

I. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung¹⁾

A. Allgemeines

1. Begriff und Rechtsnatur der GmbH

Rechtsgrundlage der GmbH ist das oftmals novellierte Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG RGBI 1906/58). Dieses enthält keine ausdrückliche Definition der GmbH. Die GmbH ist eine **Körperschaft mit Rechtspersönlichkeit** (§ 61 Abs 1), deren Stammkapital in Geschäftsanteile mit Stammeinlagen aufgeteilt ist. Für die Verbindlichkeiten der GmbH haftet das Gesellschaftsvermögen, die Gesellschafter haften hingegen – abgesehen von den Fällen der Durchgriffshaftung – Dritten gegenüber, insbesondere Gläubigern der GmbH, nicht persönlich. Gesellschafter der GmbH können natürliche und juristische Personen sowie – unabhängig davon, ob man sie als juristische Person ansieht – Offene Gesellschaften (OG) und Kommanditgesellschaften (KG) gemäß UGB sein. Die GmbH ist stets Außengesellschaft.

1/1

Die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ ist irreführend. Die Haftung der Gesellschaft gegenüber Gläubigern der Gesellschaft ist nämlich unbeschränkt. Die Gesellschafter selbst haften nicht für Gesellschaftsverbindlichkeiten (sog **Trennungsprinzip**), sie haften grundsätzlich nur gegenüber der Gesellschaft auf Leistung der übernommenen Einlage.

1/2

Abgesehen vom Betrieb von Versicherungsgeschäften, Pensions- und betrieblichen Mitarbeitervorsorgekassen, Hypothekenbanken und Bausparkassen sowie einer Tätigkeit als öffentliche Apotheke und als politischer Verein kann der Unternehmensgegenstand einer GmbH jede erlaubte Betätigung sein (§ 1). Für die GmbH gilt das **Normativsystem**, dh sind die gesetzlichen Vorschriften erfüllt, besteht ein Anspruch auf Eintragung der GmbH. Ob im Einzelfall die **gewerberechtlichen** Voraussetzungen erfüllt werden, ist vom Firmenbuchgericht nicht zu prüfen. Davon ausgenommen sind Fälle, in denen eine **Konzession** für die Tätigkeit vorgesehen ist und dem Gericht im Eintragungsverfahren im Wege eines Bescheides der zuständigen Behörde der Nachweis zu erbringen ist, dass die Voraussetzungen erfüllt sind. Dies gilt insbesondere für Geschäftstätigkeiten, die nach dem BWG und WAG einer Bewilligung der FMA bedürfen. Wird der Nachweis der erforderlichen Bewilligung erbracht, besteht ebenfalls ein Anspruch auf Eintragung. Bei Verwendung als Rechtsform für freie Berufe (Rechtsanwalt, Wirtschaftstreuhänder, Zivilingenieure, Ärzte) ist eine Bestätigung der zuständigen Kammer vorzulegen, dass die Gründung die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Als **Gesellschaftszweck** wird die Ausrichtung auf Gewinnerzielung oder ideelle Zwecke verstanden; der **Unternehmensgegenstand** definiert hingegen die Tätigkeitsbereiche der Gesellschaft. Der Gesellschaftszweck ist nicht ausdrücklich

1/3

¹⁾ Paragrafenangaben beziehen sich im Folgenden auf das GmbHG.

in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen. Enthält die Satzung keine ausdrückliche Bestimmung des Gesellschaftszwecks, so ist davon auszugehen, dass sich aus dem Unternehmensgegenstand auch der Gesellschaftszweck ergibt. Im Zweifel ist der Gesellschaftszweck die Erzielung von Gewinn.

1/4 Die GmbH ist unabhängig von der ausgeübten Tätigkeit stets **Unternehmer kraft Rechtsform** (§ 2 UGB). Die Gesellschafterstellung ebenso wie die Stellung als Geschäftsführer selbst bewirkt grundsätzlich keine Unternehmereigenschaft (vgl. *K/N/S*, *GesR Rz 4/30*). Die Rsp behandelte zunächst nur den geschäftsführenden Alleingesellschafter im Zusammenhang mit Krediten an die Gesellschaft als Unternehmer, weshalb die Schutzbestimmungen für Verbrauchergeschäfte zur Anwendung kommen (OGH 7 Ob 315/01a RIS-Justiz RS0116313). In der Folge hat sie dies auf geschäftsführende Gesellschafter, die zumindest über die Hälfte der Geschäftsanteile verfügen, ausgedehnt (OGH 2 Ob 169/11h; 6 Ob 105/10z; RIS-Justiz RS0121109). Praktische Bedeutung hat dies insbesondere im Zusammenhang mit der Übernahme von Haftungen für Kredite an die GmbH. Der Geschäftsführer, der diese Voraussetzungen nicht erfüllt, ist hingegen bei Übernahme einer Bürgschaft für einen Kredit an die GmbH als Verbraucher anzusehen (OGH 3 Ob 58/05h).

