

II. E-Commerce und Datenschutzrecht

A. Recht im E-Commerce

Rechtsgrundlagen: Diverse EU-Richtlinien, insbesondere E-Commerce-Richtlinie; Alternative-Streitbeilegungsgesetzes (AStG), BGBl. I 105/2015, § 19; E-Commerce-Gesetz (ECG) BGBl. I 152/ 2001, zuletzt geändert durch BGBl. I 34/2015; Fern- und Auswärtsgeschäftegesetz (FAGG), BGBl. I 33/2014 idF BGBl. I 83/2015; Telekommunikationsgesetz (TKG) BGBl. I 70/2003, zuletzt geändert durch BGBl. I 6/2016; Signatur- und Vertrauensdienstegesetz, BGBl. I 50/2016; Konsumentenschutzgesetz (KSchG), BGBl. I 140/1997, zuletzt geändert durch BGBl. I 35/2016; Unternehmensgesetzbuch (UGB), BGBl. 114/1997, zuletzt geändert durch BGBl. I 43/2016; Verbraucherrechte-Richtlinie-Umsetzungsgesetz (VRUG), BGBl. I 33/2014.

Allgemeines

Das Internet ist im heutigen geschäftlichen Verkehr nicht mehr wegzudenken. Täglich wird eine Vielzahl von Rechtsgeschäften über dieses Medium abgeschlossen. Die meisten Unternehmer haben eine eigene Website. An sich gelten dieselben „Spielregeln“ wie im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch und im Unternehmensgesetzbuch. Besondere Vorschriften finden sich allerdings im E-Commerce-Gesetz (ECG).

1. Vertragsabschlüsse im Internet

Wesentliche Rechtsgrundlagen: Fern- und Auswärtsgeschäftegesetz (FAGG), Konsumentenschutzgesetz (KSchG), ABGB, UGB.

Bestehen besondere Formvorschriften für Verträge, die mittels E-Mail-Korrespondenz zustande gekommen sind?

Ein Vertrag, der auf diese Weise geschlossen wurde, ist grundsätzlich genauso gültig. Wenn das Gesetz allerdings besondere Formvorschriften vorsieht, sind diese einzuhalten.

Beispiel: Für eine Bürgschaft oder Garantie ist „Schriftlichkeit“ Voraussetzung. Dies bedeutet, dass eine eigenhändige Unterschrift oder eine elektronische Signatur notwendig ist. Nicht ausreichend ist für diese rechtsgeschäftlichen Erklärungen wäre daher eine bloße Erklärung per E-Mail ohne elektronische Signatur.

Nach der Judikatur¹ ist eine per Fax unterschriebene Erklärung für eine Bürgschaft rechtswirksam.

Gegenüber einem Konsumenten bestehen bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz allerdings besondere Informationspflichten, die in der Folge noch dargestellt werden.

¹ OGH 31.7.2014, 9 Ob 41/12p

Ist eine per Mail – ohne digitale Signatur – abgegebene Erklärung „schriftlich“ im Sinne des Gesetzes oder einer diesbezüglichen Vertragsklausel (Schriftformgebot)?

Oft wird vereinbart, dass für Verträge bzw deren Änderungen die Schriftform notwendig ist. Eindeutig ist im Gesetz geregelt, dass für die Schriftform eine Unterschrift erforderlich ist (§ 886 ABGB). Eine bloße E-Mail (ohne digitale Signatur) wird daher – mangels anderer Vereinbarung – **nicht (!)** als schriftlich gelten¹. Aus Gründen der Rechts und auch wegen der größeren Fälschungssicherheit empfiehlt es sich daher, bei rechtlich bedeutsamen Erklärungen die eigenhändige (händische) Originalunterschrift oder eine digitale Signatur einzufordern.

Genügt eine per Fax abgegebene Erklärung dem vereinbarten Schriftformgebot?

Bei per Fax-Unterschrift abgesandten Erklärungen könnte eine eingescannte Unterschrift dem Schriftformgebot in analoger Anwendung zu der oben zitierten Judikatur zur Bürgschaft nach einer Meinung in der Literatur genügen². Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte jedoch im Zweifel die Originalunterschrift zumindest bei bedeutsameren Geschäften gefordert werden.

Ist eine im elektronischen Weg – ohne digitale Signatur – abgegebene Erklärung genauso beweiskräftig wie eine eigenhändig unterfertigte Erklärung?

Auch wenn für die meisten im täglichen Geschäft abgegebenen Erklärungen wie zB Kaufverträge über bewegliche Sachen keine Formvorschriften erforderlich sind, kann es im Einzelfall zu folgendem Beweisproblem kommen: Stammt die Erklärung tatsächlich von dem Absender?

- ▶ **Praxistipp:** Wenn es um wichtigere und/oder umfangreichere Geschäfte geht, wird es sich empfehlen, eine eigenhändige Unterschrift zusätzlich zur elektronischen Erklärung einzufordern. Außerdem sollte die Zeichnungsbefugnis der entsprechenden Person etwa durch Abfrage im Firmenbuch oder – etwa bei einem (nicht im Firmenbuch eingetragenen) Handlungsbevollmächtigten – durch entsprechende Erklärung des vertretungsbefugten Organs der Gesellschaft abgeklärt werden.

Nach einer höchstgerichtlichen Entscheidung³ ist ein E-Mail-Sendeprotokoll **kein** Anscheinsbeweis des Zuganges!

Hat eine per Fax abgegebene Signatur dieselbe Beweiskraft wie eine eigenhändige Originalunterschrift?

