

I. Allgemeines zum Gesellschaftsvertrag

1. Was ist der Gesellschaftsvertrag?

Voraussetzung für die Gründung einer Gesellschaft ist immer der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages. Der Gesellschaftsvertrag (zT auch als Satzung bezeichnet) stellt die „Verfassung“ der Gesellschaft dar. Er regelt ihre Struktur. Sofern er nicht geändert wird, gilt er während der gesamten Lebensdauer der Gesellschaft. Sämtliche Gesellschafter (auch neu eintretende) sind an die darin enthaltenen Bestimmungen gebunden.

Der Gesellschaftsvertrag ist typischerweise ein mehrseitiges Rechtsgeschäft. Im Regelfall kommt er durch übereinstimmende Willenserklärung der Gesellschafter zustande. Dieser Grundsatz wird allerdings insofern durchbrochen, als die GmbH und die AG bei Bedarf auch durch einen einzigen Gesellschafter gegründet werden können.

Daneben handelt es sich beim Gesellschaftsvertrag auch um ein mehrseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft, da allen Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsvertrag Rechte wie Pflichten erwachsen.

Schließlich wird der Gesellschaftsvertrag in der Lehre als entgeltfremder Vertrag bezeichnet. Dies wird zumeist damit begründet, dass die Natur des Vertrages keine eindeutige Zuordnung, weder zu entgeltlichen noch zu unentgeltlichen Verträgen, zulässt.¹

Beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages sind je nach Gesellschaftsform mehr oder minder strenge Formvorschriften zu beachten. Während Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften grundsätzlich auch formfrei (und damit sogar mündlich!) abgeschlossen werden können, bedürfen die Gesellschaftsverträge von Kapitalgesellschaften stets der strengen Notariatsaktsform.

Auch bei der Auslegung von Gesellschaftsverträgen wird zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften unterschieden. Im Hinblick auf die Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften wird aufgrund ihres überwiegenden schuldrechtlichen Charakters mehrheitlich die Ansicht vertreten, dass die Auslegung hier nach den Regeln der Vertragsauslegung (§§ 914 f ABGB) zu erfolgen hat. Im Unterschied dazu sind Gesellschaftsverträge von Kapitalgesellschaften – vor allem nach Ansicht der Rsp – „objektiv“ nach den Regeln über die Interpretation von Gesetzen (§§ 6 f ABGB) auszulegen. Im Detail ist die Frage der Auslegung von Gesellschaftsverträgen jedoch strittig.²

1 Schauer in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 1/69 (Stand 1.6.2017, rdb.at).

2 Schauer in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 1/69 a f (Stand 1.6.2017, rdb.at).

Inhaltlich befassen sich Gesellschaftsverträge typischerweise mit der Organisation der Gesellschaft, dem Verhältnis der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft und dem Verhältnis der Gesellschafter untereinander. Je nach Gesellschaftsform sind diverse Punkte gesetzlich zwingend im Gesellschaftsvertrag zu regeln. Meist handelt es sich dabei um Normen, die die wesentlichsten Kernelemente der Gesellschaft betreffen, etwa den Unternehmensgegenstand, die Firma oder den Sitz der Gesellschaft. Daneben können die Gesellschafter allerdings auf freiwilliger Basis eine Vielzahl weiterer Aspekte im Gesellschaftsvertrag aufgreifen. Die Grenze des Möglichen bildet dabei das zwingende Recht, das dem Vertragsrichter im Regelfall jedoch einen großzügigen Spielraum liefert.

Als Beispiel für verbotene Bestimmungen in Gesellschaftsverträgen können etwa sog. Geschlechterklauseln genannt werden. Laut einer Entscheidung des OGH sind nunmehr generell-abstrakte, nach dem Geschlecht differenzierende Nachfolgeregelungen in Gesellschaftsverträgen jedenfalls unzulässig und deshalb nichtig, soweit dadurch der Zugang zur Ausübung unternehmerischer Tätigkeit eingeschränkt wird.³

1.1. Rechtsformwahl

Eine der in der Praxis wohl schwierigsten Entscheidungen eines jeden Unternehmers bei der Unternehmensgründung ist die Wahl der für sein Vorhaben „richtigen“ Rechtsform. Grundsätzlich kann vorab gesagt werden, dass es keine „richtige“ oder „falsche“ Rechtsform gibt, jedoch für den konkreten Einzelfall „vorteilhaftere“ und „weniger vorteilhafte“ Rechtsformen.