1/5 Handelbare Wertpapiere über die Geschäftsanteile können nicht ausgegeben werden (§ 75 Abs 3). Ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen kommt daher nicht in Betracht. Die Übertragung von Geschäftsanteilen ist zulässig, erfolgt im Wege der Abtretung (Modus) und bedarf eines Notariatsaktes (§ 76).

1/6 Die GmbH ist eine Kapitalgesellschaft, weist jedoch im Vergleich zur AG personalistische Züge auf. Insb trifft die Gesellschafter der GmbH eine Ausfallhaftung für den Fall, dass von einem Gesellschafter die Einlage nicht eingebracht werden und die Einlagepflicht auch durch Verkauf des Geschäftsanteils nicht gedeckt werden kann (§ 70). Den Gesellschaftern kommen direkte Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung zu (Weisungsrecht der Generalversammlung gem § 20, Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer durch die Generalversammlung). Im Gegensatz zur AG kann bei der GmbH im Rahmen der Vertragsgestaltung eine weitere Annäherung an die Personengesellschaften erfolgen. Obwohl für die GmbH der Grundsatz der Drittorganschaft gilt, weicht die Praxis hiervon insofern ab, als oftmals nur wenige Gesellschafter beteiligt sind und diese selbst als Geschäftsführer die Geschäfte der GmbH führen.

2. Gesetzliche Grundlage

1/7 Wesentlichste Rechtsquelle ist das „Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung“ (GmbHG) aus dem Jahre 1906.

1/8 Innerhalb der ersten sechs Jahrzehnte nach Inkrafttreten blieb das GmbHG weitgehend unverändert. Die Novellen BGBl 1974/22 und BGBl 1980/320 brachten bedeutende Anpassungen des GmbHG an die aktienrechtlichen Bestimmungen in den Bereichen der Kapitalaufbringung (Erhöhung des erforderlichen

Mindestkapitals auf ATS 500.000,-), des Jahresabschlusses und der Vorschriften betreffend den Aufsichtsrat, um den Gläubigerschutz auszubauen.

Die Notwendigkeit der Umsetzung der EG-Richtlinien betreffend die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts führte zum GesRÄG 1996. Neben der Zulässigkeit der Einmanngründung und der Modernisierung der Regeln für Zweigniederlassungen ausländischer GmbH wurde insb das Umgründungsrecht (Verschmelzung, Spaltung und Umwandlung) reformiert.

1/9

Weitere für die GmbH maßgebliche Änderungen erfolgten durch das Rechnungslegungsgesetz 1990, das Firmenbuchgesetz 1990, das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1997, das GesRÄG 2005, das Handelsrechtsänderungsgesetz 2007, das GesRÄG 2007, das Unternehmensrechtsänderungsgesetz 2008 und das GesRÄG 2011. Die Anpassung des GmbHG an die Einführung des Euro geschah durch das 1. Euro-JustizbegleitG. Eine Erleichterung der Gründung und die Herabsetzung des Mindeststammkapitals auf € 10.000,- brachte das GesRÄG 2013 („GmbH-light“). Die Erleichterung der Gründung zeigt sich einerseits in der Senkung von Kosten (Reduktion der Gründungskosten durch Änderung der Tarifsätze in RATG und NTG; Absenkung der jährlichen Mindest-KöSt von bisher € 1.750,- auf € 500,-) sowie andererseits im Entfall der Veröffentlichungspflicht im Amtsblatt zur Wiener Zeitung bei neu gegründeten GmbH. Aus Sorge um das Aufkommen der Mindest-KöSt durch Herabsetzung des Stammkapitals bestehender Gesellschaften ist die „GmbH-light“ abgeschafft und mit Inkrafttreten des Abgabenänderungsgesetz 2015 ab 1. 3. 2014 durch die gründungsprivilegierte GmbH ersetzt worden. Bei dieser beträgt das Mindeststammkapital zwar € 35.000,-; bei einer Bargründung kann es jedoch zunächst mit mindestens € 10.000,- (Mindesteinzahlung € 5.000,-) festgelegt werden, das Mindeststammkapital muss aber innerhalb von 10 Jahren auf € 35.000,-, die Mindesteinzahlung auf € 17.500,- erhöht werden (§ 10b GmbHG). Die privilegierte Mindest-KöSt gilt nur für die ersten fünf Jahre. Gegen die Aufhebung der „GmbH-light“ war aufgrund eines Antrags des OGH ein Gesetzesprüfungsverfahren beim VfGH anhängig; dieser hat den Prüfungsantrag zurückgewiesen (VfGH 19. 6. 2015, G 211/2014).

