

1. Gesellschaftsrecht

1.1. Einführung

1.1.1. Gesellschaftsrecht in Österreich

Der in Österreich herrschende Rechtsformzwang sieht vor, dass sich Gründer einer Gesellschaft nur einer vom Gesetz vorgesehenen Gesellschaftsform bedienen können (sogenannter „Numerus clausus“ des Gesellschaftsrechts.¹ Das bedeutet, dass die Gründung einer Gesellschaft außer in einer dieser explizit vorgegebenen Rechtsformen nicht möglich ist (daher beispielsweise keine Gründung einer in Großbritannien vorgesehenen „Limited“ in Österreich).

Folgende Gesellschaften² stehen zur Wahl:

- Personengesellschaften
 - Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR)
 - Kommanditgesellschaft (KG)
 - Offene Gesellschaft (OG)
 - Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)
 - Stille Gesellschaft
- Kapitalgesellschaften
 - Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)
 - Aktiengesellschaft (AG)
 - Societas Europaea – Europäische Aktiengesellschaft (SE)
- Genossenschaften und Vereine
 - Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Gen)
 - Societas Cooperativa Europaea – Europäische Genossenschaft (SCE)
 - Ideeller Verein (IV)
 - Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG)
 - Sparkassenverein (SpV)

Während bei den Kapitalgesellschaften wie auch bei den Genossenschaften und Vereinen das Trennungsprinzip (ua Haftung gegenüber den Gläubigern ausschließlich mit dem Vermögen der Gesellschaft) vorherrschend ist, charakterisieren sich die Personengesellschaften durch eine enge Verbindung zu ihren Gesellschaftern.³

Wesensmerkmal der Personengesellschaften – und somit auch der OG – ist die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter.⁴ Da Gesellschafter ohnedies unbeschränkt haften, bestehen beispielsweise keine Kapitalerhaltungs- bzw Kapitalaufbringungsregelungen wie bei den Kapitalgesellschaften. Im Bereich der Personengesellschaften stehen – im Unterschied zu Kapitalgesellschaften – die Regelungen im Zusammenhang mit der

1 *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Band II³ (2017) 3.

2 *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II³ 3.

3 *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II³ 13.

4 *C. Appl* in *Bergmann/Ratka*, Handbuch Personengesellschaften² (2016) Rz 3/5.

Haftung der Gesellschafter im Vordergrund. Auf diese Weise soll der Gläubigerschutz bei Personengesellschaften gewährleistet werden.⁵

Im Bereich der Personengesellschaften ist weiters zwischen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Rechtsformen zu unterscheiden. Der GesbR fehlt es an Rechtsfähigkeit.⁶ Sie ist keine juristische Person.⁷ Auch die stille Gesellschaft besitzt keine Rechtspersönlichkeit. Als reine Innengesellschaft tritt sie darüber hinaus im Rechtsverkehr auch nicht selbst auf.⁸

Im Unterschied zur GesbR und zur stillen Gesellschaft besitzt die OG wie auch die KG Rechtsfähigkeit.⁹

1.1.2. Rechtsformwahl

Zu Beginn der unternehmerischen Tätigkeit stellt sich gleich eine der wichtigsten Fragen: Welche Rechtsform soll das zukünftige Unternehmen haben?

Eine pauschale Antwort gibt es nicht. Ob die Gründung bspw eines Einzelunternehmens, einer Personengesellschaft oder auch einer Kapitalgesellschaft zu raten ist, hängt vom konkreten (unternehmerischen) Vorhaben ab. Anhand des jeweiligen Einzelfalls hat der – zukünftige – Unternehmer die Entscheidung zu treffen, welche der vorhandenen Rechtsformen die für ihn „vorteilhafteste“ ist.

