

Bei qualifizierter Gründung: Zudem externe Gründungsprüfung durch unabhängige Gründungsprüfer. Gem § 25 Abs 2 AktG hat neben der internen Gründungsprüfung eine Prüfung durch unabhängige vom Gericht zu bestellende Prüfer zu erfolgen, wenn eine sog qualifizierte Gründung vorliegt. Von einer qualifizierten Gründung spricht man, wenn

- ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrates sich einen besonderen Vorteil⁴⁹⁾ oder für die Gründung oder ihre Vorbereitung eine Entschädigung oder Belohnung ausbedungen hat oder
- eine Gründung mit Sacheinlagen oder Sachübernahmen iSd § 20 AktG vorliegt.

Als Gründungsprüfer dürfen nur Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bestellt werden (§ 25 Abs 4 AktG). Zudem sind die Unvereinbarkeiten des Abs 5 zu beachten, wonach insb Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates sowie Angestellte der Gesellschaft nicht als Gründungsprüfer bestellt werden dürfen. **578**

Im Prüfungsbericht der internen und externen Prüfer muss neben dem Ergebnis der Überprüfung der Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Angaben und Feststellungen die Beschreibung jeder Einlage und bei Sacheinlagen die angewandten Bewertungsverfahren sowie die Angabe, ob die Werte, zu denen diese Verfahren führen, den Nennbetrag bzw den höheren Ausgabebetrag der dafür gewährten Aktien erreichen, enthalten sein (vgl § 26 AktG). Sollte es zwischen den Gründungsprüfern und den Gründern zu Meinungsverschiedenheiten über den Umfang der von den Gründern zu gewährenden Aufklärungen und Nachweisen kommen, so entscheidet darüber das für den Sitz der Gesellschaft zuständige Gericht (§ 27 Abs 2 AktG). **579**

4. Leistung der Mindesteinlagen

Im Hinblick auf die Leistung der Mindesteinlagen ist zwischen Bareinlagen und Sacheinlagen zu differenzieren. **Sacheinlagen** sind sofort in vollem Umfang zu leisten (§ 28 a Abs 2 AktG). Dabei muss der Wert der Sache den Ausgabebetrag der Aktien erreichen, widrigenfalls das Firmenbuchgericht die Eintragung (bei nicht bloß unwesentlicher Überbewertung der Sache) verweigern muss und den Sacheinleger eine Differenzhaftung trifft.⁵⁰⁾ Bei **Bareinlagen** ist nach § 29 Abs 1 iVm § 28 a Abs 1 AktG der gesamte eingeforderte Betrag, der mindestens ein Viertel des geringsten Ausgabebetrages (somit des Nennbetrags bzw bei Stückaktien des Mindestausgabebetrags) und das volle Agio umfassen muss, durch Gutschrift auf ein Bankkonto im Inland zu leisten (vgl § 49 Abs 3 AktG).⁵¹⁾ Unter **580**

⁴⁹⁾ Werden Sondervorteile Aktionären oder sonstigen Dritten eingeräumt, so ist dies (nur) in der Satzung unter Bezeichnung des Berechtigten festzuhalten. Eine externe Gründungsprüfung ist nicht erforderlich.

⁵⁰⁾ Dazu unten Rz 747.

⁵¹⁾ Der Wortlaut des § 49 Abs 3 AktG lässt zwar auch eine bare Einzahlung zu, doch ist der Nachweis der „freien Verfügung“ stets durch eine Bestätigung eines Kreditinstituts zu erbringen. Siehe dazu auch bei Rz 740 f.

Agio (Aufgeld, Mehrbetrag) ist jener Betrag zu verstehen, der zusätzlich zum Ausgabebetrag der Aktien verlangt wird. Er ist in die gebundene Kapitalrücklage⁵²⁾ zu buchen. Ein Disagio, somit eine Ausgabe unter dem Nennbetrag bzw. den auf die einzelne Stückaktie entfallenden anteiligen Betrag des Grundkapitals, ist unzulässig (Verbot der unter pari-Emission, § 8 a AktG). Die Einforderung der Mindesteinlagen obliegt dem Vorstand.⁵³⁾

Beispiel: Anton ist Inhaber eines Einzelunternehmens und will nunmehr seine gleichzeitig erwachsenen Kinder daran beteiligen. Er gründet daher gemeinsam mit seinen Töchtern Theresa und Theodora sowie seinem Sohn Simon eine AG. Als Einlageleistung bringt Anton sein Unternehmen als Sacheinlage ein. Seine Kinder erbringen jeweils Bareinlagen in Höhe von € 4.000,-. Die Sacheinlage ist sofort zur Gänze fällig. Theresa, Theodora und Simon müssen hingegen nur jeweils ein Viertel, somit € 1.000,- erbringen. Ein Agio wurde nicht festgesetzt.