Die Wahl, ob die Gründung eines Einzelunternehmens, einer Personengesellschaft oder einer Kapitalgesellschaft am vorteilhaftesten (bzw. gesellschaftsrechtlich möglich) ist, hängt daher, wie so oft, vom jeweiligen Einzelfall ab.

Allgemein lässt sich allerdings sagen, dass sich in der Praxis die folgenden drei Gesichtspunkte als die wesentlichen Entscheidungskriterien herauskristallisiert haben:⁴

Unternehmensrechtliche Gesichtspunkte⁵

- Wie soll gehaftet werden (unbeschränkt oder beschränkt)?
- Bin ich allein oder gibt es einen Geschäftspartner?
- Möchte ich selbst Geschäftsführer sein oder soll dies ein Dritter übernehmen?

Bei der Wahl der konkreten Rechtsform ist die Haftungsordnung der jeweiligen Rechtsform einer der wesentlichsten Aspekte. In diesem Zusammenhang sollte

3 *Arlt*, Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen, OGH 24.1.2019, 6 Ob 55/18h, GesRZ 2019, 181.

4 Für weitere Aspekte siehe *Kanduth-Kristen in Hübner-Schwarzinger/Kanduth-Kristen Rechtsform-Gestaltung für Klein- und Mittelbetriebe*², 1–4.

5 Siehe dazu im Detail beispielsweise *Krejci* in GesRZ, Sonderheft Rechtsformgestaltung, 3–25.

immer vorab abgewogen werden, ob für den/die Gesellschafter ein erhöhtes Haftungsrisiko besteht oder ob dies eher von untergeordneter Bedeutung ist. Besteht der Bedarf, die Haftung beschränken zu können, so könnte man Personengesellschaften (auch wenn bei der KG nur die Komplementäre unbeschränkt haften) relativ rasch ausschließen und zur Gründung einer Kapitalgesellschaft raten.

Ein weiterer essentieller Aspekt ist die Frage, ob es sich um ein Ein-Mann-Unternehmen handeln, oder ob es einen bzw mehrere Mitgesellschafter geben wird. Sowohl die OG als auch die KG (Personengesellschaften) erfordern nämlich mindestens das Vorhandensein von zwei Gesellschaftern. Im Gegensatz dazu kann eine GmbH beispielsweise auch durch eine Person gegründet werden.

Ebenfalls wichtig ist die Frage, ob man als Gründer (Gesellschafter) selbst die Geschicke des Unternehmens als Geschäftsführer leiten oder sich lieber eines Dritten bedienen möchte. Grundsätzlich gilt, dass die Personengesellschaften keine Fremdorganschaft zulassen, während dies bei der GmbH oder der AG sehr wohl üblich ist.

Steuerrechtliche Gesichtspunkte⁶

- Wie hoch sind meine zu Beginn erwarteten Gewinne?
- Kann bzw möchte ich mir die höheren laufenden Fixkosten von Kapitalgesellschaften im Vergleich zu Personengesellschaften (Bilanzerstellung vs Einnahmen-Ausgaben-Rechnung; Beglaubigungskosten von Gesellschafterbeschlüssen etc) schon zu Beginn leisten?

Die laufenden Fixkosten sind naturgemäß von Gesellschaft zu Gesellschaft unterschiedlich und daher individuell zu beurteilen. Klar ist aber, dass Kapitalgesellschaften eine Bilanzierungspflicht trifft, dh dass jährlich zwingend eine Bilanz zu erstellen ist. Im Gegensatz dazu muss die OG als Personengesellschaft – sofern sie die Umsatzschwellen der §§ 189 ff UGB nicht überschreitet – „nur“ eine Einnahmen-Ausgaben-Rechnung aufstellen. Im Regelfall ist die Erstellung einer Einnahmen-/Ausgabenrechnung (deutlich) günstiger als die Erstellung einer Bilanz.