1/10

3. Wirtschaftliche Bedeutung

Die GmbH ist die zahlenmäßig bedeutendste Gesellschaftsform in Österreich (Ende 2014 über 132.000). Sie wurde 1906 in das österreichische Recht eingeführt, um zwischen den Polen der AG und der Personengesellschaft nach dem Vorbild Deutschlands zur Förderung von Unternehmensneugründungen eine weitere Gesellschaftsform zur Verfügung zu stellen, die das persönliche Mitwirken der Gesellschafter mit der Möglichkeit der beschränkten Haftung verbindet. Damit sollte insbesondere die Gründung von Klein- und Mittelunternehmen gefördert werden. Vorbild war das deutsche GmbHG aus 1896. Anders als bei der AG und den Personengesellschaften ist die Rechtsform ohne historisches Vorbild quasi auf dem Reißbrett des Gesetzgebers entwickelt worden. Im Unterschied zum deutschen Gesetz ist in Österreich der Gläubigerschutz strenger ausgestaltet worden; insbesondere erfasst die Bindung das gesamte Gesellschaftsvermö-

1/11

gen, das nur durch eine ordnungsgemäße Gewinnausschüttung oder Kapitalherabsetzung geschmälert werden darf, während die deutsche Regelung nur das Stammkapital bindet. In fast allen europäischen Staaten ist heute die GmbH als Alternative zur AG anzutreffen, freilich mit sehr unterschiedlichen Ausgestaltungen, insbesondere ist in fast allen Staaten das bei der Gründung aufzubringende Mindestkapital deutlich niedriger als in Österreich. Der Anwendungsbereich der GmbH als Organisationsform unternehmerischer Tätigkeit ist sehr breit. Entsprechend der Intention des Gesetzgebers wird die GmbH vor allem als Trägerin von Klein- und Mittelbetrieben verwendet. Bei der überwiegenden Zahl von Gesellschaften handelt es sich um Familienunternehmen. Aufgrund des Weisungsrechts der Gesellschafter kommt der GmbH auch im Konzern eine bedeutende Rolle zu.

Kommentiert wird das GmbHG in folgenden Werken: *Koppensteiner/Rüffler*, Komm GmbHG³ (2007); *Gruber/Harrer* (Hrsg), Kommentar GmbHG (2014) und *U. Torggler* (Hrsg), Kurzkomentar GmbHG (2014).

1/12

Unabhängig von personalistischen oder kapitalistischen Elementen ist aus der Sicht des Steuerrechts die GmbH eine Körperschaft. Ihr Einkommen wird nach den Bestimmungen des KStG mit 25 % besteuert, Zuwendungen (Gewinnausschüttungen) an die Gesellschafter sind seit dem Steuerreformgesetz 2015 mit 27,5 % (vorher 25 %) Kapitalertragsteuer belastet. Geschäftsführer, die nicht mit mehr als 25 % beteiligt sind, können steuerlich Dienstnehmer sein (Vorteil: Jahressechstel wird fix mit 6 % besteuert). Die Einlagen mit 1 % belastende Gesellschaftsteuer tritt mit 1. 1. 2016 außer Kraft, womit Umwege (wie der sogenannte „Großmutterzuschuss“) entfallen. Ist die GmbH Eigentümerin einer Liegenschaft, löst der Gesellschafterwechsel an sich keine Grunderwerbssteuer aus. Davon ausgenommen ist seit der Reform 2015 die Anteilsvereinigung von 95 % in einer Hand oder ein Gruppenwechsel im Kreis der Gesellschafter im Ausmaß von 95 %.

4. Internationales

1/13

§ 10 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG) sieht vor, dass sich bei juristischen Personen (und damit auch bei GmbH und AG) das Personalstatut, also Regelungen, nach denen sich die Rechtsstellung und Rechtsverhältnisse der Gesellschaft richten (insb Entstehen, Kapitalausstattung, Gläubigerschutz, Organisation) nach dem Recht des Staates richtet, in dem die GmbH den **tatsächlichen Sitz ihrer Verwaltung** hat. Gem § 5 IPRG sind jedoch Weiterverweisungen zu beachten. Der österreichische Gesetzgeber hat sich daher mit § 10 IPRG für die sog **Theorie des realen Verwaltungssitzes** (oder **Sitztheorie**) entschieden (vgl *K/N/S*, GesR Rz 1/56 ff). Dem folgt auch das GmbHG, das für die Neueintragung einer GmbH im Firmenbuch einen materiellen Inlandsbezug (Betrieb oder Geschäftsleitung oder Verwaltung, wobei aus wichtigem Grund davon abgewichen werden kann) verlangt (§ 5 Abs 2).

1/14

Im Gegensatz zur Sitztheorie geht die **Gründungstheorie**, die ua in den Niederlanden und im Vereinigten Königreich (sowie eingeschränkt auf Kapital-

gesellschaften jüngst auch in Deutschland und in der überwiegenden Zahl der Mitgliedstaaten) vertreten wird, von der Maßgeblichkeit des Rechts des **Gründungsortes** für die Bestimmung des Personalstatutes aus.

