zutreffend verweist die Berufungsbeantwortung des Klägers darauf, dass der Wert des Vermögensanteiles des ausscheidenden Gesellschafters an der Gesellschaft zu schätzen, und dabei - sofern nicht anderes vereinbart wird - auch der Unternehmenswert zu berücksichtigen ist (Kastner, Grundriß des Gesellschaftsrechtes 562). Es ist auch keineswegs generell ausgeschlossen, dass derartige Arbeitsgemeinschaften Gesellschaftsvermögen bilden bzw erwerben, die dann zu einer vermögensrechtlichen Auseinandersetzung bei Auflösung der ARGE führen und nicht bloß zu einer anteiligen Gewinnausschüttung (vgl Krejci in Krejci, Das Recht der Arbeitsgemeinschaften: Gesellschaftsrechtliche Probleme, 13, 19 ff). Dass im Einzelfall möglicherweise ein Anspruch auf anteilige Gewinnausschüttung zusteht, darf dabei zu keinem anderen Ergebnis führen als in jenen Fällen, in denen noch weitere vermögensrechtliche Auseinandersetzungen stattzufinden haben. Die weiteren Erwägungen des Klägers in der Berufungsbeantwortung können damit jedenfalls unerörtert bleiben. Betreffend der Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung gegen das Auseinandersetzungsguthaben wird daher



lediglich ergänzend bemerkt, dass die vom Obersten Gerichtshof in der Entscheidung WBI 1987, 65 (unter Berufung auf SZ 56/128) zur Frage der Aufrechnung von Forderungen gegen das Abschichtungsguthaben des in Konkurs verfallenen Kommanditisten vertretene Ansicht, die auch in späteren Entscheidungen (RdW 1991, 13 = 8 Ob 85/89; 6 Ob 585/91; 8 Ob 247/98a) beibehalten wurde, auch im Bereich der Bau-ARGE anwendbar ist. Denn die von der Berufungswerberin ins Treffen geführten Argumente, bei der Bau-ARGE handle es sich um eine Gelegenheitsgesellschaft, die nur ein Bauvorhaben abzuwickeln habe und daher bloß eine Gewinnausschüttung, nicht aber sonstige gesellschaftsrechtliche Ansprüche, zum Tragen käme, kann nicht geteilt werden. Zutreffend verweist die Berufungsbeantwortung des Klägers darauf, dass der Wert des Vermögensanteiles des ausscheidenden Gesellschafters an der Gesellschaft zu schätzen, und dabei - sofern nicht anderes vereinbart wird - auch der Unternehmenswert zu berücksichtigen ist (Kastner, Grundriß des Gesellschafts- rechtes<sup>5</sup> 62). Es ist auch keineswegs generell ausgeschlossen, dass derartige Arbeitsgemeinschaften Gesellschaftsvermögen bilden bzw erwerben, die dann zu einer vermögensrechtlichen Auseinandersetzung bei Auflösung der ARGE führen und nicht bloß zu einer anteiligen Gewinnausschüttung vergleiche Krejci in Krejci, Das Recht der Arbeitsgemeinschaften: Gesellschaftsrechtliche Probleme, 13, 19 ff). Dass im Einzelfall möglicherweise ein Anspruch auf anteilige Gewinnausschüttung zusteht, darf dabei zu keinem anderen Ergebnis führen als in jenen Fällen, in denen noch weitere vermögensrechtliche Auseinandersetzungen stattzufinden haben. Die weiteren Erwägungen des Klägers in der Berufungsbeantwortung können damit jedenfalls unerörtert bleiben.

Die ordentliche Revision und der Revisionsrekurs waren zuzulassen, weil keine höchstgerichtliche Judikatur zur Frage der Fälligkeit des Abschichtungsguthabens im Recht der Bau-ARGE besteht."

Gegen den Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts richtet sich der Rekurs des Klägers wegen Aktenwidrigkeit und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die Entscheidung des Erstgerichts wiederherzustellen; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Gegen den bestätigenden Teil der Berufungsentscheidung richtet sich die Revision der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem erkennbaren Antrag, das angefochtene Zwischenurteil im Sinne der Klagsabweisung abzuändern; hilfsweise stellt auch die Beklagte einen Aufhebungsantrag.