Steuerlich ist insbesondere zu beachten, dass Kapitalgesellschaften der Körperschaftsteuer iHv 25 % unterliegen, während Personengesellschaften steuerlich transparent sind und – sofern nicht nur vermögensverwaltend tätig – als Mitunternehmerschaft behandelt werden, was dazu führt, dass die Gewinne und Verluste den Gesellschaftern steuerlich direkt zugerechnet werden und dem progressiven Einkommensteuertarif unterliegen.⁷ Auch die GmbH & Co KG wird

6 Siehe dazu im Detail beispielsweise *Kanduth-Kristen* in *Hübner-Schwarzinger/Kanduth-Kristen Rechtsform-Gestaltung für Klein- und Mittelbetriebe*², 114–160; *Geymayer/Tröthan*, Die optimale Rechtsform², 59–64.

7 Zum praktischen Ablauf der Gewinnermittlung siehe *Bergmann*, Personengesellschaften im Ertragsteuerrecht, 67 ff; *Albl/Frech*, Praxishandbuch OG, 161 f.

ertragsteuerlich als Mitunternehmerschaft behandelt.⁸ Auf Basis der aktuellen Steuerlage ergibt sich daher bis zu einem Jahresgewinn in Höhe von rund EUR 500.000 ein Steuervorteil für Personengesellschaften im Vergleich zu Kapitalgesellschaften.⁹

Da das Körperschaftsteuergesetz auch eine sogenannte Mindestkörperschaftsteuer („MindestKöSt“) vorsieht, müssen Kapitalgesellschaften die MindestKöSt iHv EUR 1.750 pro Jahr selbst dann zahlen, wenn sich im jeweiligen Wirtschaftsjahr ein Verlust ergibt.¹⁰ Dies könnte insbesondere in den ersten Jahren von Bedeutung sein, wenn noch keine Gewinne zu erwarten sind, aber dennoch die MindestKöSt an das Finanzamt abzuführen ist.

Gründungskosten und Kapitalaufbringung

- Habe ich genug liquide Mittel, um das Stammkapital aufzubringen?
- Bin ich bereit, höhere Gründungskosten (GmbH-Gesellschaftsvertrag und AG-Satzung müssen in Form eines Notariatsaktes errichtet werden) zu tragen?

Im Zuge der Gründung einer OG stellt sich zwangsläufig auch die Frage nach den Kosten, die die Gründung mit sich bringen wird und wie viel (liquides) Kapital zur Gründung zwingend erforderlich sein wird.

Im Vergleich zu Kapitalgesellschaften ist die Gründung einer Personengesellschaft deutlich günstiger, da einerseits kein verpflichtendes Mindestkapital vorhanden sein muss und andererseits auch keine Notariatsaktspflicht für den Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft besteht. Ganz ohne Notar kommt man allerdings auch bei der Gründung einer Personengesellschaft nicht aus, da sowohl der Firmenbuchantrag, mit dem die Eintragung der Personengesellschaft im Firmenbuch begehrt wird, als auch die Musterzeichnungen der Geschäftsführer notariell beglaubigt werden müssen (alternativ wäre auch eine – in der Praxis aber eher seltene – gerichtliche Beglaubigung möglich).

Weiters ist zu bedenken, dass im Kapitalgesellschaftsrecht ein sogenanntes Mindestkapital vorhanden sein muss. Demnach muss zum Beispiel bei der GmbH ein Stammkapital iHv EUR 35.000 zur Verfügung stehen, wovon EUR 17.500 einbezahlt werden (es gibt allerdings auch die sogenannte gründungsprivilegierte GmbH, bei der „nur“ ein Barbetrag iHv EUR 5.000 einbezahlt werden muss), wohingegen bei den Personengesellschaften kein Mindestkapital vorhanden sein muss.

8 *Novosel/Rindler* in GedS Arnold, Die GmbH & Co KG², 267 ff.

9 *Albl/Frech*, Praxishandbuch OG, Vorwort.

10 Nach dem 30. Juni 2013 gegründete GmbHs haben jedoch lediglich eine reduzierte MindestKöSt von EUR 500 pro Kalenderjahr für die ersten fünf Kalenderjahre nach der Gründung und von EUR 1.000 pro Kalenderjahr für die folgenden fünf Kalenderjahre zu entrichten (steuerliches Gründungsprivileg).

II. Die Offene Gesellschaft

1. Allgemeine Beschreibung der Gesellschaftsform

§ 105 UGB definiert das Wesen der OG. Demnach ist die OG eine rechtsfähige unter eigener Firma geführte Gesellschaft, bei der die Gesellschafter gesamthandtschaftlich verbunden sind. Die Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ist unbeschränkt. Sie kann jeden erlaubten Zweck einschließlich freiberuflicher und land- und forstwirtschaftlicher Tätigkeit haben. Die OG benötigt zwingend mindestens zwei Gesellschafter.