581 Die Regelung der §§ 28 f AktG differenziert nicht zwischen Inhaber- und Namensaktien. **Inhaberaktien** dürfen aber gem § 10 Abs 2 AktG erst bei **Leistung des vollen Ausgabepreises** ausgegeben werden. Insofern muss bei Inhaberaktien sofort der gesamte Ausgabebetrag geleistet werden; die früher bestehenden Zwischenscheine, die auf Namen lauteten und interimsmäßig vor Leistung des vollen Betrages ausgegeben werden konnten, wurden durch das GesRÄG 2011 abgeschafft. Bareinlageverpflichtungen auf Namensaktien müssen nicht sofort zur Gänze einbezahlt werden; die Einforderung weiterer Einzahlungen obliegt – unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes – dem Vorstand (§ 57 Abs 1 AktG).⁵⁴⁾ In der Praxis wird häufig – auch aus Seriositätsgründen – die Volleinzahlung vorgenommen.

582 Die Einlagen sind gem § 28 Abs 2 AktG zur freien Verfügung des Vorstands zu leisten.⁵⁵⁾

5. Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Firmenbuch

583 Die Anmeldung beim Firmenbuch hat gem § 28 Abs 1 AktG durch alle Gründer, die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrates zu erfolgen. Sie darf erst dann vorgenommen werden, wenn die in § 28 Abs 2 AktG genannten Voraussetzungen (Erbringung der Mindesteinlagen zur freien Verfügung des Vorstands) erfüllt sind.

584 § 29 AktG regelt den Inhalt der Anmeldung.⁵⁶⁾ Neben den Urkunden, die gem Abs 2 beizulegen sind (Satzung, Bestellsurkunden bzgl des Vorstands und des Aufsichtsrates, Gründungsbericht, etc) hat der Vorstand eine Erklärung abzugeben, dass die einbezahlten Einlagen „zu seiner **freien Verfügung**“ stehen oder wie es im Gesetz heißt: „dass der Vorstand in der Verfügung über den ein-

⁵²⁾ § 229 Abs 2 Z 1 UGB.

⁵³⁾ Siehe das Muster einer Aufforderung zur Leistung der Einlage bei *Brix*, Handbuch AG 295.

⁵⁴⁾ Zur Bilanzierung offener Einlageforderungen s GmbH Rz 879.

⁵⁵⁾ Dazu noch unten Rz 741.

⁵⁶⁾ Für ein Muster s bei *Brix*, Handbuch AG 300.

gezahlten Betrag nicht, namentlich nicht durch Gegenforderungen, beschränkt ist“. Diese freie Verfügung ist auch stets schriftlich durch das Kreditinstitut zu bestätigen, das die Einlagenleistungen in Empfang genommen hat. Die Vorstandsmitglieder haben ihre Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei Gericht zu zeichnen (Abs 3).

Ist an der Feststellung der Satzung nur eine Person beteiligt (**Einpersonen-** **gründung**), so sind nach § 35 Abs 1 AktG auch der Umstand, dass alle Aktien an der AG einem Aktionär gehören, sein Name sowie ggf sein Geburtsdatum bzw seine Firmenbuchnummer zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden (zu späteren Änderungen des Aktionärskreises vgl § 35 Abs 2 und 3 AktG). **585**

6. Prüfung, Eintragung und Bekanntmachung durch das Firmenbuchgericht

Das zuständige Firmenbuchgericht trifft eine umfassende rechtliche Prüfpflicht hinsichtlich der formellen Anmeldeerfordernisse und der gesetzlichen Normativbestimmungen. Dabei können den Eintragungswerbern Verbesserungsaufträge erteilt werden, wenn die eingereichten Unterlagen nicht entsprechen. Wird diesen Aufträgen nicht nachgekommen, so hat das Firmenbuchgericht das Eintragungsgesuch abzulehnen. Nach § 31 Abs 2 AktG ist das Gesuch insb abzulehnen bei Unrichtigkeit des Gründungsberichts oder des internen Prüfungsberichts sowie bei „nicht unwesentlicher“ Überbewertung von Sacheinlagen. Zudem ist die Eintragung bei „verdeckten Sacheinlagen“ abzulehnen. Eine Prüfung des wirtschaftlichen Konzepts, insb der „Lebensfähigkeit“ der Gesellschaft, etwa ob der in Aussicht genommene Unternehmensgegenstand auch mit dem angegebenen Grundkapital betrieben werden kann, findet nicht statt. Ist die Prüfung positiv, so erfolgt die Eintragung und Bekanntmachung (§§ 32 f AktG). Erst dadurch **entsteht die AG** (§ 34 Abs 1 AktG e contrario). Bei Sachgründungen hat der Vorstand nach § 33 Abs 3 AktG unverzüglich nach der Eintragung die Eröffnungsbilanz auf den Tag der Errichtung der Gesellschaft aufzustellen und binnen dreier Monate zu veröffentlichen. Die Veröffentlichung ist zum Firmenbuch einzureichen. **586**

