

1. Kapitalaufbringung

1.1. Allgemein

Eines der zentralen Merkmale im österreichischen Gesellschaftsrecht ist die Differenzierung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften. Einer der wesentlichen Unterschiede zwischen diesen Gesellschaftsformen liegt in der Haftung der Gesellschafter. Personengesellschaften, hierzu zählen ua Offene Gesellschaften (OG), Kommanditgesellschaften (KG) sowie Gesellschaften bürgerlichen Rechts (GesbR), sind dadurch gekennzeichnet, dass ihre Gesellschafter grundsätzlich unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit ihrem persönlichen Vermögen in Anspruch genommen werden können. Eine Ausnahme bildet die Kommanditgesellschaft, bei welcher nicht alle Gesellschafter einer unbeschränkten Haftung ausgesetzt sind. Bei dieser Gesellschaftsform wird bei den Gesellschaftern zwischen Komplementären und Kommanditisten unterschieden. Die Kommanditisten haften im Gegensatz zu den Komplementärgesellschaftern nur in Höhe der übernommenen Haftsumme. 1

Die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft (GmbH bzw AG) trifft dagegen grundsätzlich keine Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft (ausgenommen bei Fällen der Durchgriffshaftung¹). Aufgrund der Tatsache, dass die Gesellschafter der Personengesellschaften grundsätzlich unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen haften – ausgenommen Kommanditisten – sind im Gegensatz zu Kapitalgesellschaften, keine detaillierten und zwingenden Regelungen über die Aufbringung und Erhaltung des Gesellschaftskapitals erforderlich. 2

Aus diesem Grund wird beispielsweise bei Personengesellschaften nicht die Aufbringung eines Mindestkapitals gesetzlich gefordert. Es ist bei der Gründung einer Personengesellschaft vollkommen irrelevant, wie viel Stammkapital in die Gesellschaft eingebracht wird. Bei einer GmbH wird im Gegensatz dazu ein gesetzliches Mindestkapital in Höhe von EUR 35.000,- (vgl AG Mindestkapital EUR 70.000,-) gefordert.

Diese hier beschriebenen Gegensätze führen ua zu konträren gesetzlich geforderten Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften bei Personen- und Kapitalgesellschaften. Das Gesetz sieht daher bei weitreichenderen Haftungsbeschränkungen zu Gunsten der Gesellschafter (wie GmbH und AG), strengere Kapitalaufbringungsvorschriften – als Gläubigerschutz – vor.

Unterschiede betreffend das System der Kapitalaufbringung sind auch innerhalb der Kapitalgesellschaften selbst zu finden. Bei der GmbH gibt es im Vergleich zur Aktiengesellschaft eine stärkere Bindung der Gesellschafter an ihre Anteile. Dies erfolgt dadurch, dass die Anteile der Gesellschafter in ihrer Übertragbarkeit 3

1 Siehe etwa Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 4/351.

1. Kapitalaufbringung

eingeschränkt sind, indem der Verkauf und die Übertragung der Gesellschaftsanteile eines Notariatsaktes bedürfen und die Gesellschafter zusätzlich ins Firmenbuch einzutragen sind. Bei der AG hingegen erfolgt der Verkauf der Aktien ohne Notariatsakt; zudem werden im Firmenbuch – ausgenommen bei Alleinaktionären – die Gesellschafter nicht eingetragen, sondern es wird bei der Gründung im Firmenbuch lediglich die Art der ausgegebenen Aktien (Stück- oder Nennbetragsaktien udgl) festgelegt. Im Vergleich zur GmbH sind die Aktien bei der AG nicht so stark an die Aktionäre „gebunden“. Ein Verkauf einer Aktie ist im Vergleich zu einem GmbH-Anteil leichter und ohne erheblichen Aufwand möglich.

