

# Teil 1

## Unternehmensrecht

### 1. Kapitel

### Gesellschaftsrecht

**Literatur:** *Felzl*, Der Director der englischen Limited (2008); *Felzl*, Beschlussmängel im Aktienrecht (2014); *Felzl*, UGB (2018); *Felzl*, GmbHG (2022); *Handig*, GesBR und Gewerberecht, eolex 2010, 709; *Felzl* in *Felzl/Prunbauer/Stimmler* (Hrsg), Anwaltliches Berufs- und Standesrecht (2020); *Haybäck*, Firmenbuch-Gesellschaften-H@y-Statistik 2022, PSR 2022, 57; *Kastner*, Die Entwicklung des Gesellschaftsrechts unter dem Gesichtspunkt der Europäischen Integration, Gutachten zum 2. Österreichischen Juristentag (1964) 29; *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017); *Kernbichler/Mitschka*, Mitarbeiterbeteiligung in Startups, eolex 2022, 107; *Koppensteiner*, Beschlussmängel im Gesellschaftsrecht (Teil 1), wbl 2022, 1; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005); *Pierer/Milchrahm*, Fehlbezeichnung und die GesBR-Falle, GRAU 2021, 94; *A. Potz*, Bitcoins oder Tulpenzwiebeln – Entlohnung in Form von Kryptowährungen? GRAU 2022, 111; *J. Reich-Rohrwig/Ph. Kinsky/S.-F. Kraus*, Austrian Limited (2021); *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> (2019); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> (2021); *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I (1980); *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II (2004); *Wimmer*, Der lebensgemeinschaftliche Hausbau und seine Probleme, EF-Z 2019, 270.

#### Übersicht

|  | Rz   |
|--|------|
| I. Einleitung  | 1.1  |
| A. Allgemeines   | 1.1  |
| B. Begriffsklärung   | 1.2  |
| C. Typisierung   | 1.7  |
| D. Innen- und Außenverhältnis  | 1.11 |
| 1. Allgemeines   | 1.11 |
| 2. Innenverhältnis   | 1.13 |
| 3. Außenverhältnis   | 1.17 |
| 4. Grundlagengeschäfte   | 1.20 |
| 5. Exkurs: Beschlussmängel   | 1.22 |
| E. Rechtsformwahl und Verbreitung in der Praxis                                    | 1.28 |
| II. Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR)                                       | 1.32 |
| A. Grundsätzliches   | 1.32 |
| B. Vermögensordnung  | 1.44 |
| C. Innenverhältnis   | 1.53 |
| 1. Allgemeines   | 1.53 |
| 2. Beteiligung und Einlagen  | 1.54 |
| 3. Treuepflicht, Wettbewerbsverbot, Gleichbehandlungsgrundsatz und actio pro socio | 1.58 |
| 4. Geschäftsführung  | 1.63 |
| 5. Gewinne und Verluste  | 1.68 |
| a) Zuweisung   | 1.68 |

|   |       |
|---|-------|
| b) Ausschüttung                             | 1.73  |
| c) Entnahmen aus dem Gesellschaftsvermögen  | 1.74  |
| D. Außenverhältnis                          | 1.75  |
| 1. Allgemeines                              | 1.75  |
| 2. Vertretung                               | 1.76  |
| 3. Haftung                                  | 1.81  |
| E. Strukturänderungen                       | 1.84  |
| 1. Gesellschafter                           | 1.84  |
| 2. Umwandlung                               | 1.97  |
| 3. Beendigung                               | 1.104 |
| a) Auflösung                                | 1.104 |
| b) Liquidation                              | 1.108 |
| III. Offene Gesellschaft (OG)               | 1.110 |
| A. Grundsätzliches                          | 1.110 |
| B. Errichtung und Entstehung                | 1.120 |
| C. Gesellschaftsvertrag                     | 1.124 |
| D. Innenverhältnis                          | 1.127 |
| 1. Allgemeines                              | 1.127 |
| 2. Beteiligung und Einlagen                 | 1.134 |
| 3. Geschäftsführung                         | 1.143 |
| 4. Gewinne und Verluste                     | 1.151 |
| E. Außenverhältnis                          | 1.159 |
| 1. Vertretung                               | 1.159 |
| a) Allgemeines                              | 1.159 |
| b) Umfang                                   | 1.165 |
| c) Entzug                                   | 1.168 |
| 2. Haftung                                  | 1.169 |
| F. Strukturänderungen                       | 1.174 |
| 1. Gesellschafter                           | 1.174 |
| a) Aufnahme eines Gesellschafters           | 1.174 |
| b) Ausscheiden eines Gesellschafters        | 1.175 |
| c) Anteilsübertragung                       | 1.183 |
| d) Tod eines Gesellschafters                | 1.184 |
| 2. Umwandlung                               | 1.191 |
| 3. Beendigung                               | 1.194 |
| a) Auflösung                                | 1.194 |
| b) Liquidation                              | 1.200 |
| IV. Kommanditgesellschaft (KG)              | 1.203 |
| A. Grundsätzliches                          | 1.203 |
| B. Errichtung und Entstehung                | 1.209 |
| C. Innenverhältnis                          | 1.210 |
| 1. Allgemeines                              | 1.210 |
| 2. Beteiligung und Einlagen                 | 1.212 |
| 3. Geschäftsführung                         | 1.218 |
| 4. Gewinne und Verluste                     | 1.223 |
| D. Außenverhältnis                          | 1.228 |
| 1. Vertretung                               | 1.228 |
| 2. Haftung                                  | 1.229 |
| a) Haftung der KG und ihrer Komplementäre   | 1.229 |
| b) Haftung der Kommanditisten               | 1.230 |
| aa) Allgemeines                             | 1.230 |
| bb) Haftung neu eintretender Kommanditisten | 1.234 |
| cc) Haftung ausscheidender Kommanditisten   | 1.235 |