Da zumindest theoretisch argumentiert werden könnte, dass mit der Unterschrift insofern manipuliert wurde, als diese ohne Wissen der entsprechenden Person eingescannt wurde, hat eine Originalunterschrift eine höhere Beweiskraft. Die höchste Sicherheit wird erreicht werden, wenn die Unterschrift von amtlicher Stel-

1 Oppel Albert, ZVB 2014/147 erläutert noch die Möglichkeit, dass eine E-Mail-Erklärung dem vereinbarten Schriftformgebot allenfalls im Einzelfall dem Willen der Parteien zu entnehmen sein könnte.

2 Oppel Albert, ZVB 2014/147

3 OGH 29.11.2007, 2 Ob 108/07g, ecolex 2008,227

le (Gericht, Notar oder im Ausland durch die dort ansässige Botschaft) beglaubigt und die Zeichnungsbefugnis für das andere Unternehmen abgeklärt wurde.

Was ist eine digitale Signatur?

Die qualifizierte digitale Signatur hat dieselbe Beweiskraft wie eine eigenhändige Unterschrift. Sie lautet immer auf eine bestimmte natürliche Person; daher gibt es etwa keine digitale Signatur für eine Gesellschaft, sondern nur für das dafür vertretungsbefugte Organ (zB Geschäftsführer). Die digitale Signatur wird von einer Zertifizierungsstelle ausgestellt. Durch ein entsprechendes mathematisches Verschlüsselungssystem ist die entsprechende Sicherheit gewährt. Rechtsgrundlage ist das Signatur- und Vertrauensdienstegesetz. Nähere Informationen dazu – insbesondere auch eine Liste der Zertifizierungsdienste – finden Sie auf der Website der Telekom-Control-Kommission www.signatur.rtr.at, welche als Aufsichtsbehörde fungiert.

Da bis spätestens Oktober 2018 die öffentlichen Stellen auf Grund einer EU-Richtlinie verpflichtend elektronisch ausschreiben müssen, wird die Bedeutung der digitalen Signatur für die Zukunft auf jeden Fall zunehmen. Siehe dazu auch im Kapitel „Vergaberecht“, Seite 407.

Müssen bei Ablauf der Gültigkeit des Zertifikats alte Signaturen nachsigniert werden?

Signaturen werden in Österreich auf maximal 5 Jahre zertifiziert. Dann muss eine Re-Zertifizierung erfolgen. Jedoch findet sich im Signatur- und Vertrauensdienstegesetz keine Bestimmung, dass alte, vor der Re-Zertifizierung abgegebene Signaturen nachsigniert werden müssen. Rechtlich gibt es also dafür keine Verpflichtung. Aus Gründen der technischen Sicherheit mag es empfehlenswert sein, freiwillig ein Nachsignieren durchzuführen.

Wann gilt eine elektronische Erklärung elektronische Erklärung beim Empfänger als zugegangen?

Dies ist nach § 12 ECG dann der Fall, wenn sie der Empfänger unter gewöhnlichen Umständen abrufen kann.

B. Datenschutzrecht – mit Rechtslage ab 25.5.2018

Wichtigste Rechtsgrundlagen: Diverse EU-Vorschriften, insbesondere EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) vom 4.5.2016, 2016/679; Europäische Menschenrechtskonvention;

Datenschutzgesetz (DSG) 2000, BGBl. I 165/199 idF BGBl. I 132/2015; Änderungen ab 25.5.2018 durch das Datenschutzanpassungsgesetz 2018 BGBl. I 120/2017; Standard- und Muster-Verordnung BGBl. II 312/2004 idF 278/2015 (gültig bis 24.5.2018).

Nähere Informationen zum Datenschutzrecht finden Sie – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – auf der Website der Datenschutzbehörde www.dsb.gv.at, auf www.wko.at unten unter „Themen“, „Wirtschaftsrecht und Gewerberecht“, dann „Datenschutz“ und auf der Website der Datenschutzbehörde www.dsb.gv.at oder bei ARGE Daten www.argedaten.at.

1. Allgemeines, Begriffe und Überblick über die neue Rechtslage ab 25.5.2018

Die neuen Rechtsgrundlagen

Die EU-„Datenschutzgrundverordnung“ („DSGVO“) und eine dazu flankierend noch im Juni 2017 beschlossene große Novelle – faktisch eigentlich eine Neufassung – des DSG 2000 („Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018“, BGBl. I 120/2017) werden ab 25.5.2018 in Kraft treten. Es kommt zu wesentlichen Änderungen. Vor allem sind für den privaten Bereich exorbitant hohe Strafen vorgesehen. Meldungen beim bisherigen „Datenverarbeitungsregister“ sind zwar nicht mehr vorgesehen. Allerdings sind sowohl Unternehmen als auch öffentliche Rechtsträger dazu angehalten, ein internes „Verarbeitungsverzeichnis“ zu erstellen und eine sogenannte „Gefährdungsfolgenabschätzung“ (Risikoanalyse) durchzuführen. Ausnahmen bzw. Erleichterungen sind für Unternehmen bis 250 Mitarbeiter vorgesehen.

Grundrecht auf Datenschutz

Der Schutz personenbezogener Daten genießt als **Grundrecht** erhöhte verfassungsrechtliche Bestandsgarantie (siehe § 1 DSG). Eine Besonderheit besteht darin, dass dieser Anspruch nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch zwischen Privaten zum Tragen kommt (Grundrecht mit „Drittwirkung“). Dieses Grundrecht auf Geheimhaltung gilt für alle – also nicht nur elektronisch gespeicherte – Daten. Ein „Gesetzesvorbehalt“ erlaubt dem Normerzeuger, gesetzliche Einschränkungen aus besonderen im Gesetz aufgezählten Gründen (zB öffentliche Sicherheit) vorzunehmen. Dabei ist eine Interessensabwägung vorzunehmen. Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz dürfen jedoch nur mit den gelindesten Mitteln erfolgen.