Die Sitztheorie ist im Hinblick auf die durch Art 49 AEUV (vormals Art 43 EGV) gewährte Niederlassungsfreiheit bedenklich und hat den EuGH bereits mehrfach beschäftigt (zB in den Rechtssachen *Daily Mail*, *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *Sevic*, *Cartesio* und *Vale* sowie im Zusammenhang mit der Wegzugsbesteuerung *National Grid*). **1/15**

Nach der Judikatur des EuGH ist es zwar grundsätzlich zulässig, dass ein Mitgliedstaat die Eintragung einer Gesellschaft von einem materiellen Inlandsbezug abhängig macht (*Cartesio* und insb *Vale*). Für die Begründung von Zweigniederlassungen und die faktische Verlegung des Verwaltungssitzes sind hingegen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit nur zulässig, wenn die Maßnahmen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, sie zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sind und nicht über das zur Erreichung des Ziels Erforderliche hinausgehen („*Gebhard-Formel*“). Als zwingende Gründe des Allgemeininteresses kommen insb Gründe des Gesellschafter-, Arbeitnehmer- und Gläubigerschutzes in Betracht. In den Fällen *Centros* (Gründung einer Zweigniederlassung einer englischen private limited company in Dänemark) und *Überseering* (faktische Sitzverlegung von den Niederlanden nach Deutschland) hat der EuGH die Anwendung der Sitztheorie abgelehnt, und in beiden Fällen festgestellt, dass alleine wegen Aspekten des Gläubigerschutzes die Voraussetzungen für eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nicht gegeben sind. In der Entscheidung *Inspire Art* hat der EuGH zum Ausdruck gebracht, dass erschwerende Maßnahmen gegen die Errichtung von Zweigniederlassungen einer EU-Kapitalgesellschaft unzulässig sind. **1/16**

Die Judikatur des EuGH hat vor allem praktische Bedeutung für die Anerkennung von Zweigniederlassungen und die faktische Sitzverlegung über die Grenze. Der OGH ist der Rsp des EuGH in Abkehr von der Sitztheorie für EU/EWR-Gesellschaften im Zusammenhang mit der Eintragung von Zweigniederlassungen einer EU/EWR-Gesellschaft gefolgt (s bspw OGH 15. 7. 1999, 6 Ob 123/99b RdW 1999, 719). Auf Gesellschaften, die ihren statutarischen Sitz außerhalb der Gemeinschaft und dem EWR haben, kann die Sitztheorie weiter uneingeschränkt angewendet werden, sofern nicht bilaterale Abkommen zwischen den beteiligten Staaten bestehen. **1/17**

Aus der Niederlassungsfreiheit lässt sich auch die Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen ableiten (vgl EuGH 13. 12. 2005, *Sevic Systems AG*, wbl 2006/44, 117), sodass grundsätzlich bereits unter Berufung auf das EG-Primärrecht grenzüberschreitende Verschmelzungen durchgeführt werden könnten. In der Praxis dürfte dies allerdings keine große Rolle spielen, da für grenzüberschreitende Verschmelzungen seit Inkrafttreten des auf der Zehnten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie beruhenden EU-Verschmelzungsgesetzes Ende 2007 eine ausdrückliche gesetzliche Regelung besteht. Hingegen fehlen bis **1/18**

jetzt gemeinschaftsrechtliche Regelungen für die grenzüberschreitende Spaltung und die statutarische Sitzverlegung (ausgenommen die SE-VO).

1/19

In der Rechtssache *Cartesio* stellte der EuGH fest, dass ein Gründungsmitgliedstaat dadurch, dass er die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft verlange, nicht verhindern könne, dass sich die Gesellschaft in eine Gesellschaft des Zuzugsstaats umwandle, soweit dies nach dem Recht des Zuzugsstaats möglich ist. In der Rechtssache *Vale* ergänzte der EuGH, dass Mitgliedstaaten den Zuzug ausländischer Gesellschaften im Wege von grenzüberschreitenden (identitätswahrenden) Umwandlungen nicht verhindern dürfen, wenn sie formwechselnde Umwandlungen inländischer Gesellschaften gestatten. Für die Umwandlung einer italienischen KG in eine österreichische hat auf Grundlage dieser Rechtsprechung der OGH die Voraussetzungen konkretisiert (OGH 10. 4. 2014, 6 Ob 224/13d RdW 2014, 401; 15. 5. 2014, 6 Ob 223/13g GesRZ 2014, 324).

Die Kommission bereitet eine Richtlinie für eine Societas Unius Personae (SUP – Richtlinie über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter) vor. Der Vorschlag soll im Herbst 2015 im Europäischen Parlament behandelt werden.