|  |       |
|--|-------|
| E. Strukturänderungen                      | 1.237 |
| 1. Gesellschafter                          | 1.237 |
| a) Allgemeines                             | 1.237 |
| b) Kommanditistenwechsel                   | 1.239 |
| c) Ausscheiden des einzigen Komplementärs  | 1.241 |
| d) Ausscheiden des einzigen Kommanditisten | 1.242 |
| e) Tod eines Gesellschafters               | 1.243 |
| 2. Umwandlung                              | 1.245 |
| 3. Beendigung                              | 1.247 |
| a) Auflösung                               | 1.247 |
| b) Liquidation                             | 1.249 |
| F. Praktisch bedeutsame Sonderformen       | 1.252 |
| 1. GmbH & Co KG                            | 1.252 |
| 2. Publikums-KG                            | 1.259 |
| V. Stille Gesellschaft                     | 1.262 |
| A. Grundsätzliches                         | 1.262 |
| 1. Allgemeines                             | 1.262 |
| 2. Abgrenzungen                            | 1.269 |
| B. Innenverhältnis                         | 1.276 |
| 1. Allgemeines                             | 1.276 |
| 2. Beteiligung des Stillen                 | 1.280 |
| 3. Geschäftsführung                        | 1.282 |
| 4. Gewinn- und Verlustverteilung           | 1.284 |
| C. Außenverhältnis                         | 1.287 |
| 1. Vertretung                              | 1.287 |
| 2. Haftung                                 | 1.289 |
| D. Beendigung                              | 1.293 |
| E. Praktisch bedeutsame Sonderformen       | 1.295 |

## I. Einleitung

### A. Allgemeines

Das vorliegende Kapitel ist den allgemeinen sowie rechtsformspezifischen Grundsätzen des Personengesellschaftsrechts gewidmet, und soll insoweit einen von zahlreichen Wegweisern in die Spruchpraxis der Höchstgerichte flankierten **Zugang für Praktiker** eröffnen. Der inhaltliche Schwerpunkt dieses Handbuchs liegt freilich nicht hier, sondern im Abgabenrecht und im Bereich der Rechnungslegung. Vor diesem Hintergrund war im nunmehr folgenden Teil übertriebener rechtshistorischer und rechtsdogmatischer Tiefgang zu vermeiden – frei nach dem Motto „**so ausführlich wie nötig, so prägnant wie möglich.**“ Gleichwohl soll auf entsprechende gesellschaftsrechtliche Detailfragen dann näher eingegangen werden, wenn diese in der Praxis erfahrungsgemäß Probleme bereiten – oder uns im Gefolge neuartiger und/oder komplexer privatautonomer Gestaltung begegnen. 1.1

### B. Begriffsklärung

**Gesellschaftsrecht** ist nach *Wiedemann* das **Recht der privaten Zweckverbände**,<sup>1</sup> mithin, wie *Krejci* etwas ausführlicher und konkretisierender darlegt, das objektive Recht der zu gemeinsamen Zwecken auf rechtsgeschäftlicher Grundlage geschaffenen Personenver- 1.2