Die EU-Regelungen sehen ein Recht auf Datenschutz nur für natürliche Personen vor. Nach dem österreichischen DSG 2000 steht das Grundrecht auf Datenschutz nicht nur natürlichen, sondern auch juristischen Personen zu. Auch durch das Datenschutzanpassungsgesetz 2018 (DSAG 2018) erfolgte noch keine Änderung dieser etwas „überschießenden“ Regelung.

Kaum ein anderer juristischer Bereich steht in einem derartig starken Spannungsfeld zwischen – vor allem dem Wunsch nach Sicherheit auf der einen – und dem

Recht auf Privatsphäre auf der anderen Seite. Seit 9/11 wurden unter der Vorgabe der Sicherheitsaspekte nicht unbeträchtliche Abstriche vom Recht auf Geheimhaltung zugelassen.

Noch aktueller ist eine unter dem Motiv der erhöhten Sicherheit heftig geführte Debatte innerhalb der „alten“ rot-schwarzen Koalition (Neuwahlen Oktober 2017) um ein „Sicherheitspaket“. Der beabsichtigte Inhalt nur in ganz groben Zügen: der Staat solle erweiterte Zugriffsmöglichkeiten auf die Internetkommunikation und zusätzliche Möglichkeiten bei der Videoüberwachung etc. erhalten. Die vom EuGH¹ nach einer Vorlage durch den VfGH aufgehobene „Vorratsdatenspeicherung“ (= Speicherpflicht von Verbindungsdaten durch Provider) soll in abgeschwächter und verfassungskonformer Form wieder eingeführt werden. Bei all diesen geplanten Neuerungen ist das typische starke Spannungsfeld zwischen dem Grundrecht auf Datenschutz und anderen öffentlichen Interessen, wie etwa hier dem Sicherheitsaspekt, erkennbar.

Mit der Novelle des DSG 2000 durch das Datenschutzanpassungsgesetz (DSAG) 2018 wurde auch ein eigener ab 25.5.2018 geltender Bereich für Datenverarbeitungen im Bereich der Sicherheitspolizei eingeführt (§§ 36 ff DSAG 2018).

► **Hinweis:** 1. Die nachfolgenden Darstellungen beziehen sich primär – wenn nichts anderes angegeben – auf die bereits feststehenden **Neuerungen ab 25.5.2018** durch die Datenschutzgrundverordnung („DSGVO“) und das nationale Datenschutzanpassungsgesetz 2018 („DSAG 2018“).

2. Die formell richtige Bezeichnung für das österreichische Datenschutzgesetz bleibt auch nach dem In-Kraft-Treten der Änderungen durch das „Datenschutzanpassungsgesetz 2018“ „**DSG 2000**“.

Einige wichtige Begriffe (Art. 4 DSGVO, DSG 2000)

„**Anonyme Informationen**“ liegen dann vor, wenn die Betroffenen nicht bestimmt werden können. (zB Statistiken). Das Datenschutzrecht kommt nicht zur Anwendung.

Der „**Auftragsverarbeiter**“ nach der DSGVO entspricht dem „**Dienstleister**“ nach noch geltendem DSG 2000. Dieser ist eine natürliche oder juristische Person, welche Daten im Auftrag des Verantwortlichen (siehe unten) bearbeitet. Mit diesem muss eine schriftliche Vereinbarung getroffen werden.

Beispiele für Auftragsverarbeiter: *ausgelagerte Personalverrechnung, Wirtschaftstreuhänder, Rechenzentren, Cloud-Anbieter etc.*

„**Betroffener**“ ist jede vom Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter verschiedene Person, deren Daten verarbeitet werden.

„**Dateisystem**“ ist eine – automatisierte oder manuell geführte – strukturierte Sammlung von Daten nach bestimmten Kriterien.

„**DVRNr.**“ = Datenverarbeitungsregisternummer. Bestimmte Datenverarbeitungen waren bzw sind noch (bis 24.5.2018) beim Datenverarbeitungsregister der Datenschutzbehörde www.dsb.gv.at zu melden. Der Verantwortliche (bisher: „**Auftraggeber**“) erhielt diese Nummer, welche bei Schreiben an die Betroffenen anzuführen war. Auf Grund dieser Zuordnung konnte jeder in das öffentlich zugängliche Register Einsicht nehmen, um festzustellen, welche Daten der Verantwortliche verar-

¹ EuGH 8.4.2014, verbundene Rechtssache C-594/12, C-293/12

beitet. Mit dem Inkrafttreten der neuen datenschutzrechtlichen Regelungen wird diese Bestimmung hinfällig werden.

„**Einwilligung**“ ist die freiwillig und unmissverständlich abgegebene Willenserklärung über das Einverständnis der Verarbeitung der personenbezogenen Daten. Diese Zustimmung muss mittels Erklärung oder sonstiger eindeutig bestätigender Handlung erfolgen. Die Einwilligung kann schriftlich, mündlich oder elektronisch erfolgen – etwa durch Anklicken eines Kästchens auf einer Internetseite.

Stillschweigen, Untätigkeit oder vorangekreuzte Kästchen stellen keine Einwilligung dar.