B. Nachgründung

Da Sachgründungen nur unter Einhaltung eines besonderen Verfahrens möglich sind, stellt sich die Frage, wie der Fall zu behandeln ist, wenn zwar eine Bargründung erfolgt, kurze Zeit später jedoch von einem Aktionär/Gründer eine Sache gekauft wird. In diesem Fall spricht man von der sog „verdeckten Sacheinlage“. ⁵⁷⁾ Das AktG sieht darüber hinaus einen sog institutionalisierten Umgehungsschutz in den §§ 45 ff AktG vor. **587**

- Erfasst sind Verträge, nach denen die AG binnen 2 Jahren nach der Eintragung Anlagen oder andere Vermögensgegenstände von einem Gründer übernehmen soll, sofern die Vergütung dafür mindestens 10 % des Grundkapitals beträgt.

⁵⁷⁾ Dazu unten Rz 748 ff.

- Den Gründern werden Personen gleichgestellt, für deren Rechnung die Gründer Aktien übernommen haben, Personen, zu denen ein Gründer ein Naheverhältnis hat, das der Beziehung Mutter-/Tochterunternehmen (iSd § 189a Z 7 UGB) entspricht, sowie nahe Angehörige eines Gründers (iSd § 4 AnfO).
- Ausnahmen bestehen für den laufenden Geschäftsbetrieb oder wenn der Erwerb in der Zwangsvollstreckung erfolgt ist (vgl § 46 Abs 4 AktG).

588 Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so müssen zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts (vgl § 45 Abs 1 AktG) folgende Anforderungen erfüllt werden:

- Der Vertrag unterliegt der Schriftform (§ 46 Abs 1 AktG).
- Der Aufsichtsrat hat einen Nachgründungsbericht zu verfassen (§ 45 Abs 2 AktG).
- Es muss eine externe (Nach-)Gründungsprüfung erfolgen (§ 45 Abs 3 AktG).
- Der Vertrag unterliegt der Zustimmung der Hauptversammlung mit einer Mehrheit von mindestens 3/4 des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals; wobei im 1. Jahr nach der Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch überdies die Zustimmung von mindestens 1/4 des gesamten Grundkapitals erforderlich ist (§ 45 Abs 4 AktG).
- Die Nachgründung ist in das Firmenbuch mit den entsprechenden Unterlagen (vgl § 46 AktG) einzutragen.

C. Haftung der an der Gründung beteiligten Personen

589 Das Gründungsrecht ist in den §§ 39 ff AktG durch entsprechende Haftungstatbestände abgesichert, die auch für die Nachgründung gelten. Anspruchsberechtigt ist jeweils die Gesellschaft (Innenhaftung).⁵⁸⁾ Im Einzelnen haften:

- Die **Gründer** sowie Personen, für deren Rechnung die Gründer Aktien übernommen haben („**Hintermänner**“) für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben, die zum Zwecke der Gründung der Gesellschaft zu machen sind (vgl § 39 Abs 1 und 5 AktG), insb auch im Hinblick auf die Geeignetheit des Kreditinstituts bzgl der Einlageleistungen und der freien Verfügung des Vorstands. Diese Haftung ist grundsätzlich verschuldensabhängig, doch muss sich der einzelne Gründer bzw Hintermann von der gesamtschuldnerischen Haftung freibeweisen (§ 39 Abs 3 AktG).
- Weiters haften die **Gründergenossen**, zu denen etwa Teilnehmer bei Sachübernahmen zählen (Einzelheiten in § 40 Z 1 und 2 AktG) sowie die Emittenten von Aktien (**Emissionsbanken**, § 40 Z 3 AktG).
- Die Mitglieder des **Vorstands** und des **Aufsichtsrats**, wenn sie bei der Gründung ihre Sorgfaltspflichten verletzen (§ 41 AktG).

⁵⁸⁾ Strittig ist, ob die Regelungen als Schutzgesetz zugunsten von (zukünftigen) Aktionären aufzufassen sind (dafür *Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 39 Rz 11; dagegen *Zehetner in Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 39 Rz 6).