In ihren Rechtsmittelbeantwortungen beantragen die Parteien jeweils, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen oder ihm nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Zur Revision der Beklagten:

Die Revision ist zulässig, weil der Auslegung der einschlägigen Bestimmungen der Geschäftsordnung für Arbeitsgemeinschaftsverträge Auflage 1991 (GO 1991) über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt; sie ist aber nicht berechtigt.

Die Rechtsmittelwerberin macht im Wesentlichen geltend, die Beurteilung der hier maßgeblichen Rechtsfragen sei für eine Bau-ARGE nicht nach HGB sondern nach ABGB und der GO 1991 vorzunehmen. Im Hinblick auf Punkt 18,9 GO 1991 werde die Klagsforderung unabhängig von konkreten Mängelrügen erst mit der Erstellung der Schlussbilanz fällig. Forderungen und Gegenforderungen seien einander schon bei Konkurseröffnung aufrechenbar gegenübergestanden, weshalb eine Aufrechnung zulässig sei.

Hiezu wurde erwogen:

Die Gemeinschuldnerin ist gemäß Punkt 18,4 der - unstrittig anzuwendenden - GO 1991 infolge Konkurseröffnung aus den Arbeitsgemeinschaften (Gesellschaften bürgerlichen Rechts) ohne weiteres ausgeschieden. Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass der Auseinandersetzungsanspruch des ausgeschiedenen (dort: ausgeschlossenen) Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bereits mit dem Zeitpunkt der Wirksamkeit seines Ausscheidens entsteht, womit über die Fälligkeit dieses Anspruchs noch nichts ausgesagt ist (SZ 65/107 = JBl 1993, 108). Die im vorliegenden Fall strittige Frage der Fälligkeit ist hier - vor dem Hintergrund der vom Berufungsgericht zitierten Lehre und Rechtsprechung (vgl insbesondere SZ 36/100 und SZ 65/107) - in erster Linie an Hand der einschlägigen Punkte 18,8 und 18,9 der GO 1991 zu beantworten. Die Gemeinschuldnerin ist gemäß Punkt 18,4 der - unstrittig anzuwendenden - GO 1991 infolge Konkurseröffnung aus den Arbeitsgemeinschaften (Gesellschaften bürgerlichen Rechts) ohne weiteres ausgeschieden. Der Oberste Gerichtshof hat bereits

ausgesprochen, dass der Auseinandersetzungsanspruch des ausgeschiedenen (dort: ausgeschlossenen) Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bereits mit dem Zeitpunkt der Wirksamkeit seines Ausscheidens entsteht, womit über die Fälligkeit dieses Anspruchs noch nichts ausgesagt ist (SZ 65/107 = JBl 1993, 108). Die im vorliegenden Fall strittige Frage der Fälligkeit ist hier - vor dem Hintergrund der vom Berufungsgericht zitierten Lehre und Rechtsprechung vergleiche insbesondere SZ 36/100 und SZ 65/107) - in erster Linie an Hand der einschlägigen Punkte 18,8 und 18,9 der GO 1991 zu beantworten.