<sup>1</sup> Vgl. *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I 3.

einigungen.<sup>2</sup> Es stellt einen Teilbereich des Unternehmensrechts dar und ist ganz überwiegend privatrechtlicher Natur, jedoch nicht völlig frei von öffentlich-rechtlichen Einsprengseln. Abgrenzungen ergeben sich notwendigerweise zu politischen Parteien und religiösen Vereinigungen, letztlich aber auch zu mitgliederlosen rechtsfähigen Zweckvermögen wie insb der Privatstiftung. Dem mit dem Gesellschaftsrecht durchaus eng verwandten (ideellen) Vereinsrecht steht in Gestalt des VerG 2002 eine eigene Kodifikation zur Verfügung. Konzerne sind – gleichviel, ob sie auf vertraglicher Grundlage oder faktischem Zusammenschluss beruhen – keine Gesellschaften; der Begriff zeigt bloß ein bestimmtes „Verbundenheitsverhältnis“ zwischen Unternehmen an, die zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammengefasst sind.<sup>3</sup> Im Unterschied zu Deutschland (vgl die §§ 291 ff dAktG) kennt Österreich kein kodifiziertes Konzernrecht.<sup>4</sup>

- 1.3** Bei einer **Gesellschaft** im hier interessierenden Begriffsverständnis handelt es sich nach hL um eine durch Rechtsgeschäft begründete Rechtsgemeinschaft von zwei oder mehreren Personen, die durch organisiertes Zusammenwirken einen bestimmten gemeinsamen Zweck erreichen wollen. Bei genauerer Betrachtung trifft freilich nicht jede der in dieser Formel anklingenden Eigenschaften auf jede Gesellschaftsform gleichermaßen zu – so gibt es heute etwa auch Gesellschaften (wie die AG oder die GmbH), die einer Einpersonengründung durchaus zugänglich sind. Dennoch lassen sich aus der zitierten Definition einige **grundlegende Wesensmerkmale** ableiten:
- 1.4** Gesellschaften werden idR durch Rechtsgeschäft, den sog **Gesellschaftsvertrag**,<sup>5</sup> begründet. Dieser bildet gewissermaßen die Verfassung der Gesellschaft und stellt nach hA ein entgeltfremdes Dauerschuldverhältnis dar, das, wie wir noch sehen werden, durch einige charakteristische Prinzipien wie die Treuepflicht und den Gleichbehandlungsgrundsatz geprägt ist. Für Personengesellschaften sind grds die allgemeinen Vertragsauslegungsregeln des § 914 ABGB maßgeblich.<sup>6</sup>
- 1.5** Ferner sind Gesellschaften durch eine **gemeinsame Zwecksetzung** gekennzeichnet, wobei der Grundsatz der Zweckoffenheit gilt. Natürlich wird das Ziel einer Gesellschaftsgründung vielfach im Betrieb eines Unternehmens liegen; dennoch kann heute im juristischen Kleid jeder Gesellschaftsform prinzipiell jeder erlaubte (materielle oder ideale) Zweck verfolgt werden. Ausnahmen bestehen freilich auch hier, teils aufgrund sondergesetzlicher Anordnung, teils in Ansehung berufs- und standesrechtlicher Vorschriften.

<sup>2</sup> Vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 3.

<sup>3</sup> Vgl RIS-Justiz RS0049295.

<sup>4</sup> Ausf *Feltl*, GmbHG § 115 Anm 2ff mwN.

<sup>5</sup> Alternativ wird gelegentlich, und zumal im Aktienrecht, der Begriff der „Satzung“ verwendet.

<sup>6</sup> Vgl OGH 20. 5. 2008, 4 Ob 229/07 s; idS auch RIS-Justiz RS0109668. Beachte jedoch auch jüngst OGH 17. 2. 2023, 6 Ob 211/22f: Zwischen den Gründungsmitgliedern einer Personengesellschaft ist der übereinstimmende Parteiwille selbst dann maßgebend, wenn er in den ausdrücklichen Erklärungen keinen Niederschlag gefunden hat. Kommt es aber zu einem Gesellschafterwechsel, kann auf den subjektiven Parteiwillen der Gründungsgesellschafter nur mehr zurückgegriffen werden, wenn dieser den neu eintretenden Mitgliedern bekannt war und sie diesem subjektiven Parteiwillen zumindest konkludent zugestimmt haben.