- Die **Gründungsprüfer** haften nach den Vorschriften für die Abschlussprüfer (§ 42 AktG iVm § 275 Abs 1–4 UGB).⁵⁹⁾

Ein Verzicht auf diese Ansprüche oder ein Vergleich darüber ist nur eingeschränkt möglich (vgl § 43 AktG); die Ansprüche verjähren in 5 Jahren ab Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch (§ 44 AktG). **590**

- Zudem haftet das Kreditinstitut für die Richtigkeit der **Bankbestätigung** (§ 29 Abs 1 Satz 3 AktG), wobei allerdings der Inhalt und die Reichweite der Bankbestätigung in der Literatur strittig ist. Nach hA⁶⁰⁾ hat das Kreditinstitut nicht nur zu erklären, dass sich die geleistete Bareinlage am Konto der AG befindet, sondern auch dass der Vorstand uneingeschränkt darüber verfügen kann, sie somit endgültig zur freien Verfügung des Vorstands geleistet wurde. Allfällige Haftungsansprüche der AG gegen die Bank verjähren in fünf Jahren.⁶¹⁾ Eine Haftung der Bank gegenüber Dritten besteht nach hA⁶²⁾ nicht.
- Des Weiteren besteht eine **Differenzhaftung** des Sacheinlegers für überbewertete Sacheinlagen. Diese setzt kein Verschulden voraus; vielmehr handelt es sich dabei um ein Wiederaufleben der ursprünglichen Kapitaldeckungszusage in Geld (§§ 28, 29, 49 AktG).⁶³⁾

Unrichtige Darstellungen sind auch durch die Strafbestimmung in § 163 a StGB sanktioniert. **591**

Die Geltendmachung von **Gründungsmängeln** ist nach der Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch nur sehr eingeschränkt möglich. §§ 216 ff AktG sehen eine Klage auf Nichtigerklärung der Gesellschaft nur in bestimmten Fällen und nur innerhalb eines Jahres ab Eintragung vor.⁶⁴⁾ Vor der Eintragung im Firmenbuch können Mängel nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen geltend gemacht werden. **592**

D. Die Vorgründungsgesellschaft und die Vorgesellschaft

Als **Vorgründungsgesellschaft** bezeichnet man jene Phase bis zur Feststellung der Satzung, in der die Gründer die entsprechenden Vorbereitungsaktivitäten planen und koordinieren. IdR handelt es sich bei der Vorgründungsgesellschaft um eine GesBR,⁶⁵⁾ auf die mangels anderweitiger Verabredung die Regelungen der §§ 1175 ff ABGB Anwendung finden. Eine Verpflichtung zur **593**

⁵⁹⁾ Siehe dazu OGH 1 Ob 128/07 s GesRZ 2008, 227; 10 Ob 88/11 f GesRZ 2013, 44 mit Anm *Oppitz*.

⁶⁰⁾ *Fellner/Kaindl*, ÖBA 2006, 1033 ff; aA *Gruber*, ÖBA 2003, 645 ff; zum Diskussionsstand vgl *Heidinger/Schneider in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 29 Rz 12 mwN.

⁶¹⁾ OGH 8 Ob 629/93 SZ 67/132 = ÖBA 1994, 978 mit Anm *Jabornegg*.

⁶²⁾ *Karollus/Lukas*, JBl 2004, 690 ff; *Gruber*, ÖBA 2003, 737; *Heidinger/Schneider in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 29 Rz 18 mwN; nunmehr auch *Zollner in Doralt/Nowotny/Kals*, AktG² § 29 Rz 37.

⁶³⁾ Dazu unten Rz 747.

⁶⁴⁾ Dazu unten Rz 801 ff.

⁶⁵⁾ Eine OG kommt seit Inkrafttreten des UGB mangels konstitutiver Eintragung im Firmenbuch nicht in Betracht.

Gründung einer AG besteht nur in dem Fall, in dem ein entsprechender Vorvertrag iSd § 936 ABGB geschlossen wurde, was wegen der Formpflicht des Haupt- und Vorvertrages⁶⁶⁾ (Notariatsakt) in der Praxis eher selten vorkommt. Bei Verletzung des Vorvertrages können sich Schadenersatzpflichten aus culpa in contrahendo ergeben.⁶⁷⁾

Beispiel: Der Erfinder Emil verabredet sich mit dem Finanzier Franz eine AG zu gründen, in der die Erfindung von Emil, eine Vakuumdestillieranlage zur Meerwasserentsalzung, vertrieben werden soll. Für die Verwertung der Erfindung wurde Kontakt mit der M-Anlagebau-AG aufgenommen und die Erfindung vorgeführt. Dies war mit beträchtlichen Kosten verbunden. Bereits vor der Vereinbarung mit Franz hat Emil auch mit der Beteiligungsgesellschaft von Bertold Gespräche geführt und ist schließlich mit dieser ein Joint Venture eingegangen. Mit Franz wollte er keine AG mehr gründen. Dieser begehrt nun den Ersatz der Vorführungskosten bei der M-Anlagebau-AG.