Als Eckpfeiler der OG sind insbesondere (i) die Rechtsfähigkeit, (ii) die Zweckoffenheit, (iii) das Prinzip der Selbstorganschaft sowie (iv) die starke personalistische Prägung zu nennen.

Rechtsfähigkeit

§ 105 UGB legt fest, dass die OG unbeschränkt rechtsfähig ist. Damit einhergehend kann die OG beispielsweise geklagt werden bzw selbst klagen (Prozessfähigkeit), insolvent werden (Insolvenzfähigkeit) oder aber auch strafrechtlich belangt werden (§ 1 Abs 2 VBG).¹¹

Die Rechtsfähigkeit der OG bringt es auch mit sich, dass die OG selbst Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens ist und nicht die Gesellschafter.

§ 124 Abs 2 UGB bestimmt, dass gegen Forderungen, die der OG zustehen, nicht mit Forderungen gegen einen der Gesellschafter der OG aufgerechnet werden kann.

Ob es sich bei der OG auch um eine juristische Person handelt, ist hingegen umstritten. In der stRsp des OGH und der heute hL wird jedoch davon ausgegangen, dass rechtsfähige Personengesellschaften nicht unter den Begriff der juristischen Personen subsumiert werden können. Dies wirkt sich vor allem iZm Gesetzesbestimmungen aus, die nur zwischen natürlichen und juristischen Personen unterscheiden (zB § 67 Abs 1 IO, § 12 BAO, § 9 Abs 1 GewO), jedoch nicht auf Personengesellschaften explizit eingehen.¹²

Zweckoffenheit

Die OG darf jeden erlaubten Zweck einschließlich freiberuflicher und land- und forstwirtschaftlicher Tätigkeit haben (§ 105 UGB). Damit statuiert das UGB die Zweckoffenheit der OG. Unerlaubt sind etwa Zwecke, die gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen. OGs, die einen unerlaubten Zweck verfolgen, werden vom Firmenbuchgericht nicht in das Firmenbuch eingetragen; zudem wäre der Gesellschaftsvertrag nach § 879 Abs 1 ABGB nichtig.¹³

11 *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II⁴, 122.

12 *Renner*, Die rechtsfähige Personengesellschaft – (k)eine juristische Person?, GesRZ 2019, 244.

13 *Artmann* (Hrsg), UGB³, § 105 UGB, Rz 35.

Die OG kann sowohl wirtschaftliche als auch ideelle Zwecke verfolgen. Aufgrund der Möglichkeit karitative, soziale, kulturelle, wissenschaftliche oder gesellschaftliche Zwecke zu verfolgen, besteht in diesem Bereich kein Unterschied zu den Kapitalgesellschaften.¹⁴

Daneben kann die OG aber natürlich auch wirtschaftliche Zwecke verfolgen. Hier bestehen kaum Grenzen in Bezug auf das Tätigkeitsfeld der OG (siehe dazu Kapitel II. Punkt 4.1.1.).

Anders als die Kapitalgesellschaften ist die OG allerdings nicht automatisch Unternehmerin. Die OG wird nämlich in der Auflistung von § 2 UGB nicht erwähnt, sodass die OG keine Unternehmerin kraft Rechtsform ist. Damit eine OG daher als Unternehmerin gilt, muss sie ein Unternehmen betreiben (§ 1 UGB). Ist eine OG Unternehmerin im Sinne des UGB, so bedeutet dies aber nicht auch gleichzeitig, dass die Gesellschafter der OG automatisch auch Unternehmer sind; im Umkehrschluss ist eine OG nicht automatisch Unternehmerin, nur weil ihre Gesellschafter Unternehmer sind.¹⁵

Unabhängig davon, ob Unternehmereigenschaft vorliegt, sind die Handelsgerichte für Streitigkeiten der OG zuständig (§ 51 Abs 1 Z 6 JN).

Prinzip der Selbstorganschaft

Das UGB sieht für die OG das Prinzip der Selbstorganschaft vor. Demnach sind zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet (§ 114 UGB).