B. Die Gründung der GmbH (§§ 1–12)

1. Der Ablauf der Gründung

1/20

- Abschluss eines fakultativen Vorvertrages (selten);
- Abschluss (Errichtung) des Gesellschaftsvertrages (Notariatsakt);
- Bestellung von Geschäftsführern, sofern dies nicht bereits im Gesellschaftsvertrag erfolgt ist (nur möglich bei Gesellschafter-Geschäftsführern), und Aufsichtsratsmitgliedern;
- Einzahlung der Mindestbareinlagen auf das Konto der Vorgesellschaft bzw. Leistung der Sacheinlagen;
- Einholung der sog § 10-Bestätigung der Bank;
- Einholung der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung (zum erforderlichen Wortlaut s OLG Wien 30. 1. 2006, 28 R 316/05d) nach Bezahlung der Kapitalverkehrsteuer (1 %); entfällt ab 1. 1. 2016;
- Einholung allenfalls erforderlicher Konzessionen für bestimmte Unternehmensgegenstände;
- Beantragung der Bestellung eines Gründungsprüfers durch das Firmenbuchgericht in bestimmten Fällen der Sachgründung sowie Verfassung der Berichte;
- Unterfertigung der Musterzeichnung durch die Geschäftsführer (beglaubigt);
- Anmeldung der GmbH zur Eintragung in das Firmenbuch durch sämtliche Geschäftsführer in der Regel durch Rechtsanwälte und Notare im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs (beglaubigt, s § 11 UGB, § 11 FBG);
- Prüfung, Bewilligung und Eintragung durch das Firmenbuchgericht;

- Veröffentlichung der Eintragung gem § 10 UGB iVm § 12, womit seit 1. 7. 2013 die Bekanntmachung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung unterbleibt;
- die GmbH entsteht mit Eintragung in das Firmenbuch (§ 2).

2. Das Vorgründungsstadium

Die Vorgründungsgesellschaft entsteht durch den Abschluss eines fakultativen Vorvertrages gem § 936 ABGB. Eine daraus resultierende einklagbare Verpflichtung zum Abschluss des Gesellschaftsvertrages entsteht nur bei Einhaltung der Form des Hauptvertrages, dh des Notariatsaktes. Der Vorvertrag muss den wesentlichen Inhalt des Gesellschaftsvertrages festsetzen (Höhe des Stammkapitals, Gesellschafter und Beteiligungsverhältnisse, Unternehmensgegenstand, Firma und Sitz der GmbH). Auch wenn ohne Beachtung der Notariatsform kein formgültiger Vorvertrag besteht, kann eine GesBR gegeben sein, wenn in Vorbereitung der Gründung bereits nach außen als Gesellschaft aufgetreten wird. Häufig entsteht die Vorgründungsgesellschaft durch einen formlosen Zusammenschluss der potentiellen GmbH-Gesellschafter zur Vorbereitung der Gründung bzw der künftigen Geschäfte.

1/21

Für die Vorgründungsgesellschaft gilt das GmbH-Recht, insb die Handelndenhaftung nach § 2 Abs 1 nicht (OGH 21. 4. 1998, RdW 1998, 403; K/N/S, GesR Rz 4/81). Im Vorgründungsstadium besteht noch keine Möglichkeit, die spätere GmbH wirksam zu vertreten und zu verpflichten (OGH 29. 6. 1999, RdW 1999, 720).

1/22

Handelt ein Gesellschafter der Vorgründungsgesellschaft für diese, wird der Dritte in seinem Vertrauen auf die **Vertretungsmacht** durch § 1197 Abs 2 ABGB geschützt; die **Haftung der Gesellschafter** richtet sich nach § 1199 ABGB, wo eine direkte, unmittelbare, solidarische und unbeschränkte Haftung der Gesellschafter angeordnet wird. Für Handlungen außerhalb der Vertretungsmacht haftet der Handelnde als **falsus procurator** für den mit dem Erfüllungsinteresse begrenzten Vertrauensschaden (§ 1019 ABGB), ein Mitverschulden des Dritten führt zur Schadensteilung.

1/23

Im Verhältnis zwischen Vorgründungsgesellschaft und Vorgesellschaft gibt es **keinen automatisch wirkenden Vermögens- und Schuldenübergang** (OGH 4. 3. 2013, 8 Ob 100/12g; K/N/S, GesR Rz 4/81). Sofern es nicht zu einer befreienden Schuldübernahme kommt (die der Zustimmung des Dritten bedarf), haften die Mitglieder der Vorgründungsgesellschaft daher weiterhin. ZB hat der OGH entschieden, dass für Verträge, die die Mitglieder der Vorgründungsgesellschaft mit einem Dienstnehmer abschließen, die GmbH nicht haftet, sofern nicht eine befreiende Schuldübernahme vorliegt (OGH 10. 12. 1998, SZ 71/208; OGH 29. 6. 1999, RdW 1999, 720, s auch OGH 7. 12. 2004, ecolex 2005, 622; zur Notwendigkeit einer ausdrücklichen Übernahme der Pflichten durch die GmbH s OGH 4. 3. 2013, 8 Ob 100/12g).