- 4 Ein weiterer Unterschied zwischen diesen beiden Gesellschaftsformen liegt darin, dass die Gesellschafter einer GmbH unter gewissen Umständen zur Haftung für Mitgesellschafter herangezogen werden können. Bspw können die Gesellschafter zu Zahlung noch ausstehender Stammeinlagen anderer Gesellschafter herangezogen werden, obwohl sie ihre eigene Stammeinlage bereits voll eingezahlt haben. Solche Haftungsbestimmungen sind im Aktiengesetz (AktG) nicht vorgesehen. Die begrenzte Haftung der Aktionäre wird mit einer gesetzlich festgelegten Gründungsprüfung und einem strengen Aufsichts- und Prüfungssystem abgesichert.²

Überblick der Gesellschaftsformen

	Personengesellschaften	GmbH	AG
Art	Natürliche Person	Juristische Person	Juristische Person
Mindestkapital	Keines	EUR 35.000,-	EUR 70.000,-
Haftung	Gesellschafter haften grundsätzlich unbeschränkt, gesamtschuldnerisch und solidarisch (Ausnahme: Kommanditisten)	Gesellschafter haften grundsätzlich nur für die Leistung der Einlage	Aktionäre haften grundsätzlich nur für die Leistung der Einlage
Mobilität der Mitgliedschaft	Anteile grundsätzlich unübertragbar und unvererblich	Anteile sind übertragbar (Notariatsaktpflicht)	Anteile sind übertragbar

1.1.1. Grundlagen

- 5 In Zusammenschau mit obigen Ausführungen ist bei Personengesellschaften das sogenannte „**Durchgriffsprinzip**“ vorherrschend; die Gewinn- bzw Verlustzurechnung erfolgt direkt beim Gesellschafter. Bei Kapitalgesellschaften ist das

2 Koppenteiner in Koppenteiner/Rüffler, GmbHG³ § 61 Rz 3 ff.

„**Trennungsprinzip**“ maßgebend; hierbei erfolgt die Gewinn- bzw Verlustzurechnung bei der Gesellschaft selbst. Das kapitalgesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip besagt, dass die Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich nicht mit ihrem Privatvermögen einzustehen haben. Das Privatvermögen der Gesellschafter soll vor dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger geschützt sein. Darin liegt für die Gesellschafter der wesentliche Vorteil bei Kapitalgesellschaften gegenüber Personengesellschaften. Vor allem dem Trennungsprinzip verdanken Kapitalgesellschaften sohin ihre Beliebtheit.³

1.1.2. Stammkapital

Für die Gründung einer GmbH in Österreich, benötigt man ein **Mindeststammkapital** in Höhe von EUR 35.000,-, dieses entspricht der Hälfte des Grundkapitals der AG (EUR 70.000,-).⁴ Bei der GmbH wird das Stammkapital durch sogenannte **Stammeinlagen** aufgebracht. Die Gesellschafter erhalten für die von ihnen eingezahlte Stammeinlage einen Anteil an der Gesellschaft (sogenannte Gesellschaftsanteile). Die Summe, der von den Gesellschaftern einzuzahlenden Stammeinlagen, ergibt sohin das Stammkapital.⁵ Die Höhe des Stammkapitals ist im Gesellschaftsvertrag gemäß § 4 Abs 1 GmbHG verpflichtend zu bestimmen. Eine Begrenzung des Stammkapitals nach unten ist mit der gesetzlichen Festlegung des Mindeststammkapitals in Höhe von EUR 35.000,- erfolgt. Eine Begrenzung nach oben ist gesetzlich nicht vorgesehen.

Das Stammkapital hat zudem auf einen Eurobetrag zu lauten; die Einzahlung der Stammeinlage durch die Gesellschafter in einer anderen Währung ist folglich unzulässig.⁶ Neben Bareinlagen in Euro sind auch Sachleistungen möglich.

Eine weitere relevante Norm in diesem Zusammenhang stellt die **Hälfteklausele** **7** gem § 6a Abs 1 GmbHG dar. Diese Norm bestimmt, dass mindestens die Hälfte des Stammkapitals verpflichtend in barem Geld aufgebracht werden muss.⁷ Wird sohin beispielsweise im Gesellschaftsvertrag das Stammkapital mit einer Höhe von EUR 35.000,- festgelegt, müssen hiervon mindestens EUR 17.500,- in bar eingezahlt werden. Hiervon gibt es gesetzlich bestimmte Ausnahmen, wie Begünstigungen für Unternehmensfortführungen (siehe hierzu näher Rz 25 ff).⁸

3 *van Husen/Krejci in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 6 Rz 4; siehe auch *Mader/Klampferer*, Merkmale der GmbH (Stand 13.2.2020, Lexis Briefings in lexis360.at); RIS-Justiz RS 0059938, RS 0119230.

4 *Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 7 Rz 1 f; *Mader/Weinknecht*, Hauptmerkmale der Aktiengesellschaft (Stand 11.2.2020, Lexis Briefings in lexis360.at); siehe auch *van Husen/Krejci in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 6 Rz 63.