Die Praxis orientiert sich bei der Wahl der Rechtsform an folgenden Gesichtspunkten:¹⁰

- Unternehmensrechtliche Gesichtspunkte
 - Ausgestaltung der Haftung (unbeschränkt oder beschränkt)?
Zentrales Thema für die Wahl der Rechtsform ist die Haftungsordnung. Es fragt sich, ob es im Rahmen der bevorstehenden Tätigkeit ein erhöhtes Haftungsrisiko gibt oder die Haftung eine untergeordnete Rolle spielt. Steht die Thematik der Haftung eher im Hintergrund, spricht viel für eine Personengesellschaft.
 - Anzahl der Gesellschafter?
Weiters stellt sich die Frage, wie viele Personen sich zur unternehmerischen Tätigkeit zusammenschließen wollen. Soll es nur einen Gesellschafter geben, scheidet die OG von vornherein aus. Die OG erfordert das Vorhandensein mindestens zweier Gesellschafter.
 - Wer übernimmt die Geschäftsführung?
Zu klären ist, ob die zukünftigen Gesellschafter selbst die Leitung und Führung des Unternehmens in die Hand nehmen wollen oder ein Außenstehender die operativen Tätigkeiten übernehmen soll. Bei der OG gilt grundsätzlich, dass die Geschäftsführung und Vertretung von ihren Gesellschaftern wahrgenommen wird.

5 Bertl/Eberhartinger/Egger/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer, Die Personengesellschaft im Unternehmens- und Steuerrecht, Wiener Bilanzrechtstage 2013 (2013) 11.

6 Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵ (1990) 56.

7 Told in Bergmann/Ratka, Personengesellschaften² Rz 2/33.

8 Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 2/1073.

9 Ratka/Rauter/Völkl, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II³ 162; C. Appl in Bergmann/Ratka, Personengesellschaften² (2016) Rz 3/18.

10 Weinstich/Albl, Praxishandbuch Gesellschaftsvertrag (2019) Punkt 1.2.

- Buchhalterische und steuerrechtliche Gesichtspunkte
 - Bilanz oder Einnahmen-Ausgaben-Rechnung
Kapitalgesellschaften trifft – unabhängig von den erzielten Umsätzen – eine Bilanzierungspflicht. Sie müssen zwingend jährlich eine Bilanz erstellen. Die Rechnungslegungspflicht der OG hängt hingegen vom erzielten Umsatz ab. Sofern sie die Umsatzschwellen der §§ 189 ff UGB nicht überschreitet, besteht keine Verpflichtung, eine Bilanz aufzustellen.
 - Körperschaftsteuer
Kapitalgesellschaften unterliegen der Körperschaftsteuer iHv 25 %. Personengesellschaften und damit auch die OG sind steuerlich transparent und werden als Mitunternehmerschaften behandelt. Gewinne und Verluste sind den Gesellschaftern der OG steuerlich direkt zuzurechnen und unterliegen dem progressiven Einkommensteuertarif. Das Kapitalgesellschaften betreffende Körperschaftsteuergesetz sieht eine sogenannte Mindestkörperschaftsteuer („MindestKöSt“) vor. Sie müssen die MindestKöSt iHv EUR 1.750 pro Jahr selbst dann aufbringen, wenn sich im jeweiligen Wirtschaftsjahr ein Verlust ergibt. Erwarten die zukünftigen Gesellschafter beispielsweise in den ersten Jahren noch keine Gewinne, hätten sie – sollten sie sich für eine Kapitalgesellschaft entscheiden – dennoch die MindestKöSt an das Finanzamt abzuführen.
- Gründungskosten und Kapitalaufbringung
Ausschlaggebend für die Wahl einer Gesellschaftsform ist in vielen Fällen auch die Frage nach den Kosten, die die Gründung mit sich bringt, und danach, wie viel (liquides) Kapital für die Gründung zwingend erforderlich ist. Die Gründung einer OG ist deutlich günstiger als die einer Kapitalgesellschaft. Einerseits bedarf es keines verpflichtenden Mindestkapitals und andererseits gibt es auch keine Notariatsaktspflicht für den Gesellschaftsvertrag der OG.
Kapitalgesellschaften müssen ein sogenanntes Mindestkapital aufweisen. Der GmbH muss beispielsweise ein Stammkapital iHv EUR 35.000 zur Verfügung stehen. Davon müssen grundsätzlich 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.

1.1.3. Merkmale der OG/Das Einmaleins der OG

Die Regelungen zur OG finden sich im ersten Abschnitt des zweiten Buches des UGB (§§ 105 bis 160 UGB).¹¹ § 105 UGB definiert die OG folgendermaßen:

Eine offene Gesellschaft ist eine unter eigener Firma geführte Gesellschaft, bei der die Gesellschafter gesamthandschaftlich verbunden sind und bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist. Die offene Gesellschaft ist rechtsfähig. Sie kann jeden erlaubten Zweck einschließlich freiberuflicher und land- und forstwirtschaftlicher Tätigkeit haben. Ihr gehören mindestens zwei Gesellschafter an.