1/24

3. Die Vorgesellschaft

- 1/25** Die Vorgesellschaft entsteht mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages in Notariatsaktsform (§ 4 Abs 3). Im Fall der Einmanngründung tritt an die Stelle des Gesellschaftsvertrages die Erklärung über die Errichtung der GmbH. Mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages ist die GmbH errichtet, mit der Eintragung im Firmenbuch ist der Gründungsvorgang abgeschlossen.
- 1/26** Im Zeitraum **zwischen dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages und der Eintragung der GmbH in das Firmenbuch** ist die GmbH rechtlich noch nicht existent (§ 2 Abs 1: „Vor der Eintragung in das Firmenbuch besteht die Gesellschaft als solche nicht.“). Zur Rechtsnatur der Vorgesellschaft wird heute überwiegend angenommen, dass es sich um eine **Gesellschaft eigener Art** handelt, auf die weitestgehend die Bestimmungen des GmbHG (zB die Regelungen über die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer) zur Anwendung kommen (OGH 4. 3. 2013, 8 Ob 100/12g). Die ältere und teilweise auch die jüngere Lehre sehen hingegen die Bestimmungen des ABGB über die GesBR als maßgeblich an. Dafür kann seit der GesBR-Reform die Auffangbestimmung des § 1175 Abs 4 ABGB herangezogen werden, die allerdings nur den bisherigen § 1216 ABGB rezipiert.
- 1/27** Die Annahme einer eigenen Gesellschaftsform steht nicht im Widerspruch zum Grundsatz der Geschlossenheit der Gesellschaftsformen, da sich die Vorgesellschaft aus den gesetzlichen Gründungsvorschriften ableiten lässt. Der Gesetzgeber sieht den Zwischenraum zwischen Errichtung und Entstehung der GmbH vor, regelt jedoch die dabei auftretenden Probleme nur rudimentär. Zu keiner Vorgesellschaft kommt es bei der Verschmelzung durch Neugründung und der Ab-/Aufspaltung zur Neugründung.
- 1/28** Viele Fragen der Vorgesellschaft sind strittig. Die folgende Darstellung folgt der heute in Deutschland herrschenden Ansicht, die weitgehend auch in Österreich Fuß fasst (vgl *K/N/S*, GesR Rz 4/82 ff). Die Vorgesellschaft ist eine eigenständige, vorübergehende gesellschaftsrechtliche Organisation, der **Teilrechtsfähigkeit** zukommt. Sie ist aktiv und passiv partei- und prozessfähig. Die Vorgesellschaft kann ins Grundbuch eingetragen werden und ist konkursfähig. Die Vorgesellschaft ist nicht zur Firmenführung berechtigt, sofern nicht die Firma eines eingebrachten Unternehmens fortgeführt wird. Sie ist kein Unternehmer kraft Rechtsform. Die Geschäftsführer der Vorgesellschaft können nicht in das Firmenbuch eingetragen werden (OGH 22. 6. 2012, 6 Ob 97/12a).
- 1/29** Die Vorgesellschaft untersteht einem Sonderrecht, das sich aus den Bestimmungen des GmbHG, sofern diese nicht die Eintragung voraussetzen, und dem Gesellschaftsvertrag zusammensetzt. Änderungen des Gesellschaftsvertrages können nach hL und Rsp in diesem Stadium nur einstimmig erfolgen, da der Gesellschaftsvertrag vor der Eintragung noch nicht als körperschaftsrechtliche Satzung anzusehen ist (OGH 28. 8. 1985, NZ 1987, 18). Nach Ansicht des OGH ist bereits im Rahmen der Vorgesellschaft mit Zustimmung aller Gesellschafter ein Gesellschafterwechsel möglich (OGH 13. 7. 1995, HS 26.158).
- 1/30** Im Stadium der Vorgesellschaft besteht zwischen den Gründern die Verpflichtung, die für die Eintragung erforderlichen Maßnahmen zu setzen. Die

Verletzung der wesentlichsten Gründerpflicht, nämlich jener zur Leistung der Einlage, verpflichtet den Nichtleistenden zur Leistung von Schadenersatz, sofern dieser nicht wichtige Gründe für sein objektiv pflichtwidriges Verhalten darlegt (Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB; OGH 20. 9. 2005, ecolcx 2006/86).

Im Stadium der Vorgesellschaft sind die Geschäftsführer zu bestellen (sofern dies nicht bereits im Gesellschaftsvertrag erfolgt ist), die Einlagen zu leisten, Sacheinlagen entgegenzunehmen, die für die Anmeldung erforderlichen Vorbereitungsmaßnahmen zu treffen und die errichtete Gesellschaft zum Firmenbuch anzumelden. **1/31**

Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht der Geschäftsführer im Rahmen der Vorgesellschaft sind umstritten. Nach wohl überwiegender Auffassung richtet sich die Geschäftsführungsbefugnis nach dem Gesellschaftsvertrag. Die Vertretungsmacht richtet sich im Rahmen der Vorgesellschaft nach der Geschäftsführungsbefugnis, und nicht nach § 20 Abs 2. Im Interesse des Gläubigerschutzes ist jedoch davon auszugehen, dass die Vertretungsmacht zumindest alle in den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb fallenden Erklärungen sowie solche, die auf Gesellschafterbeschlüssen beruhen, umfasst (Verwaltervollmacht gem § 1029 ABGB; für den Verkehrsschutz bei der Vertretung einer unternehmerischen GesBR s § 1197 Abs 2 ABGB). Die Haftung der Geschäftsführer richtet sich bereits im Stadium der Vorgesellschaft nach § 25. **1/32**