5 *van Husen/Krejci in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 6 Rz 50.

6 *U. Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 6 Rz 6 f.

7 *van Husen in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 6a Rz 14.

8 *U. Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 6 Rz 6 f.

- 8 Eine Ausnahme von den gesetzlichen Vorgaben – betreffend das Mindestkapital in Höhe von EUR 35.000,- unmittelbar bei der Gründung der Gesellschaft – stellt die Inanspruchnahme der **Gründungsprivilegierung** gem § 10b GmbHG dar.⁹ Hierdurch wurde vom Gesetzgeber die Möglichkeit geschaffen, eine GmbH mit „reduziertem Stammkapital“ in Höhe von EUR 10.000,- zu gründen. Trotz der Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung wird jedoch das Stammkapital in Höhe von EUR 35.000,- weiter beibehalten; es kommt sohin nur zu einer zeitlich beschränkten Reduzierung (siehe hierzu näher Rz 13 ff).¹⁰
- 9 Auf den Schutz des Stammkapitals einer GmbH legt der Gesetzgeber besonderen Wert. Dies erkennt man an den obig angeführten Bestimmungen und gesetzlichen Vorgaben. Diese stellen ua einen Eckpfeiler des kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes dar.¹¹ Die Aufbringung des Stammkapitals kann sowohl durch Bar- als auch durch Sacheinlagen der Gesellschafter erfolgen. Abhängig von der Aufbringungsart sind wiederum bestimmte Voraussetzungen und gesetzliche Erfordernisse zu beachten.

1.1.3. Bargründung

- 10 Die Gesellschafter haben auf jede bar zu leistende Stammeinlage mindestens ein Viertel (**Viertelregelung**), jedenfalls aber einen Betrag in Höhe von EUR 70,- an die Gesellschaft zu leisten (§ 10 Abs 1 GmbHG). Wird eine Gründungsprivilegierung nicht in Anspruch genommen, müssen die in bar geleisteten Stammeinlagen insgesamt mindestens eine Höhe von EUR 17.500,- aufweisen (bei Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung verringert sich der Betrag auf EUR 5.000,-, § 10b GmbHG, siehe Rz 13 ff). Bei der Höhe der Stammeinlage muss nur die Mindesthöhe von EUR 70,- beachtet werden, einen Höchstbetrag gibt es, wie auch beim Stammkapital, nicht.¹²
- 11 Wichtig ist, dass der jeweilige Betrag der Stammeinlage gemäß § 4 Abs 1 Z 4 GmbHG im Gesellschaftsvertrag zu bestimmen und im Firmenbuch einzutragen ist. Im Innenverhältnis entstehen durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrages zwischen den Gründern besondere Schutz- und Treuepflichten.¹³ Die Gesellschaft hat grundsätzlich ab diesem Zeitpunkt gegenüber den Gesellschaftern ua einen Anspruch auf Leistung und Einzahlung der Stammeinlagen. Bis zur Eintragung im Firmenbuch der Gesellschaft besteht dieser Anspruch nur gegenüber den Gesellschaftern im Innenverhältnis.¹⁴

9 2. AbgÄG 2014 BGBI I 2014/13.

10 OGH 21.11.2017, 6 Ob 194/17y; siehe dazu auch *Walch*, Die gründungsprivilegierte GmbH nach dem Abgabenänderungsgesetz 2014, *ecolex* 2014, 337; *van Husen* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG, § 10b Rz 219 ff.

11 *van Husen/Krejci* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 6 Rz 23.

12 *Winkler/Winkler* in *FAH*, GmbHG (2017) § 6 Rz 7.

13 OGH 13.7.1995 6 Ob 570/94; OGH 23.2.1999 4 Ob 27/99w; OGH 20.9.2005 5 Ob 74/05a; siehe auch RIS-Justiz RS 0052720.

14 *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 10 Rz 8.