¹¹ Schörghofer, Grundzüge des österreichischen Personengesellschaftsrechts, ZVglRWiss 2014, 271 (271).

Ausgehend von dieser Bestimmung lassen sich im Großen und Ganzen die Wesensmerkmale der OG festhalten:

1.1.3.1. Firma

Die wesentlichen Bestimmungen zur Firma finden sich in den §§ 17 bis 37 UGB.

Die Firma ist „*der in das Firmenbuch eingetragene Name eines Unternehmers, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt*“ (§ 17 Abs 1 UGB). Firmen führen ausschließlich in das Firmenbuch eingetragene Unternehmer (der eingetragene Unternehmer, Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, die KG und die OG).¹²

Sie dient der Bezeichnung des Unternehmens im Geschäftsverkehr. Weiters kann ein Unternehmer seine Firma auch als Parteibezeichnung im Verfahren vor Gerichten oder Verwaltungsbehörden führen.¹³

Da es sich bei der OG nicht um eine reine Innengesellschaft handelt (wie zB bei der stillen Gesellschaft), erfordert die Entstehung einer OG die Wahl einer Firma.¹⁴ So wird sichergestellt, dass die OG nach außen (beispielsweise im unternehmerischen Geschäftsverkehr) auftreten kann und ihr in weiterer Folge unter Bezugnahme auf die Firma abgeschlossene Geschäfte auch zugerechnet werden.

Entsprechend dem Grundsatz der Firmeneinheit (Niemand darf zugleich zwei Firmen führen¹⁵) kann auch die OG nur eine Firma führen.¹⁶

1.1.3.2. Gesellschaft

Nach § 105 Abs 1 UGB ist die OG eine Gesellschaft. Sie benötigt daher mindestens zwei Gesellschafter. Die Definition einer Gesellschaft lässt sich nicht aus dem UGB, sondern aus dem ABGB gewinnen. § 1175 ABGB bestimmt iZm der GesBR Folgendes:

Schließen sich **zwei oder mehrere Personen** durch einen **Vertrag** zusammen, um durch eine bestimmte Tätigkeit einen **gemeinsamen Zweck** zu verfolgen, so bilden sie eine Gesellschaft.

Daraus folgt, dass eine OG eine vertragliche Zweckvereinigung mindestens zweier Personen ist.¹⁷

1.1.3.3. Gesamthandschaftlich verbunden

Die OG unterscheidet sich durch ihre gesamthandschaftliche Verbundenheit der Gesellschafter deutlich von Kapitalgesellschaften.

Die gesamthandschaftliche Verbundenheit ist Ausdruck des „personalistischen Elements“ der OG. Ausfluss dieser Verbundenheit ist einerseits die unbeschränkte Haftung der

12 *Harrer*, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens (2010) 75.

13 *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Band I³ (2017) 75 f.

14 *Zib* in *Zib/Dellinger*, Unternehmensgesetzbuch (2017) § 105 Rz 39.

15 *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ (2013) 129.

16 *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB – Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch, Band I⁴ (2020) § 105 Rz 76.

17 *U. Torggler* in *Straube*, Fachwörterbuch zum Handels- und Gesellschaftsrecht (2006) 113 f.

Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für die Gesellschaftsverbindlichkeiten sowie andererseits das Prinzip der Selbstorganschaft¹⁸ und damit einhergehend die persönliche Einbindung der Gesellschafter in die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft.¹⁹ Weiters können Gesellschafter ihren Geschäftsanteil grundsätzlich nur mit Zustimmung aller Mitgesellschafter übertragen. Aus dem Begriff „Gesamthand“ folgt auch, dass es sich bei einer OG um eine Personenmehrheit handeln muss.²⁰

1.1.3.4. Haftung

Ein weiteres wesentliches Merkmal der OG ist die persönliche, unbeschränkte, unmittelbare, primäre und solidarische Haftung der Gesellschafter für sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft.²¹