Neuere Lehre und Rsp schränken den Anwendungsbereich der Handelndenhaftung des § 2 Abs 1 Satz 2 und der Schuldübernahme nach § 2 Abs 2 auf den Fall des Handelns im Namen der noch nicht eingetragenen GmbH ein (K/N/S, GesR Rz 4/91 ff). Nach dieser Auffassung kommt die **Handelndenhaftung** nur dann zur Anwendung, wenn der Vertreter **im Namen der GmbH** (und nicht im Namen der Vorgesellschaft, dh der GmbH in Gründung) handelt, ohne deren fehlende Eintragung offenzulegen. Es kommt nicht darauf an, ob der Vertragsgegner wusste oder wissen musste, dass die Gesellschaft noch nicht in das Firmenbuch eingetragen ist. Im Zweifel ist jedoch ein Handeln im Namen der Vorgesellschaft anzunehmen. **1/33**

Lehre (K/N/S, GesR Rz 4/94 mwN) und Rsp (OGH 17. 7. 1997, HS 28.078, ecolcx 1998, 138) gehen davon aus, dass der Begriff des Handelnden iSd § 2 nur die Geschäftsführer der Vorgesellschaft sowie jene Personen erfasst, die im Geschäftsverkehr wie Geschäftsführer auftreten. Kommt es zur Eintragung der GmbH und übernimmt diese die Schuld des Handelnden, wird dieser von seiner Außenhaftung befreit, wenn der Gläubiger innerhalb von drei Monaten ab Eintragung der GmbH verständigt wird. Die Verständigung kann sich auch implizit ergeben, etwa durch die Übersendung einer von der GmbH ausgestellten Abrechnung. **1/34**

Handelt der Geschäftsführer **im Namen der Vorgesellschaft**, so kommt die **Handelndenhaftung nicht zur Anwendung**. Handelt er im Rahmen seiner Befugnisse, bindet er die Vorgesellschaft und diese haftet. Für den Vertrauensschutz des Dritten ist § 1197 Abs 2 ABGB sinngemäß anzuwenden. Überschreitet der Vertreter seine Vertretungsmacht, so trifft ihn die falsus procurator Haftung gem § 1019 ABGB (K/N/S, GesR Rz 4/96). **1/35**

- 1/36** Nach heute hL kommt es **durch die Eintragung der GmbH zur Universal sukzession** durch Übergang des Vermögens und der Schulden der Vorgesellschaft auf die GmbH (*K/N/S*, *GesR Rz 4/98 mwN*). Ein Teil der Lehre hält die Annahme der Gesamtrechtsnachfolge iS der Identitätstheorie für entbehrlich, ein anderer Teil der Lehre geht von einer formwechselnden Umwandlung aus.
- 1/37** Die ältere Lehre ging davon aus, dass die Vorgesellschaft auf gründungsnotwendige Geschäfte beschränkt sei. Dahinter stand die Überlegung, dass die Kapitalaufbringungsvorschriften den Zweck haben, im Zeitpunkt der Eintragung das Vorhandensein eines dem Stammkapital entsprechenden Mindesthaftungsfonds zu gewährleisten (Vorbelastungsverbot). Problematisch ist diese Auffassung insb bei als Sacheinlage eingebrachten Unternehmen, denn diese müssen auch im Stadium der Vorgesellschaft fortgeführt werden. Auch lässt sich die Gewährleistung des Mindesthaftungsfonds im Zeitpunkt der Eintragung durch andere Regelungen erreichen. Das Vorbelastungsverbot wird deshalb heute kaum noch vertreten.
- 1/38** Die neuere Lehre und Rsp gewährleisten die Kapitalaufbringung durch die Annahme einer **Differenzhaftung** (Unterbilanzhaftung oder Vorbelastungshaftung), wofür auch § 10a spricht (vgl *K/N/S*, *GesR Rz 4/99*). Die Gründer haften gegenüber der Gesellschaft **verschuldensunabhängig** für den Differenzbetrag zwischen dem Gesellschaftsvermögen im Zeitpunkt der Eintragung und dem im Gesellschaftsvertrag festgesetzten einbezahlten Stammkapital. Bei dieser Berechnung ist jedoch zu beachten, dass der Gründungsaufwand dem im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Höchstbetrag entsprechen darf (§ 7 Abs 2). Bloße Wertminderungen der Einlagen sind gem § 10a bezogen auf den Zeitpunkt der Anmeldung und nicht der Eintragung auszugleichen. Fraglich ist (Rsp fehlt), ob und mit welcher Frist Ansprüche aus der Differenzhaftung verjähren. Gute Gründe sprechen dafür, die Fünfjahres-Frist des § 10a Abs 2 analog anzuwenden; dem kann entgegengehalten werden, dass Haftungsgrundlage die noch nicht erfüllte Einlageschuld ist und die Verjährung erst ab deren Fälligkeit durch die GmbH zu laufen beginnt.
- 1/39** Die Differenzhaftung greift auch dann ein, wenn die Gründung scheitert und es nicht zur Eintragung ins Firmenbuch kommt. Die Haftung bringt zum Ausdruck, dass das Risiko derwerbenden Gesellschaft im Vorgesellschaftsstadium von den Gründern zu tragen ist, unabhängig davon, ob es später zur Eintragung kommt. Die Haftung der Gründer ist **verschuldensunabhängig, anteilig** (im Verhältnis der übernommenen Stammeinlagen) und **unbeschränkt**, dh die Haftung kann die übernommene Stammeinlage übersteigen und ist soweit zu erfüllen, dass die Gläubiger befriedigt werden können.
- 1/40** Ob die Gründer Gläubigern direkt haften, ist strittig. Die hM geht zu Recht davon aus, dass die Differenzhaftung eine **reine Innenhaftung** gegenüber der Gesellschaft ist. Im Vorgesellschaftsstadium haftet Dritten gegenüber ausschließlich das Gesellschaftsvermögen der Vorgesellschaft. Im Rahmen der Exekutionsführung können Gläubiger jedoch den Anspruch der Vorgesellschaft gegen die Gründer auf Zahlung der Differenz pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen.