Nur für „*sensible Daten*“ (siehe unten) ist eine ausdrückliche Einwilligung zur Verarbeitung notwendig. Eine detailliertere Darstellung zur „Einwilligung „ erfolgt im Punkt 2.1.3, Seite 105.

„**Genetische Daten**“ – sind solche personenbezogene Daten über genetische Eigenschaften, welche Rückschlüsse über die Physiologie oder Gesundheit liefern.

„**Personenbezogene Daten**“: Nach der DSGVO sind das alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare Person beziehen. Typische Beispiele: *Name, Geburtsdatum, Kontodaten etc.*

„**Privacy by design**“ (= „*Datenschutz durch Technik*“) bedeutet, dass schon bei der Entwicklung neuer Techniken eine datenschutzfreundliche Lösung entwickelt werden soll (siehe auch Punkt oben als Beispiel).

Durch „**Privacy by default**“ sollen „*datenschutzfreundliche Voreinstellungen*“ bei Produkten und Dienstleistungen vorgenommen werden. Beispiel: *Voreinstellung, dass bei Bestellvorgängen im Internet keine Cookies¹ gespeichert werden oder vor dem nächsten Schritt eine Zustimmung dazu abgegeben werden muss.*

„**Profiling**“ ist eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, um eine Bewertung persönlicher Aspekte vorzunehmen. Dies insbesondere hinsichtlich wirtschaftlicher Lage, Arbeitsleistung, Gesundheit, persönlicher Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel etc.

„**Pseudonymisierung**“ ist die Verarbeitung personenbezogener Daten in der Weise, dass die Zuordnung zur betreffenden Person nur unter Hinzuziehung zusätzlicher Informationen möglich ist. Diese Zusatzinformationen (= also zB der Code) müssen gesondert aufbewahrt und es muss technisch und organisatorisch dafür Vorsorge getroffen werden, dass die Daten nicht einer bestimmten Person zugewiesen werden. Es handelt sich um eine Art der datenschutzfreundlichen Technikgestaltung („*privacy by design*“). Beispiel: *Verschlüsselung dahingehend, dass alle Personalverrechnungsmitarbeiter nicht erkennen können, um welche Person es sich handelt.*

„**Sensible Daten**“ (= „*besondere Kategorien von Daten*“) sind personenbezogene Daten über rassische und ethnische Herkunft, politische Meinung, religiöse oder weltanschauliche Überzeugung, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheitsdaten, Daten über Sexualverhalten und sexuelle Orientierung, und Verarbeitung von genetischen und biometrischen Daten zur Identifizierung einer Person.

„**Strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten**“: Personenbezogene Daten darüber sind ähnlich schutzwürdig wie sensible Daten.

1 Cookies sind gespeicherte Informationen über das Nutzerverhalten (Besuch der Website) des Users

Die „**Verarbeitung von personenbezogenen Daten**“ kann automatisiert aber auch „händisch“ (zB Akten) erfolgen. Davon erfasst ist das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, Anpassung oder Veränderung, Auslesen, Abfragen, Verwenden, Offenlegen durch Übermittlung, Verbreiten oder eine andere Bereitstellung, Abgleich, Verknüpfung, Einschränkung, Löschen oder Vernichtung. Es ist also ersichtlich, dass der Begriff des „*Verarbeitens*“ ein sehr weiter ist.

Der „**Verantwortliche**“ nach der DSGVO entscheidet alleine oder gemeinsam mit anderen über Zwecke und Mittel der Auftragsverarbeitung. Dies kann eine natürliche oder juristische Person, aber auch eine Behörde sein. Der Begriff „*Verantwortlicher*“ entspricht dem des „*Auftraggebers*“ nach den derzeit noch gültigen diesbezüglichen Bestimmungen im DSG 2000.

2. Häufig gestellte Fragen zum – neuen und alten – Datenschutzrecht

2.1 Rechtmäßige Verarbeitung, Verzeichnisse, Risikoanalyse, gültige Einwilligung

2.1.1 Voraussetzungen für eine rechtmäßige Datenverarbeitung

Die Voraussetzungen dafür (Art. 5 bis 10 DSGVO) entsprechen in etwa der geltenden Rechtslage (bis 24.5.2018), sind aber durch einige Begriffe ergänzt:

- Die Verarbeitung muss **rechtmäßig**, nach „*Treu und Glauben*“ – dieser Begriff entstammt dem anglikanischen Recht – und transparent sein. Letzteres bedeutet, dass der Betroffene leicht Zugriff zu den über ihn verarbeiteten Daten, der Identität des Verantwortlichen und zum Zweck der Verarbeitung haben muss.
- **Zweckbindung** bedeutet, dass die erhobenen Daten für eindeutig festgelegte und legitime Zwecke erhoben werden müssen. Eine Verwendung für einen anderen nicht legitimen Zweck ist ohne Einwilligung der Betroffenen nicht erlaubt.

Diese Beschränkung der Datenverarbeitung auf das für die notwendigen Zwecke erforderliche Ausmaß („*Datenminimierung*“) kann bzw soll auch durch technische Voreinstellung („*privacy by design*“) sichergestellt werden.

- Daten müssen weiters **richtig** sein und Maßnahmen für eine **Löschung und Berichtigung** getroffen werden.
- Der Grundsatz der „**Integrität und Vertraulichkeit**“ beinhaltet insbesondere das Erfordernis, dass ausreichend Sicherheitsmaßnahmen getroffen werden müssen.

Wichtig ist auch, dass personenbezogene Daten identifizierbar nur solange gespeichert werden dürfen, als dies unbedingt erforderlich ist. Der Verantwortliche muss dafür regelmäßige Prüfungen bzw Fristen für erforderliche Löschungen vorsehen.