Die Haftung des Gesellschafters lässt sich anhand folgender Grundprinzipien überblicksmäßig darstellen:²²

- Er haftet mit seinem gesamten Privatvermögen;
- keine betragsmäßige Obergrenze der Haftung;
- direkte Inanspruchnahme des Gesellschafters durch den Gläubiger der OG im Haftungsfall;
- es bedarf keiner vorherigen Inanspruchnahme der Gesellschaft, um auf den Gesellschafter zu greifen;
- Haftung als Gesamtschuldner gegenüber den Gläubigern, dh unabhängig von der Höhe des Geschäftsanteils oder sonstiger interner Vereinbarungen.

Der vertragliche Ausschluss eines Gesellschafters von der persönlichen Haftung ist Dritten gegenüber unwirksam. Selbst bei einer solchen Vereinbarung wäre der Gesellschafter daher Dritten gegenüber zur Leistung verpflichtet.²³

1.1.3.5. Rechtsfähigkeit

Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.²⁴ Die OG ist umfassend, nicht nur auf spezielle Bereiche beschränkt, rechtsfähig. Die Rechtsfähigkeit umfasst sämtliche Rechte und Pflichten der OG. Zu berücksichtigen ist weiters, dass nicht nur die Gesellschaft mit ihrem eigenen Gesellschaftsvermögen gegenüber den Gläubigern haftet, sondern auch der Haftungsfonds um das Privatvermögen der Gesellschafter erweitert wird.²⁵

Nach § 123 UGB erwirbt die OG Rechtsfähigkeit mit Eintragung in das Firmenbuch.

Zentrales Element der Rechtsfähigkeit der OG ist die Vermögensfähigkeit.²⁶ Eine rechtsfähige Gesellschaft – wie die OG – kann Rechte, wie Marken oder Patente, erwerben und

18 Schörghofer, ZVglRWiss 2014, 271 (276).

19 Handelsrechts-Änderungsgesetz – HaRÄG, 1058 BlgNR 22. GP – Regierungsvorlage – Materialien 36 f.

20 C. Appl in Bergmann/Ratka, Personengesellschaften² Rz 3/20.

21 Schörghofer, ZVglRWiss 2014, 271 (283).

22 Ratka/Rauter/Völkl, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II³ 147 f.

23 Zib in Zib/Dellinger, UGB § 105 Rz 43.

24 Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, Band I¹⁴ (2014) Rz 174 ff.

25 EBRV 1058 BlgNR 22. GP, 15.

26 Zib in Zib/Dellinger, UGB § 105 Rz 7.

in das Grundbuch eingetragen werden. Sie kann aber auch klagende oder beklagte Partei eines Verfahrens sein. Über ihr Vermögen kann weiters Konkurs eröffnet werden.²⁷ Darüber hinaus kann die OG auch Erbin oder Vermächtnisnehmerin sein.²⁸

Die OG ist daher kraft der ihr nach § 105 UGB ausdrücklich verliehenen Rechtsfähigkeit auch

- parteifähig,
- insolvenzfähig und
- deliktstfähig.

Sie ist darüber hinaus auch Trägerin von absolut geschützten Persönlichkeitsrechten (zB Grundrecht auf Datenschutz, Namensrecht, Recht auf Ehre).²⁹

Zu bedenken ist, dass das Gesellschaftsvermögen der OG nicht im Gesamthand Eigentum der Gesellschafter steht, sondern im Alleineigentum der Gesellschaft. Durch Beteiligung an der Gesellschaft sind die Gesellschafter (mittelbar) aber wirtschaftliche Eigentümer des Vermögens der Gesellschaft.³⁰

Folge der umfassenden Rechtsfähigkeit der OG ist auch, dass diese nicht auf den gesellschaftsvertraglich festgelegten Zweck und die Aufgaben der Gesellschaft beschränkt werden kann (Nichtgeltung der Ultra-vires-Lehre).³¹ Die OG ist daher in sämtlichen Bereichen uneingeschränkt rechtsfähig.