Im Unterschied zum Einzelunternehmer sind Gesellschaften idR durch das Zusammenwirken mehrerer Personen gekennzeichnet. Sie bedürfen daher einer besonderen **Organisation** der Eigenkapitalaufbringung, Unternehmensführung und Vertretung. Im Personengesellschaftsrecht gilt insoweit das Prinzip der Selbstorganschaft. Dies bedeutet, dass die organschaftlichen Agenden der Geschäftsführung (im Innenverhältnis) und Vertretung (im Außenverhältnis) zwingend von den Gesellschaftern selbst wahrzunehmen sind. Dritten, die dem Gesellschafterkreis nicht angehören, kann lediglich auf rechtsgeschäftlicher Grundlage Vertretungsmacht eingeräumt werden, bspw als Prokura oder Handlungsvollmacht. **1.6**

### C. Typisierung

Das österreichische Gesellschaftsrecht wird unter anderem durch den Grundsatz des **numerus clausus** beherrscht: Wollen wir das juristische Kleid einer Gesellschaft anlegen, so sind wir hinsichtlich des Zuschnitts insoferne eingeschränkt, als wir ein Modell wählen müssen, das uns der Gesetzgeber zur Verfügung stellt. Man spricht insoferne auch vom „geschlossenen Kreis“ der Gesellschaftsformen. Als Ausfluss der Privatautonomie ist es aber immerhin möglich, die bestehenden Gesellschaftsformen durch gesellschaftsvertragliche Gestaltung sehr weitgehend unseren spezifischen Bedürfnissen anzupassen (und ggf auch atypisch<sup>7</sup> auszugestalten); Grenzen ergeben sich freilich durch zwingendes Gesetzesrecht und die guten Sitten. **1.7**

Aus Gründen der **Systematisierung** werden die verschiedenen Gesellschaftsformen in Lehre und Schrifttum nach unterschiedlichen Gesichtspunkten eingeteilt. So lassen sich etwa Außen- und Innengesellschaften, rechtsfähige und nicht-rechtsfähige Gesellschaften sowie typische und atypische Gesellschaften unterscheiden. Eine der wichtigsten Einteilungen betrifft die Gliederung in Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften. **1.8**

Zu den **Personengesellschaften**, denen das vorliegende Handbuch gewidmet ist, werden die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesBR), die Offene Gesellschaft (OG), die Kommanditgesellschaft (KG) und die stille Gesellschaft gerechnet. Hinzu kommt die im Gemeinschaftsrecht verwurzelte Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV), die jedoch rücksichtlich mangelnder praktischer Relevanz (zumindest in Österreich)<sup>8</sup> in weiterer Folge nicht näher behandelt wird. Als **Kapitalgesellschaften** gelten demgegenüber die Aktiengesellschaft (AG) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), ferner die Societas Europaea (SE). **1.9**

**Personengesellschaften** sind zunächst, wie die Bezeichnung nahelegt, durch eine enge persönliche Verbundenheit ihrer Gesellschafter gekennzeichnet. Folgende **Merkmale** sind charakteristisch (obschon im Einzelfall durchaus rechtsformspezifische Abweichungen bestehen; hierauf wird in den einzelnen folgenden Abschnitten jeweils gesondert hingewiesen): **1.10**

- Keine vollwertigen juristischen Personen, mitunter überhaupt nicht rechtsfähig;
- Unternehmereigenschaft (allenfalls) nur bei Vorliegen unternehmerischer Tätigkeit: Personengesellschaften sind keine Formunternehmer iSd § 2 UGB;

<sup>7</sup> Ein Beispiel hierfür wäre etwa die Publikums-KG; s dazu Rz 1.259 ff.

<sup>8</sup> Mit Stichtag 31. 12. 2021 waren im österreichischen Firmenbuch gerade einmal 23 EWIV registriert; vgl *Haybäck*, PSR 2022, 57.

- mindestens zwei Gesellschafter;
- einfacher, formfreier Gründungsvorgang und weitgehender Gestaltungsspielraum bei der Errichtung des Gesellschaftsvertrages;
- kein gesetzliches Mindestkapitalerfordernis;
- keine besonderen Kapitalerhaltungsvorschriften;
- spiegelbildlich unbeschränkte persönliche Haftung aller (oder zumindest einiger) Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit ihrem Privatvermögen;
- Prinzip der Selbstorganschaft: Agenden der Geschäftsführung und Vertretung werden von den Gesellschaftern selbst wahrgenommen;
- Unübertragbarkeit der Gesellschafterstellung; durch Gestaltung des Gesellschaftsvertrages oder Beschlussfassung der Gesellschafter sind jedoch Abweichungen möglich;
- Änderungen des Gesellschaftsvertrages bedürfen grds einer einstimmigen Beschlussfassung aller Gesellschafter.