Die Einzahlung der Bareinlage hat vor der Anmeldung der GmbH ins Firmenbuch zu erfolgen. In der Praxis kann die Einzahlung der Bareinlagen direkt an die Geschäftsführer erfolgen, welche die Einlage in weiterer Folge auf ein Bankkonto der Gesellschaft einzuzahlen haben. Es besteht auch die Möglichkeit, dass die Gesellschafter ihre Einlagen direkt auf ein Konto der Gesellschaft überweisen. Die Überweisung auf das Gesellschaftskonto ist von wichtiger Bedeutung für die Gründung der Gesellschaft, um die für die Eintragung ins Firmenbuch erforderliche Bankbestätigung gem § 10 Abs 3 GmbHG zu erhalten (siehe Rz 77 ff).¹⁵

Das Konto, auf welchem die Einlagen der Gesellschafter einzuzahlen sind, hat auf die Gesellschaft oder auf die Geschäftsführer zu lauten. Lautet das Konto auf die Geschäftsführer, muss hierbei ein Hinweis auf die Treugeberschaft der Gesellschaft erfolgen. Die zu verwendende Währung ist mit Euro gesetzlich festgesetzt sowie die Tatsache, dass das Konto bei einem inländischen Kreditinstitut iS des § 1 Abs 1 BWG geführt werden muss.¹⁶ Die Einschränkung auf Kreditinstitute im Inland ist nach der hL als europarechtswidrig einzustufen.¹⁷

Praxisbeispiel:

Eine GmbH wird von drei Gesellschaftern gegründet. Die Gesellschafter einigen sich im Gesellschaftsvertrag auf ein Stammkapital in Höhe von EUR 50.000,-. Dieses soll durch eine Stammeinlage des Gesellschafters A in Höhe von EUR 35.000,-, einer Stammeinlage des Gesellschafters B in Höhe von EUR 14.900,- sowie einer Stammeinlage des Gesellschafters C in Höhe von EUR 100,- aufgebracht werden. Nach Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben bei der Bargründung müssen die Gesellschafter mindestens ein Viertel ihrer Stammeinlage sofort leisten. Gesellschafter A muss sohin EUR 8.750,- (1/4 von EUR 35.000,-), Gesellschafter B EUR 3.725,- (1/4 von EUR 14.900,-) und Gesellschafter C EUR 25,- (1/4 von EUR 100,-) einzahlen. Zu beachten ist, dass die Stammeinlage eine Mindesthöhe von EUR 70,- haben muss. Sohin ist die Bareinzahlungsverpflichtung des Gesellschafters C nicht nur ein Viertel der übernommenen Stammeinlage, sondern hat eine Mindesthöhe von EUR 70,-.

Insgesamt leisten die drei Gesellschafter sohin einen Betrag in Höhe von EUR 12.545,-. Die Hälfteklausel gem § 10 GmbHG bestimmt jedoch, dass grundsätzlich immer (ausgenommen bei der Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung oder bei Vorliegen einer Ausnahme gemäß § 6a GmbHG) Barmittel in Höhe von EUR 17.500,- von den Gründern aufzubringen sind. Die Gesellschafter müssen sohin die Differenz zwischen EUR 12.545,- und EUR 17.500,- aufstocken. Welcher Gesellschafter die Differenz übernimmt bzw wie diese zwischen den Gründern aufgeteilt wird, ist frei zu bestimmen. Im Zweifel ist die Differenz anteilig aufzubringen.

¹⁵ U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 10 Rz 21.

¹⁶ U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 10 Rz 22; siehe dazu auch van Husen in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 10 Rz 124.

¹⁷ van Husen in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 10 Rz 123; Koppensteiner/Rüffler in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 10 Rz 7.