Hier zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zu den Kapitalgesellschaften, da bei Kapitalgesellschaften die organschaftliche Vertretung durch Dritte durchaus üblich ist. Der Ausschluss sämtlicher Gesellschafter, verbunden mit der gleichzeitigen Übertragung der Geschäftsführung auf einen oder mehrere Dritte, ist nur dann zulässig, wenn die organschaftliche Geschäftsführungsbefugnis und somit die „Letztverantwortung“ bei den Gesellschaftern verbleibt, diese aber von der regulären Geschäftsführungspflicht entbunden sind.¹⁶

Personalistische Prägung

Im Zusammenhang mit der besonders starken personalistischen Prägung ist insbesondere die gesamthandschaftliche Bindung der Gesellschafter zu nennen. Diese Bindung tritt ganz besonders durch § 124 Abs 1 UGB zu Tage, der eine gesetzliche Vinkulierung der Gesellschaftsanteile vorsieht (siehe dazu Kapitel II. Punkt 4.2.9.).

Ein weiteres Merkmal stellt das zuvor beschriebene Prinzip der Selbstorganschaft dar. Ebenso streicht aber auch die unbeschränkte Haftung eines jeden OG-Gesellschafters die gesamthänderische Verbindung heraus.

14 EBRV 1058 BlgNR 22. GP, 36, zu § 105 UGB.

15 *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II⁴, 121.

16 *Kraus in Torggler*, UGB³, § 114 UGB, Rz 5.

Auch steuerlich macht sich die personalistische Prägung bemerkbar (siehe dazu Kapitel II. Punkt 4.2.8.). So ist nicht die OG selbst Steuersubjekt (demnach unterliegt die OG nicht der KöSt), sondern vielmehr jeder einzelne Gesellschafter (der wiederum grundsätzlich der ESt unterliegt).

Die OG als Rechtsform zu wählen hat einige Vorteile, aber natürlich auch Nachteile im Verhältnis zu den Kapitalgesellschaften:

- **Vorteile**

Die OG zeichnet sich insbesondere im Unterschied zu den Kapitalgesellschaften durch die vergleichsweise einfache Gründungsmöglichkeit sowie die (wesentlich) geringeren Gründungskosten aus.

Ein weiterer Vorteil im Verhältnis zu den Kapitalgesellschaften besteht in dem Umstand, dass die OG weder Kapitalaufbringungs- noch Kapitalerhaltungsvorschriften unterliegt. Dieser Unterschied macht sich vor allem in der Praxis besonders bemerkbar.

Als zusätzlicher Vorteil ist aus unserer Sicht sicherlich noch die weitgehende Abänderbarkeit der Regelungen des UGB im Hinblick auf die OG zu nennen (§ 108 UGB). Demnach richten sich die Rechtsverhältnisse der OG-Gesellschafter untereinander nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages und kommen die Vorschriften der §§ 109 bis 122 UGB nur dann zur Anwendung, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht anderes bestimmt. Da gesetzlich auch keine bestimmte Mindestdauer vorgesehen ist, könnte eine OG auch für kurzfristige Projekte gegründet werden.¹⁷

- **Nachteile**

Der größte Nachteil der OG im Verhältnis zu den Kapitalgesellschaften, aber auch zur KG, ist eindeutig in der Haftung zu sehen: OG-Gesellschafter haften zwingend unbeschränkt, persönlich, unmittelbar und primär.

Ein weiterer wesentlicher Nachteil – zumindest im Verhältnis zur GmbH – ist die Tatsache, dass mindestens zwei Personen für die OG benötigt werden, wohingegen eine GmbH auch in Form einer Ein-Mann-GmbH gegründet werden kann.

1.1. Fahrplan Gründung OG

Für die Gründung einer OG sind die nachfolgenden Schritte notwendig:

- Ausverhandeln des Gesellschaftsvertrages unter Bedachtnahme auf die konkreten Umstände des Einzelfalls;
- allenfalls Firmenwortlautgutachten durch die WKÖ bei der Verwendung bestimmter Firmenbestandteile (§ 14 Abs 1 FBG);
- Abschluss des Gesellschaftsvertrages (formfrei);

¹⁷ Artmann (Hrsg), UGB³, § 105 UGB, Rz 37.