Punkt 18,9 ist im gegebenen Zusammenhang dahin zu verstehen, dass der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben nicht "sofort" dh nicht schon mit dem Zeitpunkt des Ausscheidens fällig wird. Zu welchem späteren Zeitpunkt die Fälligkeit eintritt, ist dieser Vertragsbestimmung nicht zu entnehmen; hiefür ist auf Punkt 18,8 zurückzugreifen. Aus dessen ersten Absatz ist abzuleiten, dass die Fälligkeit grundsätzlich mit der Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz anzusetzen ist, bei Säumigkeit mit dem Zeitpunkt, zu dem die Bilanz bei pflichtgemäßer Erstellung vorliegen muss (vgl Jabornegg in Jabornegg § 138 HGB Rz 31 ff). Gewährleistungsrisiken sind hierbei durch entsprechende Rückstellungen zu berücksichtigen. Nur dann, wenn der Umfang und die Höhe möglicher Gewährleistungs- sowie sonstiger Verpflichtungen und Risiken nicht hinreichend zu überblicken sind, kann das Ausscheidungsguthaben gemäß Punkt 18,8 Abs 3 Satz 2 GO 1991 bis zur Erfüllung aller Gewährleistungsansprüche und sonstigen möglichen Verpflichtungen der Arbeitsgemeinschaft zurückbehalten werden. Eine allgemeine Regel, dass die Fälligkeit des Abfindungsanspruches immer erst mit der Erstellung der Schlussbilanz der Arbeitsgemeinschaft einträte, ist dem Vertragswerk - entgegen der Ansicht der Rechtsmittelwerberin und entgegen der zu einer Vorgängerbestimmung vertretenen Auffassung Graffs (in Krejci, Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft 331, 336; vgl hiezu kritisch Hecht, ARGE-Gesellschafter im Konkurs: Aufrechnung gegen Abschichtungsguthaben, RdW 1998, 325 ff [330 ff]) - nicht zu entnehmen. Punkt 18,9 ist im gegebenen Zusammenhang dahin zu verstehen, dass der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben nicht "sofort" dh nicht schon mit dem Zeitpunkt des Ausscheidens fällig wird. Zu welchem späteren Zeitpunkt die Fälligkeit eintritt, ist dieser Vertragsbestimmung nicht zu entnehmen; hiefür ist auf Punkt 18,8 zurückzugreifen. Aus dessen ersten Absatz ist abzuleiten, dass die Fälligkeit grundsätzlich mit der Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz anzusetzen ist, bei Säumigkeit mit dem Zeitpunkt, zu dem die Bilanz bei pflichtgemäßer Erstellung vorliegen muss vergleiche Jabornegg in Jabornegg Paragraph 138, HGB Rz 31 ff). Gewährleistungsrisiken sind hierbei durch entsprechende Rückstellungen zu berücksichtigen. Nur dann, wenn der Umfang und die Höhe möglicher Gewährleistungs- sowie sonstiger Verpflichtungen und Risiken nicht hinreichend zu überblicken sind, kann das Ausscheidungsguthaben gemäß Punkt 18,8 Absatz 3, Satz 2 GO 1991 bis zur Erfüllung aller Gewährleistungsansprüche und sonstigen möglichen Verpflichtungen der Arbeitsgemeinschaft zurückbehalten werden. Eine allgemeine Regel, dass die Fälligkeit des Abfindungsanspruches immer erst mit der Erstellung der Schlussbilanz der Arbeitsgemeinschaft einträte, ist dem Vertragswerk - entgegen der Ansicht der Rechtsmittelwerberin und entgegen der zu einer Vorgängerbestimmung vertretenen Auffassung Graffs (in Krejci, Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft 331, 336; vergleiche hiezu kritisch Hecht, ARGE-Gesellschafter im Konkurs: Aufrechnung gegen Abschichtungsguthaben, RdW 1998, 325 ff [330 ff]) - nicht zu entnehmen.

Bei den beiden Arbeitsgemeinschaften, auf die sich die Revision bezieht, ist die Fälligkeit des (von der Beklagten errechneten und vom Kläger begehrten) Ausscheidungsguthabens daher mit der - nach dem beiderseitigen Parteienvorbringen unstrittigen - Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz eingetreten. Dass hier nicht hinreichend überblickbare, durch Rückstellungen nicht ausreichend berücksichtigte Risiken bestünden, hat die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet. Es besteht auch kein Hinweis auf das Bestehen von Zug-um-Zug zu erbringenden Gegenverpflichtungen der Gemeinschuldnerin aus der Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses im Sinne von SZ 65/105. Dem Berufungsgericht ist daher zuzustimmen, dass ein ernstzunehmender Grund für die Zurückbehaltung der betreffenden Guthaben nicht vorliegt.

Das Erstgericht hat bisher lediglich über den Grund der Klagsforderung abgesprochen, weshalb sich Erörterungen zu den Gegenforderungen und deren Aufrechenbarkeit erübrigen (vgl hiezu SZ 56/128; RIS-Justiz RS0061727; Hecht aaO). Nur am Rande sei bemerkt, dass im Falle mangelnder materiell-rechtlicher Aufrechenbarkeit die Kompensationseinwendung mit Urteil abzuweisen wäre (Rechberger in Rechberger2 § 392 ZPO Rz 13 mwN; vgl Fasching, Lehrbuch2 Rz 1293). Das Erstgericht hat bisher lediglich über den Grund der Klagsforderung abgesprochen, weshalb sich Erörterungen zu den Gegenforderungen und deren Aufrechenbarkeit erübrigen vergleiche hiezu

SZ 56/128; RIS-Justiz RS0061727; Hecht aaO). Nur am Rande sei bemerkt, dass im Falle mangelnder materiell-rechtlicher Aufrechenbarkeit die Kompensationseinwendung mit Urteil abzuweisen wäre (Rechberger in Rechberger2 Paragraph 392, ZPO Rz 13 mwN; vergleiche Fasching, Lehrbuch2 Rz 1293).