1.1.4. Gründungsprivilegierung § 10b GmbHG

1.1.4.1. Grundlage

- 13 Das Gesetz sieht in § 10b GmbHG eine **Gründungsprivilegierung** vor. Diese Privilegierung ist am 1. März 2014 unbefristet (Abgabenänderungsgesetz 2014) in Kraft getreten und löste die zwischen 1.7.2013 bis 28.2.2014 geltende Regelung der Einführung einer österreichischen „**GmbH light**“ (GesRÄG 2013) ab. In dem durchaus kurzen Zeitraum vom 1.7.2013 bis 28.2.2014 war es – aufgrund der neu geschaffenen Gesetzeslage – möglich, das Stammkapital allgemein auf die Höhe von EUR 10.000,- herabzusetzen, ohne dass es hierfür bestimmter Voraussetzungen bedurfte. Eine solche Herabsetzung des Stammkapitals war auch im Nachhinein, bei bereits gegründeten Kapitalgesellschaften, erlaubt. Kapitalgesellschaften, welche in diesem Zeitraum eine Kapitalherabsetzung auf EUR 10.000,- durchgeführt haben, sind nun gesetzlich verpflichtet (§ 127 Abs 16 GmbHG), das Stammkapital wieder auf EUR 35.000,- zu erhöhen. Diese gesetzliche Bestimmung zur Anhebung des Stammkapitals wurde bereits dreimal wegen Verfassungswidrigkeit vom Obersten Gerichtshof (OGH) dem Verfassungsgerichtshof (VfGH) zur Prüfung vorgelegt. Der VfGH hat diese Anträge bereits dreimal abgewiesen und nicht als verfassungswidrig angesehen.¹⁸
- 14 Als Ersatz für die „GmbH light“ wurde mit dem AbgÄG 2014 eine **gründungsprivilegierte GmbH** eingeführt. Diese stellt eine „normale“ GmbH dar, die grundsätzlich über ein Stammkapital in der Höhe von EUR 35.000,- verfügt. Die Gesellschafter müssen in den ersten 10 Jahren ab Gründung jedoch nur ein Stammkapital in Höhe von EUR 10.000,- aufbringen. Ziel der seit 1. März 2014 in Kraft getretenen Änderung war es, die Rechtsform der GmbH auch für finanziell nicht starke Gründer attraktiv zu machen, indem die Gründungskosten zu Beginn gesenkt wurden.¹⁹ Änderungen im Vergleich zur „GmbH light“ sind, dass die Privilegierung des § 10b GmbHG nur bei der Gründung in Anspruch genommen werden kann. Die Möglichkeit, nach Eintragung der Gesellschaft das Stammkapital durch Inanspruchnahme der Privilegierung herabzusetzen, besteht nicht mehr. Zudem ist die Privilegierung zeitlich begrenzt und nur für eine gesetzlich determinierte Dauer möglich. Wird die Privilegierung in Anspruch genommen, sieht § 10b GmbHG keinen Firmenzusatz für die GmbH vor. Dies hat zur Folge, dass die Gründungsprivilegierung nur aus dem Firmenbuch und aus dem Gesellschaftsvertrag für Gläubiger ersichtlich ist.²⁰

18 OGH 9.10.2014, 6 Ob 111/14p, zurückgewiesen durch VfGH 19.6.2015, G 211/2014; OGH 31.8.2015, 6 Ob 147/15h, zurückgewiesen durch VfGH 25.2.2016, G 495/2015; OGH 31.8.2015, 6 Ob 74/16z, zurück- bzw abgewiesen durch VfGH 14.3.2017, G 311/2016.

19 *van Husen in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10 b Rz 3; *Winkler/Winkler in FAH*, GmbHG (2017) § 10b Rz 1; siehe auch OGH 21.11.2017, 6 Ob 194/17y.

20 *van Husen in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10b Rz 127; *Winkler/Winkler in FAH*, GmbHG (2017) § 10b Rz 4.

Um die Gründungsprivilegierung in Anspruch nehmen zu können, müssen die Gründer eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag vorsehen. Diese legt die „gründungsprivilegierten Stammeinlagen“ fest, die in Summe mindestens EUR 10.000,- erreichen müssen. Davon sind gemäß § 10 Abs 3 GmbHG lediglich EUR 5.000,- bei der Gründung in bar einzuzahlen. Neben den „gründungsprivilegierten Stammeinlagen“ ist zudem noch die übernommene, nicht-gründungsprivilegierte Stammeinlage der Gesellschafter sowie das Stammkapital (mind EUR 35.000,-) anzuführen. Im Gesellschaftsvertrag ist somit zum einen die übernommene, nicht-gründungsprivilegierte Stammeinlage und zum anderen die gründungsprivilegierte Stammeinlage zu bestimmen. Wichtig hierbei ist, dass die gründungsprivilegierte Stammeinlage nicht höher als die nicht-gründungsprivilegierte Stammeinlage sein darf.²¹ **15**