Der Verantwortliche ist für die Einhaltung dieser Grundsätze verantwortlich und muss dies auch nachweisen („*Rechenschaftspflicht*“).

8. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

8.1 Allgemeines

Das GmbH-Gesetz aus dem Jahr 1906 wurde gerade in den letzten Jahren sehr oft novelliert (zuletzt durch das „Deregulierungsgesetz 2017“, BGBl. I 40/2017).

Die Änderungen der jüngeren Vergangenheit brachten erhebliche Liberalisierungen und Kostenreduktionen mit sich. Grund für diese Reformen war unter anderem auch der Umstand, dass Österreich im Vergleich zu anderen EU-Ländern das höchste Mindeststammkapital aufwies.

Das Mindeststammkapital in der Höhe von € 35.000 bleibt zwar unverändert bestehen. Allerdings müssen bei Inanspruchnahme der „Gründungsprivilegierung“ nur mehr € 10.000 in bar, davon nur € 5.000 sofort, aufgebracht werden. Die Differenz auf die € 35.000 muss erst nach 10 Jahren aufgebracht werden. Erst nach Ablauf dieses Zeitraums kommt es im Fall einer Nicht-Aufbringung der Differenz zur Haftung der Gesellschafter für die dann noch fehlenden € 25.000.

Wenn es sich um eine Ein-Personen-GmbH handelt, welche unter das Neugründungsförderungsgesetz fällt, besteht ein besonders günstiger Notariatstarif. Die Notariatstarife für bestimmte Gründungsvarianten wurden mit 1.7.2017 reduziert. Siehe dazu auch unter Punkt 8.6. Seite 253.

Ab 1.1.2018 besteht – zunächst befristet für drei Jahre – die Möglichkeit einer „**vereinfachten Gründung**“ für **Ein-Personen-GmbH's**¹: Die Anmeldung erfolgt elektronisch und es muss auch kein Notar beauftragt werden.

Die Pflicht-Veröffentlichung des Gründungsvorgangs in der Wiener Zeitung ist entfallen, nicht jedoch die in diesem Publikationsorgan vorgesehenen sonstigen laufenden Veröffentlichungspflichten.

Bei der Wahl der optimalen Rechtsform ist jedoch zu beachten, dass sich steuerrechtlich die GmbH im Vergleich zu Personengesellschaften und Einzelunternehmen erst ab relativ hohen Gewinnsituationen rentiert. Dies deshalb, weil zunächst der Gewinn mit 25% Körperschaftssteuer, und dann der ausgeschüttete Gewinn mit nochmals 27,5 % belastet wird. Auch besteht im Gegensatz zu den Personengesellschaften und Einzelunternehmen kein Gewinnfreibetrag von 13%. Es sollten daher vorher auch die steuerrechtlichen Aspekte mit einem Experten besprochen werden.

Die Liquidation ist mit relativ hohen Kosten (Notar, Steuerberater wegen zu erstellender Schlussbilanz) verbunden.

Auch ist jährlich der Jahresabschluss beim Firmenbuchgericht offenzulegen, widrigenfalls hohe Strafen drohen (siehe im Kapitel „Rechnungslegung“, Seite 156 ff.

Dennoch ist die GmbH eine sehr häufig gewählte Rechtsform. Der Grund dafür wird wohl hauptsächlich in der beschränkten Haftung liegen.

Ein Blick ins benachbarte Deutschland zeigt, dass dort bereits im Jahr 2008 ein Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) beschlossen wurde. Es kann dabei eine „*Ein-Euro-GmbH*“, deren Bezeichnung „*Unternehmergesellschaft*“ (UG) ist, gegründet werden. Verpflichtend muss allerdings ein Teil des Gewinns für Bildung von Rücklagen zur

¹ der einzige Gesellschafter und der Geschäftsführer müssen ident sein

Aufstockung des Stammkapitals verwendet werden, bis dies € 25.000 erreicht hat. Außerdem muss die Firma den Zusatz „haftungsbeschränkt“ beinhalten. Als Alternative kann eine GmbH mit einem zum Anfang eingebrachten Stammkapital von € 25.000 gegründet werden. Außerdem gibt es Erleichterungen bei der Gründung, insbesondere durch Verwendung von Musterprotokollen und Beschleunigung bei der Firmenbucheintragung.

8.2 Was ist die GmbH?

Die GmbH ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, deren Gesellschafter mit Stammeinlagen auf das in Geschäftsanteile zerlegte Stammkapital beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften.

Der Ausdruck „mit beschränkter Haftung“ ist insofern nicht ganz zutreffend, als die Gesellschaft selbst mit dem Gesellschaftsvermögen unbeschränkt (und nicht beschränkt!) für die Geschäftsverbindlichkeiten einzustehen hat. Die Gesellschafter hingegen haften nur mit ihren Stammeinlagen.

Das Vermögen der GmbH steht im Alleineigentum der Gesellschaft, nicht im Miteigentum der Gesellschafter. Als juristische Person ist die GmbH im Zivilprozess parteifähig, dh sie kann klagen und geklagt werden. Ein Exekutionstitel gegen die Gesellschaft berechtigt nicht zur Vollstreckung gegen einen Gesellschafter (§ 61 GmbHG).

8.3 Welche wirtschaftliche Bedeutung hat die GmbH?

Allgemeines und Vor- und Nachteile einer GmbH

Die GmbH ist vor allem für kleinere und mittelgroße Unternehmen geeignet, auch wenn Großunternehmen gelegentlich in dieser Rechtsform konstruiert sind. Die GmbH ist – abgesehen von den Einzelunternehmern – die am häufigsten gewählte Rechtsform in Österreich. Im Jahr 2016 etwa waren 96.503 GmbH's¹ als aktive (ohne ruhende) Mitglieder bei den Wirtschaftskammern registriert.