594 Mit der Errichtung der Gesellschaft⁶⁸⁾ beginnt die Phase der **Vorgesellschaft**, die idR mit der Eintragung im Firmenbuch endet. Scheitert die Eintragung oder wird davon abgesehen, so spricht man von einer „unechten Vorgesellschaft“. Die Vorgesellschaft ist noch keine juristische Person (vgl § 34 Abs 1 AktG); nach hA⁶⁹⁾ ist sie aber als „Gesamthandgesellschaft eigener Art“ (**Rechtsform sui generis**) bereits rechts- und handlungsfähig. Sie wird durch den Vorstand vertreten.⁷⁰⁾ Die Vorgesellschaft kann bereits Empfängerin von Einlagen und Unternehmensträgerin sein. Wird ein Unternehmen betrieben, so kommt ihr Unternehmereigenschaft nach § 1 UGB zu. Unternehmerin kraft Rechtsform (§ 2 UGB) ist sie hingegen erst ab der Eintragung im Firmenbuch.⁷¹⁾ Im Übrigen sind aber die aktienrechtlichen Bestimmungen auf die Vorgesellschaft anzuwenden, soweit diese nicht die Eintragung voraussetzen. Die Vorgesellschaft wird vom Vorstand vertreten, dessen Vertretungsmacht nach nunmehr hA⁷²⁾ weitge-

⁶⁶⁾ Nach hA (vgl nur *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 936 Rz 3) ist ein Vorvertrag formpflichtig, wenn der Hauptvertrag formbedürftig ist und der Zweck der Formpflicht auch den Vorvertrag betrifft.

⁶⁷⁾ Vgl OGH 5 Ob 570/81 SZ 54/69 = GesRZ 1981, 178 mit Anm *Ostheim*.

⁶⁸⁾ Siehe oben Rz 556.

⁶⁹⁾ OGH 6 Ob 570/94 JBl 1996, 528 mit Anm *Geist/Karollus*; 1 Ob 188/98 y RdW 1999, 344; *Geist*, Kapitalvorgesellschaft 48; *ders* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 34 Rz 5; *Doralt/Diregger* in MünchKomm AktG⁴ § 41 Rz 182; *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 34 Rz 12 jeweils mwN; aA *U. Torggler*, Verbandsgründung 244 ff; *ders* in FS Krejci 992 f, der die Rechtsfähigkeit der Vorgesellschaft ablehnt und insofern die Dreiteilung (Vorgründungs-, Vorgesellschaft und eingetragene Gesellschaft) als überflüssig betrachtet; vielmehr spricht *U. Torggler* von einer einheitlichen „Gründergesellschaft“ im Vorstadium (Verbandsgründung 656 ff).

⁷⁰⁾ OGH 2 Ob 65/08 k SZ 2008/47.

⁷¹⁾ *Artmann/Herda* in *Jabornegg/Artmann*, UGB³ § 2 Rz 12 mwN; nach *Geist* (in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 21 Rz 9) erscheint hingegen eine Vorwirkung der Formunternehmereigenschaft „erwägenswert“.

⁷²⁾ *Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 21 Rz 8; *Doralt/Diregger* in MünchKomm AktG⁴ § 41 Rz 188; *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 34 Rz 20; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 3/181.

hend⁷³) unbeschränkt ist; eine Eingrenzung der Vertretungsmacht auf gründungsnotwendige Geschäfte oder die Notwendigkeit einer besonderen Zustimmung durch die Gesellschafter ist aus Verkehrsschutzüberlegungen abzulehnen. Ein **Vorbelastungsverbot besteht** insoweit **nicht**. Die interne Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands ist hingegen auf all jene Tätigkeiten beschränkt, die zur Herbeiführung der Eintragung der AG im Firmenbuch und ggf zur Fortführung eines eingebrachten Unternehmens erforderlich sind; darüber hinaus gehende Aktivitäten bedürfen einer besonderen Ermächtigung durch die Gründer. Vorstandsmitglieder, die ihre Befugnisse überschreiten, können sich der Gesellschaft gegenüber schadenersatzpflichtig machen.