Wie bereits oben angeführt, muss die Summe der gründungsprivilegierten Stammeinlagen mindestens EUR 10.000,- betragen. Ungeachtet dieser Privilegierung können die Gründer ebenfalls von der Hälfteklausel des § 10 Abs 1 GmbHG Gebrauch machen. Die Gesellschafter sind, wie bei der traditionellen GmbH, zur Einzahlung der Hälfte des gründungsprivilegierten Stammkapitals in Höhe von EUR 5.000,- verpflichtet. Bei Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung wurde überdies die Möglichkeit der Aufbringung des Stammkapitals mittels Sacheinlagen ausgeschlossen. Es sind nur Bargründungen möglich und die privilegierten Stammeinlagen müssen zur Gänze bei Gründung geleistet werden.²² Die Regeln der Bargründung sind auch bei der privilegierten Gründung einzuhalten. Folglich muss auch eine gründungsprivilegierte Stammeinlage mindestens auf EUR 70,- lauten und es ist mindestens ein Viertel vom jeweiligen Gesellschafter einzuzahlen (siehe Rz 10 ff).²³ **16**

Die in Anspruch genommene **Gründungsprivilegierung endet** gem § 10 b Abs 5 Satz 2 GmbHG **„spätestens 10 Jahre nach Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch“**. Die Gründungsprivilegierung kann nur für eine Dauer von zehn Jahren in Anspruch genommen werden.²⁴ Nach Ablauf der zehn Jahre – nach Firmenbucheintragung der GmbH – verliert die Privilegierung ihre Geltung und das privilegierte Stammkapital wird durch das generell geltende Mindeststammkapital von EUR 35.000,- (bzw das Stammkapital, zu welchem sich die Gesellschafter nach der Privilegierung verpflichtet haben) ersetzt.²⁵ Hierfür ist keine Beschlussfassung der Gesellschafter erforderlich, die Privilegierung endet automatisch. Die **17**

21 *van Husen in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10b Rz 113; *Winkler/Winkler* in FAH, GmbHG (2017) § 10b Rz 4; *Schörghofer/Krausler*, Gründungsprivilegierung nach § 10b GmbHG, GesRZ 2014, 168; siehe auch OGH 21.11.2017, 6 Ob 194/17y.

22 *van Husen in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10b Rz 119.

23 *van Husen in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10b Rz 182.

24 *van Husen in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10b Rz 46; siehe auch OGH 21.11.2017, 6 Ob 194/17y.

25 *van Husen in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10b Rz 136.

1. Kapitalaufbringung

Geschäftsführer haben in weiterer Folge die Mindesteinzahlung auf das tatsächliche Stammkapital einzufordern und nach der Einzahlung dies im Firmenbuch eintragen zu lassen.²⁶ Es handelt sich bei der Gründungsprivilegierung um eine befristete Reduktion der Bareinzahlungspflicht der Gesellschafter einer GmbH.²⁷

- 18** Grundsätzlich sind die Gesellschafter auch bei der gründungsprivilegierten GmbH gem § 63 Abs 1 GmbHG zur vollen Einzahlung der von ihnen übernommenen Stammeinlage verpflichtet. Die Verpflichtung zur vollen Einzahlung der übernommenen Stammeinlage besteht jedoch während aufrechter Gründungsprivilegierung nur insoweit, als die bereits geleisteten Einzahlungen der Gesellschafter hinter den gründungsprivilegierten Stammeinlagen zurückbleiben (siehe Rz 10 ff).²⁸
- 19** Entscheiden die Gesellschafter die Gründungsprivilegierung vorzeitig beenden zu wollen, bedarf dieser Wunsch einer Änderung des Gesellschaftsvertrages. Bei einer solchen Änderung müssen vor Anmeldung im Firmenbuch die Mindesteinzahlerfordernisse gem § 10 Abs 1 GmbHG erfüllt werden.²⁹ Weiters ist die Erfüllung der Einzahlungspflichten gem § 10 Abs 2 GmbHG sowie die Erklärungen und der Nachweis nach § 10 Abs 3 GmbHG beizubringen (siehe hierzu Rz 10 ff).³⁰ Die vorzeitige Beendigung der Gründungsprivilegierung (§ 50 Abs 1 GmbHG) erfordert grundsätzlich die Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen der Gesellschafter. Nach einem Teil³¹ der Lehre ist hierzu sogar ein einstimmiger Beschluss der Gesellschafter erforderlich, da durch diese Veränderung die Pflichten der Gesellschafter vermehrt werden.³² Wird die Gründungsprivilegierung nicht auf Wunsch der Gesellschafter beendet, endet diese, wie erwähnt, automatisch nach Ablauf der Frist von 10 Jahren nach der Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch.³³