Wird trotz Anmeldung der GmbH die Eintragung nicht ernsthaft betrieben (Verbesserungsaufträge des Firmenbuchgerichts werden nicht befolgt), treffen die Gesellschafter bereits vor der Anmeldung, jedoch nach Errichtung der Gesellschaft, die Entscheidung, von der Gründung der GmbH abzusehen, oder wird die Eintragung in das Firmenbuch rechtskräftig abgelehnt, so ist hinsichtlich der Rechtsfolgen zu unterscheiden (vgl *K/N/S*, GesR Rz 4/101 f): **1/41**

Im Fall der sofortigen Beendigung der Geschäfte (sog **echte Vorgesellschaft**) kommt es zur Auflösung und Liquidation der Vorgesellschaft. Die Liquidatoren (gegebenenfalls der Insolvenzverwalter) haben die Differenzhaftung der Gesellschafter geltend zu machen. **1/42**

Beendet die Vorgesellschaft ihre Geschäfte nicht sofort (sog **unechte Vorgesellschaft**) so wird sie zur GesBR; die Gesellschafter trifft die Haftung nach § 1199 ABGB. **1/43**

Nach hL ist auch bei der Vorgesellschaft zwischen Auflösung und Liquidation zu unterscheiden. Auflösungsgrund ist insb die rechtskräftige Ablehnung des Antrags auf Eintragung ins Firmenbuch. Die Liquidation hat durch analoge Anwendung der §§ 89 ff zu erfolgen. **1/44**

Die Bestimmung des § 2 Abs 3 ist nach hL bedeutungslos, da sich aus § 6 Abs 4 eindeutig ergibt, dass Sacheinlagevereinbarungen gegenüber der entstandenen GmbH wirken. Sie hat Bedeutung bei der verdeckten Sacheinlage, die im Gesellschaftsvertrag nicht wirksam festgelegt wird (Rz 1/72). **1/45**

4. Der Gesellschaftsvertrag

Gesellschaftsverträge unterscheiden sich von anderen Verträgen dadurch, dass sie nicht nur Leistungsverpflichtungen (Einlage) begründen, sondern auch die Grundlage einer Organisation bilden. Neben den Gründern sind Gesellschaftsverträge auch für Gläubiger und zukünftige Gesellschafter von Bedeutung. Gesellschaftsverträge sind Dauerschuldverhältnisse, sodass auch bei Nichtigkeit oder Willensmängeln eine Abwicklung ex tunc nicht in Betracht kommt. **1/46**

Die **Auslegung von Gesellschaftsverträgen** ist im Einzelnen **umstritten** (vgl *K/N/S*, GesR Rz 1/69). Die jüngere Rsp vertritt die Auffassung, es sei zwischen echten und unechten Satzungsbestandteilen zu unterscheiden (OGH 13. 10. 2011, 6 Ob 202/10i). Unechte Satzungsbestandteile sind in ihrer Bedeutung auf die Gründer beschränkt und wirken nicht auf künftige Gesellschafter. Sie sind deshalb nach § 914 ABGB entsprechend dem wahren Parteiwillen auszulegen. Als „echt“ werden jene Regelungen bezeichnet, deren Änderung in den §§ 49 ff geregelt ist. Diese sind objektiv (ähnlich einem Gesetz) auszulegen. Dem gegenüber vertritt die Lehre weitgehend den Standpunkt der älteren Rechtsprechung, wonach es darauf ankommt, ob an der GmbH nur die Gründungsmitglieder beteiligt sind (OGH 25. 11. 1997, RdW 1998, 137; s auch OGH 3. 11. 2005, RdW 2006/144 mwN; vgl auch OGH 16. 11. 2011, 6 Ob 99/11v). Wenn nur die Gründungsmitglieder beteiligt sind, kommt es bei der Auslegung auf den wahren Parteiwillen an (§ 914 ABGB: subjektive Auslegung), andernfalls ist eine objektive Auslegung geboten (§§ 6, 7 ABGB). Der OGH begründet seine Auffassung **1/47**