Für die Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft haften zum einen die „Handelnden“ nach § 34 Abs 1 Satz 2 AktG, womit nach neuerer Lehre⁷⁴) die Organe der (späteren) Gesellschaft gemeint sind. Diese haften persönlich, unbeschränkt und solidarisch gegenüber Dritten auf Erfüllung („**Handelndenhaftung**“);⁷⁵) ihnen steht aber ein Regressanspruch gegen die Gesellschaft bzw die Gesellschafter zu.⁷⁶) Zum anderen haften auch die **Gesellschafter**, und zwar nach hA⁷⁷) unbeschränkt und unmittelbar gegenüber Dritten. Eine ausdrückliche Rechtsgrundlage dafür fehlt jedoch.⁷⁸)

Mit der Eintragung ist die **AG „als solche“ entstanden** (§ 34 Abs 1 AktG). Sie ist mit der Vorgesellschaft identisch.⁷⁹) Insofern treffen nur alle während der Vorgesellschaft wirksam begründeten Rechte und Pflichten die fertige AG; entgegen der Textierung des § 34 Abs 2 AktG bedarf es keines Übertragungsaktes. Nach Abs 3 sind Verpflichtungen aus Vereinbarungen über Sacheinlagen und Sachübernahmen davon ausgenommen, die nicht den Voraussetzungen der §§ 19f AktG entsprechen. Gleiches gilt für Sondervorteile und Gründungsaufwand.⁸⁰) Die Handelndenhaftung erlischt; für nunmehr eingegangene Verbindlichkeiten haftet allein das Gesellschaftsvermögen. Ebenso erlischt nach überwiegender Auffassung⁸¹) die Gesellschafterhaftung; sie setzt sich aber in der sog **Unterbilanzhaftung** (mitunter auch als Vorbelastungshaftung bezeichnet) fort. Danach haften die Gesellschafter im Innenverhältnis anteilig für die Wertdifferenz zwischen Gesellschaftsvermögen und Grundkapital (inkl Agio) im Zeit-

595

596

⁷³) Gewisse Einschränkungen ergeben sich aus den Sachübernahmenvorschriften und nach der Eintragung aus den Nachgründungsregeln.

⁷⁴) *Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 34 Rz 16 mwN.

⁷⁵) Ausführlich dazu bei der GmbH Rz 900 ff.

⁷⁶) Vgl nur *Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 34 Rz 22 mwN.

⁷⁷) *Geist*, Kapitalvorgesellschaft 142 ff; *ders* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 34 Rz 25; *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 34 Rz 27; *Doralt/Diregger* in *MünchKomm AktG⁴ § 41 Rz 193*; aA *U. Torggler*, *Verbandsgründung* 502 ff, 679 ff.

⁷⁸) Siehe näher bei GmbH Rz 904.

⁷⁹) *Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 34 Rz 26 f; *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 34 Rz 29.

⁸⁰) *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 34 Rz 30.

⁸¹) *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 34 Rz 28; *Doralt/Diregger* in *MünchKomm AktG⁴ § 41 Rz 200*; BGHZ 80, 129; aA *Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 34 Rz 25.

punkt der Anmeldung der AG zum Firmenbuch, wobei wirksam festgesetzte Gründungskosten davon ausgenommen sind.

597 Scheitert die Eintragung der AG im Firmenbuch, etwa durch eine rechtskräftige Ablehnung des Eintragungsantrags oder der Aufgabe der Eintragungsabsicht, so spricht man von der „**unechten Vorgesellschaft**“. Diese ist nach den Regeln des AktG zu liquidieren; uU muss ein Insolvenzantrag gestellt werden. Wird abgewickelt, so bleibt die Handelndenhaftung aufrecht. In Anspruch genommene Vorstandsmitglieder können sich aber bei den Gesellschaftern regressieren.⁸²⁾ Möglich ist aber auch die Fortsetzung als Personengesellschaft in Form einer GesbR oder – bei entsprechender Eintragung im Firmenbuch – als OG oder KG. Diesfalls besteht nach den einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Regelungen auch eine Haftung für die Altschulden.