## D. Innen- und Außenverhältnis

### 1. Allgemeines

- 1.11** Im Gesellschaftsrecht ist bei rechtsfähigen Außengesellschaften, die im Verhältnis zu Dritten in Rechtsbeziehungen treten – somit bei der OG und der KG<sup>9</sup> – eine strenge **Differenzierung** zwischen Außen- und Innenverhältnis, vor allem zwischen **Vertretung** und **Geschäftsführung** geboten. Im Zusammenhang mit der (aktiven) Vertretung geht es primär um die Frage, wer legitimiert ist, die Gesellschaft gegenüber Dritten zu berechnen und zu verpflichten; die bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen sind daher, insb aus Erwägungen des Gläubigerschutzes und der Rechtssicherheit, überwiegend zwingender Natur. Die Geschäftsführung hat demgegenüber den Prozess interner Entscheidungsfindung zum Gegenstand und erlaubt daher in weiterem Umfang privatautonome Gestaltung.
- 1.12** Wir haben bereits darauf hingewiesen, dass Personengesellschaften durch das Prinzip der Selbstorganschaft gekennzeichnet sind – wobei Geschäftsführung und Vertretung durchaus deckungsgleich ausgestaltet, somit in gleicher Weise denselben Personen zugeordnet sein können. Zwingend ist dies aber nicht der Fall, und das Gesetz selbst nimmt rechtsformspezifisch mitunter ganz erhebliche Ausdifferenzierungen vor.

### 2. Innenverhältnis

- 1.13** Das Innenverhältnis beschreibt das Verhältnis der Gesellschafter zueinander sowie zu ihrer Gesellschaft. Entscheidende Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der **Geschäftsführung** zu. Darunter werden nach heute gängiger Ansicht all jene Entscheidungen über rechtliche und faktische Maßnahmen organisatorischer, kaufmännischer und personeller Art verstanden, die dazu dienen, die Aufgaben der Gesellschaft zu erfüllen bzw den Gesellschaftszweck zu verwirklichen.

---

9 Stille Gesellschaften (dazu Rz 1.262 ff) sind niemals Außengesellschaften, sondern stets nicht-rechtsfähige Innengesellschaften. Eine GesbR kann zwar als Außengesellschaft tätig werden (vgl Rz 1.39), doch wird sie dadurch nicht zu einer mit der OG oder der KG vergleichbaren „rechtsfähigen Außengesellschaft“.

Im Bereich der Personengesellschaften ist hinsichtlich der bezüglichen Kompetenz (vielfach) zwischen **gewöhnlichen** und **außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen** zu unterscheiden. Erstere betreffen ihrer Art und ihrem Umfang nach den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb, Letztere gehen darüber hinaus – was freilich stets eine einzelfallbezogene Beurteilung erforderlich macht und ganz entscheidend von der jeweiligen Gesellschaft sowie ihrer wirtschaftlichen Realstruktur abhängt. **1.14**

Da die Geschäftsführung in weitem Maße privatautonom geregelt werden kann, die bezüglichen gesetzlichen Leitlinien also größtenteils dispositiv sind, ergeben sich **zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten** – diese reichen von Einzelgeschäftsführung über Gesamtgeschäftsführung mit Einstimmigkeitsprinzip bis hin zur Gesamtgeschäftsführung mit Mehrheitsprinzip. Auch Ressortverteilungen und dergleichen können etabliert werden. **1.15**

Abgesehen von der Geschäftsführung werden dem Innenverhältnis insb **folgende Themenbereiche** zugeordnet: **1.16**

- Fassung von Gesellschafterbeschlüssen;
- Einlageverpflichtungen;
- Gewinn- und Verlustverteilung;
- Entnahmerechte.