Sie ist weiters – auch als Ausdruck der Rechtsfähigkeit – unabhängig von ihren Gesellschaftern zu sehen. Selbst bei vollständigem Austausch der Gesellschafter einer OG und Änderung des Firmenwortlautes bleibt die Identität der OG unberührt.³² Die Identität wirkt sich daher auf die mit ihr geschlossenen Verträge ebenfalls aus. Diese bleiben (in den meisten Fällen) auch mit der OG – selbst bei vollständigem Gesellschafterwechsel – aufrecht.³³

1.1.3.6. Zweck der Gesellschaft

Nach § 105 UGB kann die OG zu jedem erlaubten Zweck gegründet werden. Diese Zweckoffenheit hat zur Folge, dass die OG sowohl wirtschaftlichen als auch ideellen (nicht wirtschaftlichen) Zwecken offensteht.³⁴ Zu den erlaubten Zwecken iSd § 105 UGB zählen daher alle unternehmerischen Zwecke einschließlich freiberuflicher (beispielsweise Notariate, Arztpraxen, Rechtsanwaltskanzleien) und land- und forstwirtschaftlicher Tätigkeiten.³⁵ Als nichtunternehmerische Tätigkeit kommt beispielsweise das Halten von Beteiligungen oder die bloße Verwaltung und Nutzung des Vermögens der

27 *Harrer*, Personengesellschaft 75.

28 *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 105 Rz 18.

29 *C. Appl* in *Bergmann/Ratka*, Personengesellschaften² Rz 3/7.

30 *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 105 Rz 7.

31 *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/277.

32 RIS-Justiz RS0000365.

33 *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 105 Rz 15.

34 *C. Appl* in *Bergmann/Ratka*, Personengesellschaften² Rz 3/10; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/271.

35 *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 105 Rz 68.

OG in Betracht.³⁶ Im Rahmen einer OG können auch gemeinnützige, kirchliche oder mildtätige Zwecke verwirklicht werden.³⁷

Unerlaubt und daher unzulässig sind alle gesetz- oder sittenwidrigen Zwecke. Solche liegen insbesondere bei der Verfolgung von verwaltungsgesetzwidrigen oder strafgesetzwidrigen Zielen vor. Für die Beurteilung der Unerlaubtheit maßgeblich ist nicht die schriftliche Vertragsurkunde, sondern es ist der tatsächliche Wille der Gesellschafter einer Prüfung zu unterziehen.³⁸

Folge des unzulässigen Zwecks einer OG ist die (Teil-)Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags und gegebenenfalls die Abweisung des Eintragungsgesuchs beim Firmenbuchgericht. Wird die OG irrtümlich eingetragen, kommt unter Umständen eine verwaltungsbehördliche oder gerichtliche Auflösung in Betracht.³⁹

1.1.4. Fahrplan Gründung OG

Für die Gründung einer OG sind – im Wesentlichen und in aller Kürze – folgende Schritte notwendig:⁴⁰

- Vor Eintragung der OG im Firmenbuch
 - Konzipierung eines Gesellschaftsvertrags unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und der konkreten Ziele, die mit der OG verwirklicht werden sollen (von der Verwendung vorgefertigter Vertragsschablonen ist abzuraten);
 - Wahl der Firma;
 - Abschluss des Gesellschaftsvertrags;
 - Abgabe einer beglaubigten Musterzeichnung durch den/die Geschäftsführer;
 - Eröffnung eines Gesellschaftskontos bei einem inländischen Kreditinstitut;
 - allenfalls Antrag nach dem NeuFöG unter Vorlage des Formulars NeuFoe 2;
 - Leistung der vereinbarten Einlagen durch die Gesellschafter;
 - 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 (in öffentlich beglaubigter Form);
 - Eintragung der OG im Firmenbuch (die OG entsteht mit Eintragung im Firmenbuch konstitutiv).
- Nach Eintragung der OG im Firmenbuch
 - Erstellung einer Eröffnungsbilanz;
 - Gewerbeanmeldung bei der örtlich zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde;
 - Mitteilung über die Betriebseröffnung an das Finanzamt zwecks Zuteilung einer Steuernummer und UID-Nummer;
 - Mitteilung an die Gebietskrankenkasse zwecks Zuteilung einer Beitragsnummer für die OG als Dienstgeberin;

36 *Kals/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/273.

37 *C. Appl in Bergmann/Ratka*, Personengesellschaften² Rz 3/12.

38 *Kals/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/272.