Die GmbH bietet sich auch für Zusammenschlüsse mit wenigen Gesellschaftern an, die in der Gesellschaft mitarbeiten wollen, bei denen jedoch die persönliche Haftung ausgeschaltet werden soll. GmbH's müssen zwar Ihren Jahresabschluss beim Firmenbuch offenlegen, es gibt für kleinere GmbH's diesbezüglich aber Erleichterungen. Näheres siehe im Kapitel IV „Rechnungslegung“, Seite 151 ff.

Ein weiterer Vorteil der Gesellschaft besteht darin, dass die Arbeitsfähigkeit der Gesellschaft durch Streitigkeiten unter den Gesellschaftern nicht beeinträchtigt wird, da durch Abstimmung in der Generalversammlung Mehrheitsbeschlüsse zustande kommen, denen sich die Minderheit zu fügen hat. Überdies kann die Gesellschaftsversammlung (= Generalversammlung) jede Angelegenheit der Geschäftsführung an sich ziehen und mit Beschluss den Geschäftsführern Weisungen erteilen.

Für die GmbH spricht auch die Tatsache, dass ihr Bestand durch persönliche Ereignisse bei den Gesellschaftern, wie zB Tod oder Austritt von solchen, nicht berührt wird. Der Gesellschaftszweck einer GmbH unterliegt nur wenigen Beschränkungen. Unzulässig sind politische Tätigkeit und der Betrieb von Versiche-

1 Quelle: veröffentlichte Statistik der WKO (2017)

rungsgeschäften in der Rechtsform der GmbH, ebenso das Hypothekenbank- und das Beteiligungsfondsgeschäft. Zu ideellen Zwecken ist die Führung einer GmbH zulässig.

Nachteilig wirkt sich für die GmbH bei Aufnahme von Krediten die beschränkte Haftung der Gesellschafter aus („beschränkte Kreditwürdigkeit“). In der Praxis verlangen daher die Banken bei einer Kreditvergabe meist bzw so gut wie immer die persönliche Haftungsübernahme (Bürgschaft) von den Gesellschaftern und/ oder dem Geschäftsführer. Auch sollte – wie bereits erwähnt – beachtet werden, dass sich die GmbH steuerrechtlich im Vergleich zu Personengesellschaften und Einzelunternehmen erst ab relativ hohen Gewinnen rentiert. Als Sitz muss der Ort (kann auch im Ausland sein) bestimmt werden, an dem die Gesellschaft einen Betrieb hat, sich die Geschäftsleitung befindet oder an dem die Verwaltung durchgeführt wird. Von dieser Vorschrift darf nur aus wichtigem Grund abgewichen werden. Durch diese Bestimmung sollen Umgehungshandlungen zum Nachteil der Gläubiger vermieden werden (§ 5 Abs. 2 GmbH-Gesetz).

Eine GmbH mit Sitz im Ausland kann Zweigniederlassungen errichten, die im Firmenbuch einzutragen sind. Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften sind nicht rechtsfähig. Rechtsgeschäfte, die im Betrieb der Zweigniederlassung abgeschlossen werden, kommen mit der ausländischen Gesellschaft zustande. Zur „Zweigniederlassung“ siehe auch Seite 323 f.

8.4 Gegenüberstellung von Personengesellschaften (OG, KG) versus GmbH (Überblick)

Thema	OG, KG	GmbH
Haftung der Gesellschafter bzw Geschäftsführer. Zu beachten ist, dass die Gesellschaft immer mit ihrem Vermögen haftet	OG – alle Gesellschafter haften voll, KG Komplementäre voll, Kommanditist nur für nicht einbezahlte Einlage	Gesellschafter haften für nicht einbezahlte Einlage, Geschäftsführer: nur bei Verschulden Kosten Insolvenzantrag bis € 4.000: Es haften die Geschäftsführer und ein Mehrheitsgesellschafter
Firmenbucheintrag notwendig?	Eintrag im Firmenbuch zwingend, vorher GesbR Beglaubigung erforderlich Existenz erst mit Eintrag	Die selbe Regelung
Gesellschaftsvertrag	Keine Formvorschriften, keine Hinterlegung bei Gericht möglich	Notariatsakt (Ausnahme ab 1.1.2018: e-Gründung bei Ein-Personen-GmbH), Hinterlegung des Vertrags in der Urkundensammlung
Mindestkapital	Keines erforderlich, nur Hafteinlage (keine Mindestsumme) bei KG für Kommanditisten	€ 35.000, jedoch bei Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung zunächst (für 10 Jahre) bloß € 10.000 in bar, Geld kann für Investitionen der Gesellschaft verwendet werden