### 3. Außenverhältnis

Das Außenverhältnis betrifft die Beziehungen der Gesellschafter wie auch der Gesellschaft zu Dritten; es geht hier somit um Fragen der **Vertretung**, aber auch der **Haftung** für Verbindlichkeiten der Gesellschaft. **1.17**

Im Zusammenhang mit der **Vertretung** begegnen uns wiederum unterschiedliche Spielarten, wobei die gesetzlichen Vorgaben fast immer zwingend sind. Einzelvertretung bedeutet, dass ein Gesellschafter die Gesellschaft ohne Mitwirkung der anderen berechnen und verpflichten kann; Gesamtvertretung erfordert demgegenüber, dass – je nach konkreter Ausgestaltung – alle oder mehrere Gesellschafter einen gemeinsamen Vertretungsakt setzen, also bspw einen Vertrag im Namen der Gesellschaft unterzeichnen. Im Rahmen des rechtlich Zulässigen kann auch eine gemischte Gesamtvertretung etabliert werden, die durch die Mitwirkung von Prokuristen gekennzeichnet ist. **1.18**

Natürlich sollte einem Vertretungsakt im Außenverhältnis grds eine gültige Geschäftsführungsentscheidung im Innenverhältnis vorangehen. Dennoch wird die **Gültigkeit** eines **Vertretungsaktes** im Interesse der Rechtssicherheit durch **Mängel im Innenverhältnis** nicht berührt. Schließt also bspw ein einzelvertretungsbefugter, jedoch bloß gesamtgeschäftsführungsbefugter Gesellschafter namens der Gesellschaft einen Vertrag mit einem Dritten, ohne dass zuvor ein entsprechender Geschäftsführungsbeschluss gefasst worden wäre, so kommt der Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem Dritten wirksam zu Stande. Der vertretende Gesellschafter, der sich über das Erfordernis eines Geschäftsführungsbeschlusses hinweggesetzt hat, macht sich aber ggf gegenüber seinen Mitgesellschaftern schadenersatzpflichtig. **1.19**

#### 4. Grundlagengeschäfte

- 1.20** Besondere Regeln gelten schließlich für sog Grundlagengeschäfte. Diese sind von außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen (vgl Rz 1.14) zu unterscheiden und betreffen gewissermaßen die „**Grundfesten**“ der **Gesellschaft**. Es geht hier bspw ganz allgemein um Änderungen des Gesellschaftsvertrages, die Aufnahme neuer Gesellschafter, Änderungen der Geschäftsführungs- bzw Vertretungsbefugnisse und dergleichen.
- 1.21** Entscheidungen über Grundlagengeschäfte müssen im Personengesellschaftsrecht grds **einstimmig** gefasst werden (sog **Kernbereichslehre**)<sup>10</sup> – wobei **Mängel** des **Innenverhältnisses** hier ausnahmsweise auf das Außenverhältnis **durchschlagen**.

##### Beispiel

Ein wirksamer Vertretungsakt iZm der Aufnahme neuer Gesellschafter kann ohne einstimmigen Beschluss im Innenverhältnis auch durch einen an sich einzelvertretungsbefugten Gesellschafter nicht gesetzt werden.

#### 5. Exkurs: Beschlussmängel

- 1.22** Wo mehrere Personen gemeinsam zur Entscheidungsfindung berufen sind, vollzieht sich diese durch entsprechende **Beschlussfassung**<sup>11</sup> – wobei Beschlüsse, wie andere Rechtsgeschäfte auch, aus unterschiedlichen Gründen mangelhaft sein können. Dies wirft die Frage nach den bezüglichlichen Ursachen und Rechtsfolgen auf. Im Zusammenhang mit Personengesellschaften fehlt ein gesetzlich normiertes Beschlussmängelrecht, was insoweit einen Rückgriff auf allgemein-zivilrechtliche Wertungsprinzipien erforderlich macht. Vieles ist hier jedoch nicht abschließend geklärt und Gegenstand umfangreicher Kontroversen.<sup>12</sup>
- 1.23** In sinngemäßer Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze können Beschlüsse zunächst mangelhaft sein, weil sie ihrem Inhalt nach gegen **zwingendes Gesetzesrecht** oder die **guten Sitten** verstoßen. Rechtsfolge ist dann gem § 879 ABGB die Nichtigkeit des Beschlusses, sofern dies der Zweck der übertretenen Bestimmung gebietet.
- 1.24** Als besonders problematisch erweisen sich freilich jene Fälle, in denen der Beschlussinhalt zwar nicht gesetzes- oder sittenwidrig ist, aber gegen Regelungen des **Gesellschaftsvertrages** verstößt. Nach vielzitiierter Judikatur des Höchstgerichtes sollen auch solche Beschlüsse nichtig sein.<sup>13</sup> Davon abgesehen, dass diese Sichtweise insgesamt (zumindest) diskutierbar erscheint,<sup>14</sup> kann sie im Personengesellschaftsrecht nicht auch für solche Konstellationen gelten, in denen ein gesellschaftsvertragswidriger Beschluss einstimmig

10 Ausf dazu etwa RIS-Justiz RS0107117.

11 Auf das Phänomen des „Einmann-Beschlusses“ soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden; ausf (und rechtsformübergreifend) hierzu *Feltl*, Beschlussmängel im Aktienrecht 52 mwN.