III. Organisation

Literatur: *Adensamer/Eckert*, Vorstandshaftung nach österreichischem Recht, in *Kalss* (Hrsg), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005) 166 ff; *Artmann*, Die Haftung der Abschlussprüfer für Schäden Dritter, JBl 2000, 623; *dies*, Gesellschaftsrechtliche Fragen der Organshaft – zugleich ein Beitrag zum Konzernrecht (2004); *dies*, Neues zur Haftung des Abschlussprüfers, RdW 2007/357, 323; *dies*, Offene Fragen der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage, GeS 2007, 3; *dies*, Offene Fragen zur Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten, ÖZW 2002, 90; *dies*, Zur Haftung des Abschlussprüfers, insb zur Verjährung, GesRZ 2013, 250–255; *Augustin*, Abkühlphase beim Wechsel eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat, GeS 2013, 4; *Böhler*, Zur Beweislast bei der Organhaftung, in FS Krejci (2001) 503; *Brix*, Die Hauptversammlung der AG (2009); *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung nach dem URG, ZIK 1997, 207; *Eigner/Winner*, Die elektronische Hauptversammlung, ÖBA 2008, 43; *W. Doralt/Koziol*, Abschlussprüferhaftung in Österreich, in *Koziol/Doralt* (Hrsg), Abschlussprüfer, Haftung und Versicherung (2004); *W. Doralt*, Haftung der Abschlussprüfer (2005); *Eckert/Lindner*, Verjährung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder, ecolex 2005, 449; *Felzl*, Der Vorstandsvorsitzende der Aktiengesellschaft, wbl 2011, 229; *Fleischer*, Mitwirkungsbefugnisse der Aktionäre bei Struktur-, Vergütungs- und Personalentscheidungen in Deutschland, Österreich und der Schweiz, GesRZ 2010, 193; *Graf*, Grundlagen und Grenzen der Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Dritten – Samt Schlussfolgerungen für die Verjährungsfrage, wbl 2012, 241; *Gruber/Mitterlehner/Wax*, D&O Versicherung (2012); *Haberer*, Corporate Governance (2003); *Haider*, Anfechtung, Nichtigkeit und Unwirksamkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen (2006); *A. Heidinger*, Einzelentlastung der GmbH-Geschäftsführer und Stimmverbot, GesRZ 1997, 237; *Harrer*, Fehlerhafte Willensbildung im Aktienrecht, wbl 2000, 60; *Kalss*, Die Außenhaftung der Leitungsorgane gegenüber Gesellschaftern und Dritten, in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Die Organhaftung (2013) 73; *dies*, Die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Gläubigern, Gesellschaftern und Anlegern, ÖBA 2002, 187; *Kalss/Frotz/Schörghofer* (Hrsg), Handbuch für den Vorstand (2017); *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016); *Karollus*, Die Haftungshöchstgrenze bei der Dritthaftung des Abschlussprüfer de lege lata und de lege ferenda, RdW 2006/386; *ders*, Gesellschaftsrechtliche Verantwort-

⁸²⁾ OGH 9 Ob 198/99 d ecolex 2000/16 (zur GmbH); vgl auch *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Rz 3792.

lichkeit von Bankorganen bei Kredit- und Sanierungsentscheidungen – zugleich ein Beitrag zur Business Judgment Rule (§ 84 Abs 1 a AktG und § 25 Abs 1 a GmbHG), ÖBA 2016, 252; *Karollus/Huemer*, Offene Fragen zum Verbot der Organbestellung gegen das Organisationsgefälle, GeS 2006, 153; *Kittel*, Die Haftung des Aufsichtsrates in der Aktiengesellschaft² (2004); *Krejci*, Zur Pflicht des AG-Aufsichtsrates, den Jahresabschluss zu prüfen, NZ 2001, 266; *Lutter*, Die Business Judgment Rule in Deutschland und Österreich, GesRZ 2007, 79; *Nowotny*, Stimmrechtsausschluß und Entlastungsbeschluß, RdW 1990, 2; *Resch*, Zur Ressortverteilung im Vorstand der AG, GesRZ 2000, 2; *Rüffler*, Organaußenhaftung für Anlegerschäden, JBl 2011, 69; *ders*, Zwei Ungereimtheiten des GesRÄG 2005, wbl 2006, 14; *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge⁴ (2014); *Schenz/Eberhartinger*, Corporate Governance in Österreich (2012); *Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016); *Schima/Toscani*, Die Vertretung der AG bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand (§ 97 Abs 1 AktG), JBl 2012, 482 und JBl 2012, 570; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft (2002); *Slezak*, Koppelungsklauseln in Vorstandsverträgen (2014); *Tichy*, Syndikatsverträge bei Kapitalgesellschaften (2000); *Jud*, Syndikatsverträge – Regelungsgegenstände, Regelungsprobleme, Regelungsgrenzen, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Die Verbandsverfassung zwischen Satzung, Syndikatsvertrag und zwingendem Gesellschaftsrecht (2013) 43; *Told*, Zum Entlastungsbeweis bei der Managerhaftung, wbl 2012, 181; *U. Torggler*, Unbeschränkte Haftung des Abschlussprüfers, wbl 2001, 545; *ders*, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften, wbl 2009, 168; *ders*, Abdingbarkeit, Umwälzbarkeit, Versicherbarkeit, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Die Organhaftung (2013) 35; *Zehentmayer*, Missbrauch der organschaftlichen Vertretungsmacht (2016).