Thema	OG, KG	GmbH
Gründungskosten	Keine Notariats- oder Anwaltpflicht. Befreiung von bestimmten Gebühren nach dem Deregulierungsgesetz 2017	Kosten Notariatsakt, wenn erforderlich Ebenfalls Gebührenbefreiung in bestimmten Fällen
Bilanzierungspflicht/ Offenlegung	Einnahmen-Ausgaben-Rechnung bis zum Überschreiten der Buchführungsgrenzen ausreichend; auch bei Überschreiten muss Jahresabschluss nicht beim Firmenbuch offengelegt werden	Bilanzierungspflicht unabhängig von Größe und Umsatz. Jahresabschluss muss auch dem Firmenbuch gegenüber offengelegt werden (hohe Beugestrafen)
Steuer	Der Gewinnanteil der Gesellschafter wird zur Einkommenssteuer veranlagt (progressiver Satz abhängig vom Gesamteinkommen) Gewinnfreibetrag unter bestimmten Voraussetzungen bis 13% des Jahresgewinnes	25% KöSt auf einbehaltenen Gewinn und 27,5% auf Ausschüttungen an Gesellschafter (KESt). Im Vergleich zu OG, KG rentiert sich die Gesellschaft steuerrechtlich erst ab relativ hohen Gewinnen. Mindest-KöSt von € 1.750 p.a., geringere anwachsende Beträge bei Gründungen
Gesellschafterwechsel Eintrag im FB immer erforderlich	Beglaubigter Antrag aller Gesellschafter notwendig	Notariatsaktspflicht
Gesellschafterbeschlüsse	Einstimmigkeit, Vertrag kann Abweichendes regeln	Im Regelfall Mehrheitsbeschlüsse nach Kapitalanteilen
Auflösung	Beglaubigter Antrag aller Gesellschafter	Notariell bekundeter Beschluss; Schlussbilanz, Gläubigeraufruf – höhere Kosten als bei OG, KG

8.5 Welche Firmenbildungsvorschriften bestehen für die GmbH?

Zu den allgemeinen Firmenbildungsvorschriften sei auf die ausführliche Darstellung im Kapitel III „Firma“, Abschnitt 3, Seite 131, verwiesen. Es seien an dieser Stelle ergänzend nur nochmals kurz die Besonderheiten bei der GmbH dargestellt. Auch eine Fantasiefirma ist möglich.

Die Firma der Gesellschaft muss in allen Fällen die zusätzliche Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ enthalten, die Bezeichnung kann auch abgekürzt werden (zB GesmbH, GmbH). Fantasiefirmen (ohne Sachbezeichnung) sind auch wie sonst bei anderen Rechtsformen zulässig.

Es können auch andere Namen als die eines Gesellschafters aufgenommen werden. Problematisch könnte im Einzelfall die Aufnahme des Namens einer Person

sein, wenn dies irreführend ist, zB rufausbeutende Aufnahme von Namen berühmter Persönlichkeiten.

Darf bei einer Namensfirma einer GmbH bei Ausscheiden des namensgebenden Gesellschafters die Firma auch ohne dessen Zustimmung weitergeführt werden?

Nach der Judikatur zur alten Rechtslage vor der Handelsrechtsreform war bei einer GmbH die Weiterführung der Namensfirma auch ohne ausdrückliche Einwilligung des ausscheidenden Gesellschafters möglich, es sei denn, es wäre vertraglich etwas anderes geregelt worden¹. In der Literatur wird nun die Meinung vertreten, dass sich auch nach der neuen Rechtslage an dieser Sichtweise nichts geändert hat².

Wie muss der Rechtsformzusatz in der Firma geführt werden?

Die Firma muss die Bezeichnung „*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*“ beinhalten, wobei Abkürzungen (zB GesmbH, GmbH) möglich sind (§ 5 GmbH-Gesetz). Der Rechtsformzusatz muss nicht unbedingt am Ende der Firma stehen, wenn die Firma nicht unklar oder täuschend wird³.

Welche Angaben hat das Geschäftspapier nach § 14 UGB zu enthalten?

Siehe dazu die Darstellungen bei den Personengesellschaften auf Seite 221.

8.6 Wie wird eine GmbH gegründet?

Die GmbH kann für jeden gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden. Es gibt also keine Konzessionspflicht (behördliche Bewilligung zur Errichtung einer GmbH).

In der Gewerbeordnung gibt es allerdings eine Sonderbestimmung dahingehend, dass **Rauchfangkehrer** ihr Gewerbe nur als Einzelunternehmer oder im Rahmen von Personengesellschaften mit ausschließlich natürlichen Personen als voll hafende Personen betreiben dürfen (§ 121 Abs. 1 GewO).

Auch können standesrechtliche Vorschriften von **Freiberuflern** (zB Anwälte, Notare, Wirtschaftstreuhänder) vorsehen, dass diese Rechtsform der Berufsgruppe verwehrt ist.

Abschluss eines Vorgründungsvertrags

Im Vorgründungsstadium kann fakultativ ein Vorgründungsvertrag abgeschlossen werden, der in Form eines Notariatsaktes abgeschlossen werden muss.

Abschluss des Gesellschaftsvertrags / Notariatskosten

Der Gesellschaftsvertrag wird im Regelfall (Ausnahme siehe gleich unten) in Form eines Notariatsaktes abgeschlossen. Wenn der Gesellschaftsvertrag von einem

1 OGH 25.3.1999, 6 Ob 17/99i

2 Haberer, Zustimmung des ausscheidenden GmbH-Gesellschafters zur Fortführung der Namensfirma, *ecolx* 2007, 940

3 Birnbauer in Dehn/Krejci, Das neue UGB, 2. Auflage, 39

Rechtsanwalt erstellt wird, genügt die „Mantelung“ durch einen Notar. Treuhandverhältnisse sind zulässig.

Gesellschafter können nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen sein (zB eine andere GmbH, AG, OG, KG; nicht jedoch eine GesbR, da diese nicht rechtsfähig ist). Auch ausländische Gesellschaften können beteiligt sein.

Auch eine Ein-Personen-GmbH-Gründung ist möglich. Der Gesellschaftsvertrag wird durch eine „Errichtungserklärung“ des einzigen Gesellschafters ersetzt (§ 3 Abs. 2 GmbHG).