12 Eine ausführliche, doch dennoch prägnante Darstellung findet sich etwa bei *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 135 ff.

13 Vgl RIS-Justiz RS0016746.

14 So ist etwa jüngst auch *Koppensteiner*, wbl 2022, 1, zutreffenderweise und mit gewichtigen Argumenten für eine grundsätzliche Differenzierung zwischen nichtigen und bloß anfechtbaren Beschlüssen (auch) im Personengesellschaftsrecht eingetreten.



gefasst wurde: Haben es die Gesellschafter in der Hand, den Gesellschaftsvertrag einstimmig zu ändern (vgl Rz 1.10) – dies sogar konkludent<sup>15</sup> –, so muss es ihnen auch (und erst recht) möglich sein, von ihren eigenen gesellschaftsvertraglichen Regelungen durch einstimmige Beschlussfassung punktuell abzuweichen.<sup>16</sup> Gelten kann dies aber eben nur für solche Beschlüsse, die nicht zugleich zwingenden Gesetzesbestimmungen oder den guten Sitten zuwiderlaufen.

Abseits des soeben thematisieren Falles **einstimmiger satzungswidriger** – und mithin grundsätzlich gültiger – Beschlussfassung ist der von *Krejci* postulierten Empfehlung zu folgen, zur Vermeidung allfälliger Unklarheiten und Komplikationen bereits im Gesellschaftsvertrag vorzusehen, dass Beschlüsse der Gesellschafter nur in Fällen gravierender Missbilligung durch die Rechtsordnung nichtig, im Übrigen aber bloß anfechtbar sein sollen, wobei eine eher kurze Anfechtungsfrist vorzusehen wäre, nach deren Ablauf die Fehlerhaftigkeit geheilt erscheint.<sup>17</sup> De lege ferenda wäre freilich überhaupt eine an § 7 VerG 2002 orientierte Regelung wünschenswert, die sinnvollerweise im GesbR-Recht der §§ 1175 ff ABGB verankert werden sollte, um in all jenen Bereichen, in denen privatrechtliche Sondergesetze Beschlussfassungen zwar vorsehen, die Ursachen und Rechtsfolgen fehlerhafter Beschlüsse aber nicht weiter regeln, auf dieses Regime zurückgreifen zu können.<sup>18</sup>

Von Inhaltsmängeln abgesehen, kann ein Beschluss auch fehlerhaft sein, weil die **Stimmabgabe** eines Gesellschafters mit einem **Willensmangel** (Drohung, List, Irrtum) behaftet ist.<sup>19</sup>

Darüber hinaus ist es möglich, dass ein Beschluss an **Verfahrensfehlern** leidet. Denn wenngleich Beschlüsse im Personengesellschaftsrecht grds formfrei gefasst werden können, kann doch kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, dass gewisse ungeschriebene Minimalerfordernisse kollegialer Willensbildung auch hier zur Anwendung kommen müssen.<sup>20</sup>

## E. Rechtsformwahl und Verbreitung in der Praxis

Auf der Suche nach der passenden Rechtsform werden für die Gründer **unterschiedliche** (und keineswegs ausschließlich gesellschaftsrechtliche) **Aspekte** von Bedeutung sein. Vielfach stehen naturgemäß Motive wie Kapitalsammlung und -vermehrung, Arbeitsteilung, Risikobegrenzung und Unternehmenserhalt im Vordergrund; auch die Anonymität der Beteiligung mag mitunter eine gewisse Rolle spielen.<sup>21</sup> In die konkrete Rechtsformwahl sollten aber unbedingt auch steuerrechtliche, sozialversicherungsrechtliche und gewerberechtliche Erwägungen miteinfließen. Gründern sei insoferne nachdrücklich eine

<sup>15</sup> Siehe nur OGH 19. 1. 1988, 4 Ob 502/88.

<sup>16</sup> Ausf *Feltl*, Beschlussmängel 128 ff mit zahlreichen wN.

<sup>17</sup> Vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 136.