A. Allgemeines

Die Organisationsverfassung der AG ist gekennzeichnet durch ihre weitgehend zwingende und im Vergleich zu anderen Gesellschaftsformen eher aufwändige Ausgestaltung. Der Grund dafür liegt in der vom Gesetzgeber vorgesehenen Ausrichtung auf große, publikumsorientierte, uU börsennotierte Gesellschaften, die weitgehend gleichförmige Satzungen und eine strikte Kompetenzverteilung erforderlich machen. **598**

- Die Organe der AG sind **gesetzlich zwingend** vorgesehen und geregelt; nur ausnahmsweise gibt es auch fakultative Organe (zB einen Beirat), die durch die Satzung eingerichtet werden. Zusätzliche Kompetenzen können einem Organ nur übertragen werden, wenn sie nicht einem anderen Organ gesetzlich zustehen.
- **Obligatorische Organe** sind der Vorstand als Leitungs- und Vertretungsorgan, der Aufsichtsrat als Überwachungsorgan, die Hauptversammlung als Willensbildungsorgan der Aktionäre und der Abschlussprüfer⁸³) als externe Prüfungsinstanz, der allerdings nicht permanent, sondern nur bei der Abschlussprüfung tätig ist. Diese Organe müssen kraft gesetzlicher Anordnung vorhanden sein. Bei Fehlen ist zumeist eine gerichtliche Bestellung vorgesehen (vgl etwa § 76 AktG).

⁸³) Bzgl des Abschlussprüfers strittig, vgl oben FN 5.

- Im Gegensatz zur Europäischen (Aktien-)Gesellschaft, die auch ein monistisches System wählen kann,⁸⁴⁾ besteht bei der (nationalen) AG nur die Möglichkeit des sog dualistischen Systems, bei dem Vorstand und Aufsichtsrat zwei getrennte Organe sind.
- Es herrscht **Dritt- oder Fremdorganschaft**, dh die Mitglieder der Verwaltungs- und Aufsichtsorgane müssen – anders als im Personengesellschaftsrecht – nicht Gesellschafter sein. Sie erwerben ihre Organfunktion durch formellen Bestellungsakt.
- Die strikte **organisatorische Trennung der Organe** und ihre **relative Selbständigkeit** schließen eine Über- und Unterordnung aus. Der Vorstand der AG ist nicht an Weisungen der Kapitalgeber gebunden, die Hauptversammlung kann grundsätzlich nicht in Geschäftsführungsfragen eingreifen.
- Aufgrund der Bestellkompetenzen und der (wenigen) Mitgeschäftsführungskompetenzen bestehen aber wechselseitige Abhängigkeiten
 - bei der Organbestellung: Die Hauptversammlung wählt den Aufsichtsrat, der wiederum den Vorstand bestellt; der Aufsichtsrat kann den Vorstand aus wichtigem Grund vorzeitig abberufen, die Aufsichtsratsmitglieder können jederzeit ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes mit einer Mehrheit von drei Vierteln von der Hauptversammlung abberufen werden.
 - bei der Geschäftsführung: Grundsätzlich ist zwar der Vorstand weisungsfrei; bestimmte Geschäfte sind aber dem Aufsichtsrat zur Genehmigung vorzulegen (vgl § 95 Abs 5 AktG). Der Vorstand kann auch die Hauptversammlung um eine Entscheidung anrufen, an die er dann gebunden ist (§ 103 Abs 2 AktG).
 - beim Jahresabschluss: Die Aufstellung des Jahresabschlusses obliegt dem Vorstand. Die Feststellung erfolgt durch den Aufsichtsrat bzw in Ausnahmefällen durch die Hauptversammlung.
- Zudem sieht das Gesetz zur Sicherung dieses Verfassungsmodells und zur Vermeidung von Interessenkonflikten **Unvereinbarkeitsregeln** vor: So können etwa Vorstandsmitglieder nicht gleichzeitig Aufsichtsratsmitglieder sein (§ 90 Abs 1 Satz 1 AktG), wohl aber Aktionäre.

599 Einen Ordnungsrahmen für die Leitung und Kontrolle von insb börsennotierten Aktiengesellschaften enthält der **Österreichische Corporate Governance Kodex** (ÖCGK), der vom Arbeitskreis für Corporate Governance erstellt und laufend überarbeitet wird.⁸⁵⁾ Dieses Regelwerk wiederholt zum Teil gesetzliche Bestimmungen (im Kodex als „L“ [Legal Requirement] gekennzeichnet) und stellt zum Teil zusätzliche Regelungen mit mehr oder weniger

⁸⁴⁾ Dazu unten SE Rz 829 ff.

⁸⁵⁾ Siehe dazu <http://www.corporate-governance.at> (zuletzt abgefragt am 7. 7. 2017). Siehe dazu auch die Beiträge zum 10-jährigen Bestehen des Österreichischen Corporate Governance Kodex in *Schenz/Eberhartinger*, Corporate Governance in Österreich (2012); monographisch auch *Haberer*, Corporate Governance (2003).