Begünstigte Notartarife: Seit 1.7.2017 bestehen bei bestimmten Ein-Personen-Gründungen und solchen mit maximal 4 Gesellschaftern niedrigere Bemessungsgrundlagen für den Tarif (§ 5 Abs. 8 und 8a Notariatstarifgesetz idF des Deregulierungsgesetzes 2017, BGBl. I 40/2017).

„Vereinfachte elektronische Gründung“ ohne Notar ab 1.1.2018 möglich

Diese neue vereinfachte Gründungsform besteht nur für Ein-Personen-GmbH's, bei denen Gesellschafter und der einzige Geschäftsführer ident sind. Die Errichtungserklärung darf nur einen vordefinierten Mindestinhalt und einige weitere im Gesetz aufgezählten Klauseln beinhalten (siehe § 9a GmbHG).

Bei der Einzahlung der Stammeinlage auf das neu eröffnete Konto des zukünftigen Geschäftsführers muss die Bank dessen Identität prüfen. Die Eintragung im Firmenbuch hat elektronisch zu erfolgen. Ein Notar muss nicht beauftragt werden. Wenn der Gründer freiwillig einen Notar für die Begründung und Beglaubigung von Unterschriften heranzieht, sind als Bewertungsgrundlage bloß € 500 heranziehen (§ 5 Abs. 8a Notariatstarifgesetz). Näheres siehe im § 9a GmbH-Gesetz. Diese Änderungen gelten einstweilen nur bis 31.12.2020.

Unternehmensgegenstand und Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrags

Gegenstand des Unternehmens kann der Betrieb eines Unternehmens und jeder andere erlaubte Zweck sein; auch die Verfolgung ideeller Zwecke ist zulässig. Nicht erlaubt als Gegenstand sind ua politische Tätigkeiten und der Betrieb von Versicherungsgeschäften (§ 1 Abs. 2 GmbHG).

Der Gesellschaftsvertrag muss zumindest enthalten:

- Firma und Sitz,
- Gegenstand des Unternehmens.
- Höhe des Stammkapitals,
- Höhe der Stammeinlagen,
- allenfalls Bestimmungen über besondere Begünstigungen eines Gesellschafters, Gründungskosten, Sacheinlagen.

Alle anderen Bestimmungen wie zB die Verpflichtung zu Nebenleistungen, Nachschüssen oder besondere Gewinnverteilungsregeln bilden den fakultativen Inhalt.

- Ein Gutachten der Wirtschaftskammer über den Firmenwortlaut ist nur in Zweifelsfällen erforderlich.

- Bestellung des bzw der unternehmensrechtlichen Geschäftsführer.
Werden Gesellschafter zum Geschäftsführer bestellt („*Gesellschafter-Geschäftsführer*“), so kann dies bereits im Gesellschaftsvertrag geschehen, jedoch nur für die Dauer ihres Gesellschafterverhältnisses.
- Bestellung (Wahl) der Aufsichtsratsmitglieder, falls ein Aufsichtsrat errichtet werden soll.
- Devisenrechtliche Bewilligung (allenfalls notwendig bei Beteiligung von Ausländern: Am besten Auskunft vom Notar oder der Hausbank einholen).
- Anmeldung und Eintragung zum Firmenbuch.
Die Anmeldung zum Firmenbuch muss von sämtlichen Geschäftsführern unterzeichnet sein. Beizuschließen sind der Gesellschaftsvertrag in notarieller Ausfertigung, eine Gesellschafterliste (mit Angabe der Beträge der übernommenen Stammeinlagen und der darauf geleisteten Einzahlungen), ein Verzeichnis der Geschäftsführer und der Aufsichtsratsmitglieder. Zugleich haben die Geschäftsführer vor Gericht ihre Unterschrift zu zeichnen oder die Zeichnung in gerichtlich oder notariell beglaubigter Form vorzulegen.
- Vorlage der § 10-Erklärung
Die Geschäftsführer müssen die sogenannte „§ 10-Erklärung“ vorlegen, aus der hervorgeht, welche Beträge auf die Bareinlagen (Bankbestätigung) geleistet und welche Sacheinlagen eingebracht worden sind und weiters, dass diese Beträge und die Sacheinlagen zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen. Die Geschäftsführer haften der GmbH als Gesamtschuldner der GmbH für Schäden, die sie durch falsche Angaben (zB Über- oder Unterbewertung von Sacheinlagen) verursacht haben, nicht jedoch den Gläubigern.
Vergleiche oder Verzichtserklärungen hinsichtlich solcher Ansprüche sind unwirksam.
- Die Eintragung der GmbH erfolgt durch Eintragungsbeschluss des Firmenbuchgerichts. Mit Eintragung ist die Gesellschaft als juristische Person entstanden („*konstitutive Wirkung*“).
Nach Eintrag im Firmenbuch ist im Fall der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit die erforderliche Gewerbeberechtigung unter Nominierung eines „*gewerberechtlichen Geschäftsführers*“ zu lösen. Näheres siehe auch im Kapitel XIII „Gewerberecht“, Seite 393 ff.
- Mantelgründung
Unter Mantelgründung versteht man die Gründung einer GmbH, die den im Gesellschaftsvertrag festgelegten Unternehmensgegenstand nicht verwirklichen soll. Die Zulässigkeit solcher Konstruktionen ist umstritten.
- Die Gründungskosten (Abgaben, Gebühren und sonstige Vertragskosten) sind nach Art und Höhe nachzuweisen. Sie dürfen einen im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Höchstbetrag nicht übersteigen.