<sup>18</sup> Ausf dazu *Feltl*, Beschlussmängel 187 f mwN.

<sup>19</sup> Ausf dazu *Feltl*, Beschlussmängel 158 ff mwN.

<sup>20</sup> Vgl *Feltl*, UGB § 119 Anm 1. Ein Gesamtkonzept, das diese – und angrenzende – Fragen ausführlich behandelt und (rechtsformübergreifende) Lösungen präsentiert, findet sich bei *Feltl*, Beschlussmängel 122 ff, 126.

<sup>21</sup> So schon *Kastner*, Gutachten 29.

**profunde Beratung** durch Rechtsanwälte und Steuerberater ans Herz gelegt: Die Entscheidung für die „falsche“ Rechtsform kann sich im Zeitablauf bitter rächen und erhebliches (nicht zuletzt auch finanzielles) Ungemach bereiten.

- 1.29** Was die **wirtschaftliche Praxis** betrifft, so ist die von *Wiedemann* auf Deutschland gemünzte Einschätzung sicherlich – freilich cum grano salis – auch auf Österreich zutreffend, wonach Einzelunternehmer überwiegend Kleinunternehmen betreiben, Personengesellschaften und GmbH den Mittelstand repräsentieren, und die Rechtsform der AG tendenziell im Bereich der Großunternehmen figuriert.<sup>22</sup>
- 1.30** Während die unbeschränkte persönliche Haftung des Kaufmanns früher „Ehrensache“ war, wird ihr heute tunlichst ausgewichen<sup>23</sup> – was in Ansehung zunehmend komplexer und risikoreicher werdender ökonomischer Rahmenbedingungen auch durchaus nachvollziehbar ist. Vor diesem Hintergrund nimmt es nicht wunder, dass die in Österreich am **weitesten verbreitete Gesellschaftsform** heute durch die **GmbH** repräsentiert wird,<sup>24</sup> die ihren Gesellschaftern gegen Aufbringung eines vergleichsweise geringen gesetzlichen Mindestkapitals eine Befreiung von der persönlichen Haftung für Gesellschaftsschulden bietet. Die GmbH ist jedoch, dies soll an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben, auch jene Gesellschaftsform mit der höchsten Insolvenzanfälligkeit.
- 1.31** An Personengesellschaften gab es zum 31. 12. 2021 immerhin **21.974 Offene Gesellschaften** und **44.611 Kommanditgesellschaften**.<sup>25</sup> Darüber hinaus ist freilich davon auszugehen, dass eine ganz erhebliche Anzahl von GesbR und stillen Gesellschaften existiert, die sich jedoch in Ermangelung entsprechender Firmenbucheintragung statistischer Erfassung entziehen.

## II. Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR)

### A. Grundsätzliches

- 1.32** Die in den §§ 1175 bis 1216 e ABGB kodifizierte und im Wege des am 1. 1. 2015 in Kraft getretenen GesbR-Reformgesetzes (GesbR-RG; BGBl I 2014/83) durchgreifend neu geregelte GesbR figuriert als **Grundform** des österreichischen Gesellschaftsrechts,<sup>26</sup> weshalb die bezüglichlichen Bestimmungen subsidiär auch iZm anderen Gesellschaftsformen herangezogen werden können, wenn und soweit eine entsprechende Regelung in den jeweiligen Spezialgesetzen fehlt und eine Nutzbarmachung der in den §§ 1175 ff enthaltenen Vorschriften insgesamt angemessen erscheint. So wurden etwa einige das österreichische Gesellschaftsrecht ganz allgemein prägende Grundsätze wie die Treuepflicht oder das Gleichbehandlungsgebot im Kontext der GesbR erstmals einer ausdrücklichen normati-

<sup>22</sup> Vgl *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II 27.

<sup>23</sup> Vgl *Kastner*, Gutachten 27.

<sup>24</sup> Mit Stichtag 31. 12. 2021 waren im österreichischen Firmenbuch 179.978 Gesellschaften mbH registriert; vgl *Haybäck*, PSR 2022, 57.

<sup>25</sup> Vgl *Haybäck*, PSR 2022, 57.

<sup>26</sup> Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens unseres ABGB im Jahre 1812 stellte die GesbR die einzige Gesellschaftsform dar (und hatte, dies nebenbei bemerkt, auch für Gesellschaften, die Aktien ausgaben, Geltung). Hier nahmen die heute bestehenden Rechtsformen ihren Ausgang; vgl nur *Kastner*, Gutachten 6.