Fraglich ist, was zu geschehen hat, wenn eine Gesellschaft nach Ablauf von 10 Jahren untätig bleibt. Das Gesetz sieht hierfür keine gesonderten Regelungen vor. Es besteht sohin keine gesetzliche Bestimmung, welche eine Löschung der Privilegierung aus dem Firmenbuch von Amts wegen vorsehen würde. Wie daher Firmenbuchgerichte nach Ablauf der Zehnjahresfrist und bei Untätigkeit der Gesellschaft handeln sollen (bspw durch Verhängung von Zwangsstrafen udgl), bleibt sohin völlig ungewiss und wird zukünftig vom Gesetzgeber noch zu bestimmen sein.³⁴

26 Winkler/Winkler in FAH, GmbHG (2017) § 10b Rz 5.

27 van Husen in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 10b Rz 145.

28 OGH 21.11.2017, 6 Ob 194/17y.

29 U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 10b Rz 18.

30 RIS-Justiz RS 0132873.

31 Winkler/Winkler in FAH, GmbHG (2017) § 10b Rz 6.

32 U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 10b Rz 18.

33 OGH 21.11.2017, 6 Ob 194/17y.

34 van Husen in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 10b Rz 241.

Vorteile der Gründer iZm der Gründungsprivilegierung:

Wird die Privilegierung bei der Gründung der GmbH von den Gesellschaftern gewählt, hat dies bspw auch Auswirkungen auf die Haftung der Gesellschafter sowie auf eine allenfalls bestehende Nachschussverpflichtung. Für die Gläubiger kann die Inanspruchnahme der Privilegierung „im schlimmsten Fall“ sogar zu einer Reduktion des Haftungsfonds um EUR 25.000,- und nicht „bloß“ um EUR 12.500,- (Differenz zwischen privilegierter Bareinzahlungsverpflichtung in Höhe von EUR 5.000,- und Bareinzahlungsverpflichtung bei einer traditionellen GmbH in Höhe von EUR 17.500,-) führen. Innerhalb der Zehnjahresfrist kommt es aus Sicht der Gläubiger zu einer Reduzierung des Mindeststammkapitals in Höhe von EUR 25.000,-, da in dieser Zeit von Seiten der Gesellschafter nur eine Einzahlungspflicht von höchstens EUR 10.000,- besteht.

Im Insolvenzfall wird gem § 10 b Abs 5 letzter Satz GmbHG ausdrücklich bestimmt, dass die Gesellschafter – innerhalb aufrechter Gründungsprivilegierung – nur zur Einzahlung der „gründungsprivilegierten Stammeinlagen“ verpflichtet werden können. Eine Einforderung der die gründungsprivilegierten Stammeinlagen (gründungsprivilegiertes Stammkapital EUR 10.000,-) übersteigenden Differenz auf das Mindeststammkapital (EUR 35.000,-) kommt nicht in Betracht. Hierbei handelt es sich für eine gewisse Zeit um eine „nicht-einforderbare“ Stammeinlage.³⁵ Auch der Insolvenzverwalter kann – im Falle eines Insolvenzverfahrens – sohin die auf das Mindeststammkapital fehlenden Beträge von den Gesellschaftern nicht einfordern (gem § 14 Abs 2 IO), sondern nur den auf die gründungsprivilegierten Stammeinlagen fehlenden Betrag, also idR EUR 5.000,-.

Hinsichtlich der Einforderung von Nachschüssen (siehe hierzu Rz 143 ff) müssen nach herrschender Rechtsansicht zunächst die offenen Stammeinlagen eingefordert werden. Dies trifft jedoch nur für solche Stammeinlagen zu, die auch tatsächlich eingefordert werden können. Nicht umfasst sind – während der Gründungsprivilegierung – übernommene, nicht-gründungsprivilegierte Stammeinlagen, die die gründungsprivilegierten Stammeinlagen übersteigen. Die gründungsprivilegierte Gesellschaft muss demnach idR nur die gründungsprivilegierten Stammeinlagen in Höhe von EUR 10.000,- voll einfordern, bevor sie die gesetzlich determinierte Nachschusspflicht durchsetzen kann. Dies hat folglich auch Auswirkungen auf die Haftung der jeweiligen Gesellschafter.³⁶

Demnach sind Gesellschafter während aufrechter Gründungsprivilegierung nur zur Einzahlung der gründungsprivilegierten Stammeinlage verpflichtet. Die Differenz zur übernommenen, nicht-gründungsprivilegierten Stammeinlage ist während der Gründungsprivilegierung nicht fällig. Damit die GmbH eine Nachschusspflicht durchsetzen kann, muss sie nur die gründungsprivilegierten Stammeinlagen voll eingefordert haben.³⁷

Abschließend kann festgehalten werden, dass die Auswirkungen der Privilegierung für die Gesellschafter iZm einer möglichen Insolvenz bzw einer möglichen Nachschusspflicht jedenfalls als positiv zu beschreiben sind.