II. Die Offene Gesellschaft

- Abgabe einer beglaubigten Musterzeichnung durch den/die Geschäftsführer;
- Eröffnung eines Gesellschaftskontos bei einem inländischen Kreditinstitut;
- Allenfalls Antrag auf NeuFöG unter Vorlage des Formulars NeuFoe 2;
- Leistung der vereinbarten Einlagen durch die Gesellschafter;
- Beglaubigter Antrag auf Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch durch sämtliche Gesellschafter bei jenem Gerichtshof erster Instanz (Landesgericht als Handelsgericht), in dessen Sprengel die Gesellschaft ihren tatsächlichen oder gesellschaftsvertraglichen Sitz hat (§ 106 UGB; § 120 JN). Das Antragsbegehren ist eindeutig zu bezeichnen und der Antrag hat die Angaben gem § 106 UGB und § 3 Z 2 bis 4, 5, 7, 8 und 16 FBG, gegebenenfalls auch die in § 3 Z 6, 9, 11 und 15 FBG und § 4 Z 2, 3, 5 und 7 FBG vorgesehenen zu enthalten.¹⁸
- Prüfung des Antrages durch das Firmenbuchgericht (durch einen Rechtspfleger); ist der Antrag unvollständig oder steht der Eintragung ein sonstiges behebbares Hindernis entgegen, hat das Gericht einen Mängelbehebungsauftrag zu erteilen (§ 17 FBG); nach Behebung der Mängel ist ein ergänzender Firmenbuchantrag einzubringen;
- Registrierung der OG im Firmenbuch mit der Wirkung, dass die Gesellschaft volle Rechtspersönlichkeit erlangt (§ 123 UGB).

Unmittelbar im Anschluss an die Gründung können je nach Lage des Falles die folgenden Schritte notwendig werden:

- Erstellung einer Eröffnungsbilanz (§ 193 UGB);
- Gewerbeanmeldung bei der örtlich zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde (§§ 339 ff GewO);
- Mitteilung über die Betriebseröffnung an das Finanzamt zwecks Zuteilung einer Steuernummer (§ 120 BAO) und UID-Nummer (Art 28 UStG 1994, Binnenmarktregelung); hierzu sind die Formulare Verf 16 und Verf 26 auszufüllen und der Gesellschaftsvertrag und ein Firmenbuchauszug (sofern schon eingetragen) sowie hinsichtlich der Umsatzsteuer das Formular U 15 (allenfalls bei Antrag auf Regelbesteuerung das Formular U 12) vorzulegen.
- Mitteilung an die Krankenkasse zwecks Zuteilung einer Beitragskontonummer für die OG als Dienstgeber;
- Mitteilung an die zuständige Gemeinde/das zuständige Magistrat für die Entrichtung der Kommunalsteuer (§ 11 KommStG 1993) und allfälliger sonstiger Abgaben;
- Meldung der wirtschaftlichen Eigentümer, für den Fall, dass nicht sämtliche OG-Gesellschafter natürliche Personen sind (§ 5 WiEReG).

¹⁸ Zu den Details siehe beispielsweise *Albl/Frech*, Praxishandbuch OG, 38 ff.

1.2. Sonderformen

Die GmbH & Co OG wird in der Praxis im Verhältnis zur weitverbreiteten GmbH & Co KG seltener gewählt.¹⁹ Dennoch ist diese Gestaltungsform zweifelsfrei als Sonderform der OG zu anzusehen.

Die GmbH & Co OG funktioniert grundsätzlich genauso wie die „normale“ OG, mit dem Unterschied, dass die Gesellschafter der OG nicht aus natürlichen Personen, sondern aus GmbHs bestehen.

2. Formvorschriften beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages

Einer der großen Vorteile der Personengesellschaften, sohin auch der OG, im Verhältnis zu den Kapitalgesellschaften ist die vergleichsweise unkomplizierte und formfreie Abschlussmöglichkeit des Gesellschaftsvertrages.

Dies manifestiert sich insbesondere in der Tatsache, dass (i) der Gesellschaftsvertrag der OG nicht beim Firmenbuch eingereicht werden muss, (ii) der Gesellschaftsvertrag formfrei abgeschlossen werden kann sowie, (iii) dass der Gesellschaftsvertrag vergleichsweise einfach abänderbar ist.