Der Revision war somit ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 52 Abs 2, § 393 Abs 4 ZPO. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 52, Absatz 2,, Paragraph 393, Absatz 4, ZPO.

Zum Rekurs des Klägers:

Hat das Berufungsgericht mit Recht ausgesprochen, dass der Rekurs gegen einen Aufhebungsbeschluss zulässig ist, werden im Rekurs dann aber nur solche Gründe geltend gemacht, deren Erledigung nicht von der Lösung erheblicher Rechtsfragen abhängt, so kann der Rekurs - mit kurzer Begründung (§ 510 Abs 3 letzter Satz ZPO) - zurückgewiesen werden (vgl Kodek in Rechberger2 Vor § 502 ZPO Rz 3 lit a). Hat das Berufungsgericht mit Recht ausgesprochen, dass der Rekurs gegen einen Aufhebungsbeschluss zulässig ist, werden im Rekurs dann aber nur solche Gründe geltend gemacht, deren Erledigung nicht von der Lösung erheblicher Rechtsfragen abhängt, so kann der Rekurs - mit kurzer Begründung (Paragraph 510, Absatz 3, letzter Satz ZPO) - zurückgewiesen werden vergleiche Kodek in Rechberger2 Vor Paragraph 502, ZPO Rz 3 Litera a,).

Als Aktenwidrigkeit rügt der Kläger, dass das Berufungsgericht auf eine Tagsatzung vom 8. 7. 1998 Bezug genommen hat, obwohl es eine solche nicht gegeben hat. Aus der Überschrift der Übertragung des Verhandlungsprotokolls ON 6 ergibt sich, dass am 8. 7. 1998 das Schallträgerprotokoll über die Verhandlung vom 25. 6. 1998 in Vollschrift übertragen wurde. Für jeden verständigen Leser ist damit völlig klar, um welche Tagsatzung es sich handelt. Die Anfechtung des berufungsgerichtlichen Aufhebungsbeschlusses wegen Aktenwidrigkeit ist somit nahezu mutwillig.

Im Übrigen wendet sich der Kläger im Wesentlichen gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte habe zu den Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts gemäß Punkt 18,8 GO 1991 im Zusammenhang mit den beiden verbleibenden Bauvorhaben ein ausreichendes, wenn auch erörterungsbedürftiges und zu ergänzendes Vorbringen samt Beweisanbot erstattet. Ob dies zutrifft oder ob das betreffende Tatsachenvorbringen der Beklagten nicht hinreichend substantiiert ist, ist keine Rechtsfrage, die über die besonderen Umstände des Einzelfalles hinausgehende Bedeutung hätte. Eine krasse Fehlbeurteilung, die der Oberste Gerichtshof im Interesse der Rechtssicherheit wahrnehmen müsste, liegt nicht vor.

Da es somit der Lösung einer im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO erheblichen Rechtsfrage nicht bedurfte, war der Rekurs gegen den aufhebenden Teil der Berufungsentscheidung als unzulässig zurückzuweisen. Da es somit der Lösung einer im Sinne des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO erheblichen Rechtsfrage nicht bedurfte, war der Rekurs gegen den aufhebenden Teil der Berufungsentscheidung als unzulässig zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50 ZPO. Die Beklagte hat in ihrer Rekursbeantwortung auf die Unzulässigkeit des Rekurses hingewiesen, allerdings zu Unrecht den dreifachen Einheitssatz verzeichnet. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 41,, 50 ZPO. Die Beklagte hat in ihrer Rekursbeantwortung auf die Unzulässigkeit des Rekurses hingewiesen, allerdings zu Unrecht den dreifachen Einheitssatz verzeichnet.

#### **Textnummer**

E57011

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2000:0020OB00027.00K.0222.000

#### **Im RIS seit**

23.03.2000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

15.07.2011

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)