1.1.4.2. Rechtsvergleich Deutschland

In Deutschland trat zu Beginn des Jahres 2009 eine Reform des Gesellschaftsrechtes (Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)) in Kraft. Durch das MoMiG wurde ua die Kapitalauf-

35 *van Husen in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10 b Rz 187.

36 *van Husen in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10 b Rz 187; siehe hierzu auch OGH 6 Ob 197/17y ecolx 2018/187 (431).

37 OGH 21.11.2017, 6 Ob 194/17y.

bringung, die Kapitalerhaltung und das Eigenkapitalersatzrecht vereinfacht. So wurde eine „**Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)**“ als stammkapital-minimale GmbH-Variante, eine sogenannte „**Mini-GmbH**“ geschaffen. Hierbei handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit reduziertem Stammkapital. Das Hauptziel der gesamten Reform sollte zur Vereinfachung des Rechts der GmbH führen. Gerade im internationalen Wettbewerbsvergleich führte die mit der Gründung verbundenen Formpflichten zu einer starken Benachteiligung der deutschen Gesellschaftsformen. Beispielsweise benötigt man in England oder Frankreich weniger als einen Tag zur Eintragung der Gesellschaft im Register. In Deutschland und Österreich benötigt man für die Eintragung einen weitaus längeren Zeitraum.³⁸

Nachstehend sollen kurz – im Vergleich zur österreichischen Ausgestaltung – die Sonderregelungen der deutschen „Mini-GmbH“ aufgezeigt werden:

- Im Rechtsverkehr darf die Mini-GmbH nur mit einem Firmenzusatz „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ auftreten. Wichtig hierbei ist, dass zwar das Wort Unternehmensgesellschaft abgekürzt werden darf, eine Abkürzung des Zusatzes „haftungsbeschränkt“ jedoch nicht gestattet und sohin unzulässig ist.
- Hinsichtlich der Kapitalaufbringung bestehen zudem – anders als bei der traditionellen deutschen GmbH – eine Volleinzahlungspflicht sowie ein Verbot von Sacheinlagen.³⁹
- Das Stammkapital der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) stellt eine Besonderheit der Reform dar, denn dieses muss nur mindestens EUR 1,- betragen, im Gegensatz zum Stammkapital in Höhe von EUR 25.000,- bei der traditionellen deutschen GmbH. An dieses geringe Stammkapital sind jedoch besondere Voraussetzungen geknüpft, welche seitens der Gesellschafter zu erfüllen sind. Es müssen jährlich mindestens 25 % des Jahresüberschusses in eine Rücklage eingestellt werden. Erst wenn die angesammelte Rücklage zusammen mit dem bei der Gründung eingezahlten Stammkapital die Summe von EUR 25.000,- übersteigt, können die Gesellschafter durch einen Kapitalerhöhungsbeschluss die gesetzlich verpflichtende Rücklagenbildung beenden. Auch nach Beendigung der Rücklagenbildung bleibt die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) weiterhin in der einmal gewählten Form bestehen. Sie wird sohin nicht von selbst zu einer traditionellen GmbH. Hierfür bedarf es einer Umfirmierung, welche eine beschränkte Unternehmergesellschaft in eine GmbH „verwandelt“.⁴⁰

38 *Lutter*, Der Regierungsentwurf eines Reformgesetzes zum deutschen GmbH-Gesetz, GesRZ 2007, 365 (366); *Hoffmann/Bayer*, Erfahrungen mit der Unternehmergesellschaft in Deutschland – Exempel für Österreich?, GeS 2011, 104 (104).

39 *van Husen* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10b Rz 117; *Lutter*, Der Regierungsentwurf eines Reformgesetzes zum deutschen GmbH-Gesetz, GesRZ 2007, 365 (366).

40 *van Husen* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10b Rz 24; *Lutter*, Der Regierungsentwurf eines Reformgesetzes zum deutschen GmbH-Gesetz, GesRZ 2007, 365 (365).