2.1. Keine Einreichung des Gesellschaftsvertrages zum Firmenbuch

Nach Abschluss des Gesellschaftsvertrages ist die OG von sämtlichen Gesellschaftern zum Firmenbuch anzumelden (§ 107 Abs 1 UGB). Da das UGB von sämtlichen Gesellschaftern spricht, sind zur Mitwirkung an der Anmeldung auch die nicht zur Geschäftsführung oder Vertretung befugten Gesellschafter verpflichtet.²⁰ Die Vertretung durch bevollmächtigte Dritte bei der Anmeldung ist zulässig (§ 11 Abs 2 UGB).

Dem Firmenbuchgericht nicht vorzulegen ist allerdings der Gesellschaftsvertrag. Da das Gesetz den Gesellschaftern keine Form für den Abschluss vorschreibt, wäre es faktisch auch unmöglich, einen mündlich abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag vorzulegen. Im Gegensatz dazu wird die Vorlage eines Gesellschaftsvertrages allerdings im Regelfall von der Finanzverwaltung verlangt.

2.2. Formfreiheit

Der Abschluss des Gesellschaftsvertrages ist formfrei möglich. Das bedeutet, dass auch ein mündlich abgeschlossener Gesellschaftsvertrag dieselben Rechte und Pflichten begründet wie ein schriftlicher Vertrag.

¹⁹ Schopper in Festschrift Johannes Reich-Rohrwig, 209.

²⁰ Kalss/Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht², Rz 2/347.

Um Rechtssicherheit für die OG-Gesellschafter zu schaffen und damit einhergehend (unnötige) Rechtsstreitigkeiten im Keim zu ersticken, empfiehlt sich der schriftliche Abschluss des Gesellschaftsvertrages in jedem Fall.

Obwohl, wie zuvor beschrieben, der Abschluss des Gesellschaftsvertrages grundsätzlich keiner bestimmten Form bedarf, sind allfällige (verpflichtende) Formvorschriften auf Grundlage anderer Gesetze zu beachten.²¹ So müsste bei Sacheinlage eines GmbH-Anteiles auf Basis von § 76 Abs 2 GmbHG auch der OG-Gesellschaftsvertrag in Notariatsaktsform errichtet werden.²² Unter Umständen sind auch die besonderen Formvorschriften beim Abschluss von Gesellschaftsverträgen zwischen Ehegatten zu beachten bzw ist Vorsicht hinsichtlich der Formgebote für Schiedsklauseln geboten.²³

2.3. Abschluss durch Bevollmächtigte

Eingetragene Unternehmer haben die Möglichkeit, sich beim Abschluss von Gesellschaftsverträgen durch Prokuristen vertreten zu lassen.²⁴ Zu beachten wäre beim Abschluss von Gesellschaftsverträgen durch Prokuristen allerdings, dass die Prokura für gewöhnlich die Einbringung von Liegenschaften bzw von Unternehmen nicht deckt.

Ebenso ist aber auch der Abschluss von Gesellschaftsverträgen durch rechtsgeschäftlich bevollmächtigte Dritte möglich. Hierfür ist allerdings eine Spezialvollmacht (§ 1008 ABGB) erforderlich.

3. Änderungen des Gesellschaftsvertrages

Ebenso wie der Abschluss sind auch allfällige Änderungen des Gesellschaftsvertrags grundsätzlich formfrei möglich. Die Änderungen können ausdrücklich oder konkludent erfolgen.²⁵

Es steht den Gesellschaftern allerdings frei, eine bestimmte Form, in der Praxis zu meist eine einfache Schriftform, für Änderungen des Gesellschaftsvertrages bereits im Gesellschaftsvertrag selbst festzulegen. Gemäß § 884 ABGB wird die Vermutung aufgestellt, wonach vor Erfüllung der vereinbarten Formerfordernisse keine Bindung der Parteien eintreten soll.²⁶

Wenn der Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Quoren vorsieht, bedürfen Änderungen des Gesellschaftsvertrages der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter.²⁷

21 *Umfahrer in Bertl et al*, Die Personengesellschaft im Unternehmens- und Steuerrecht, Punkt 1.2.

22 *Umfahrer in Bertl et al*, Die Personengesellschaft im Unternehmens- und Steuerrecht, Punkt 1.2.

23 *Kraus in Torggler*, UGB³, § 105 UGB, Rz 22.

24 *Torggler in Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 105 UGB, Rz 81.

25 *Kalss/Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht², Rz 2/346.

26 *Harrer*, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens, 105.

27 *Torggler in Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 105 UGB, Rz 83.