39 *U. Torggler in Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 105 Rz 70.

40 *Weinstich/Albl*, Gesellschaftsvertrag, Punkt 2.1.1.

- Mitteilung an die zuständige Gemeinde/das Magistrat für die Entrichtung der Kommunalsteuer und allfälliger sonstiger Abgaben;
- Meldung der wirtschaftlichen Eigentümer für den Fall, dass nicht sämtliche OG-Gesellschafter natürliche Personen sind.

1.2. Gesellschaftsvertrag

1.2.1. Allgemeines

1.2.1.1. Zwei Schritte zur Gründung

Die Gründung einer OG erfolgt in zwei Schritten. Zuerst bedarf es des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrags zwischen mindestens zwei Gesellschaftern iSd § 105 letzter Satz UGB (eine „Errichtungserklärung“ durch nur einen Gesellschafter zur Gründung einer Gesellschaft – wie bei einer GmbH – ist nicht möglich). Weiters ist die Eintragung in das Firmenbuch erforderlich.

1.2.1.2. Dauerschuldverhältnis und Form des Gesellschaftsvertrages

Durch den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages entsteht zwischen den Gesellschaftern ein Dauerschuldverhältnis.⁴¹ Ein Dauerschuldverhältnis ist auf Dauer angelegt und endet nicht durch einmalige Leistungserbringung eines Vertragsteiles (wie beispielsweise bei einem Werkvertrag, der im Wesentlichen durch Erbringung des Werkes erfüllt ist).

Der Gesellschaftsvertrag einer OG kann ohne Einhaltung von Formerfordernissen abgeschlossen werden.⁴² Gesellschaftsverträge können daher schriftlich, mündlich und sogar schlüssig zustande kommen.⁴³ Zu Dokumentationszwecken – und um bei etwaigen Auseinandersetzungen zwischen Gesellschaftern Klarheit zu schaffen – empfiehlt sich jedoch der Abschluss eines schriftlichen Vertrages. Die Formfreiheit gilt sowohl für den Abschluss des Vertrages als auch für jede nachfolgende Änderung.⁴⁴

1.2.1.3. Vertretung beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages

Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages ist nicht vertretungsfeindlich. Ein zukünftiger Gesellschafter kann sich daher beim Abschluss auch vertreten lassen. Für eine Bevollmächtigung bedarf es jedoch einer Vollmacht iSd § 1008 ABGB. Demgemäß ist für den Abschluss und die Änderung eines Gesellschaftsvertrages eine Einzelvollmacht (Spezialvollmacht) notwendig. In dieser ist das konkrete Ausführungsgeschäft zu nennen. Der Vollmachtgeber (derjenige, der jemanden mit dem Abschluss eines OG-Gesellschaftsvertrages in seinem Namen bevollmächtigen will) muss in der Vollmacht das konkrete Geschäft, also den Abschluss eines bestimmten Gesellschaftsvertrages, nennen.⁴⁵

41 C. Appl in Bergmann/Ratka, Personengesellschaften² 3/38.

42 Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 2/346.

43 C. Appl in Bergmann/Ratka, Personengesellschaften² Rz 3/40.

44 Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 2/346.

45 Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch¹⁰¹ (2012) § 1008 Rz 9; P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB⁵ (2017) § 1008 Rz 4.

Die Prokura erstreckt sich automatisch auch auf den Abschluss von Gesellschaftsverträgen. Für die Vertretung durch einen Prokuristen beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages bedarf daher es keiner Spezialvollmacht iSd § 1008 ABGB.⁴⁶

Für einen nach § 54 UGB Bevollmächtigten (Handlungsvollmacht) ist aber für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages eine Spezialvollmacht nach § 1008 ABGB notwendig. Die Handlungsvollmacht ist dafür nicht ausreichend.⁴⁷

Für den Abschluss eines Minderjährigen ist sowohl die Mitwirkung beider Eltern als auch eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung notwendig.⁴⁸

Ist an der Gründung einer OG und damit am Abschluss eines Gesellschaftsvertrages eine juristische Person (zB AG, GmbH) beteiligt, so wird diese in der Regel durch ihre Organe vertreten.

1.2.2. Exkurs: Die Vor-OG

1.2.2.1. Allgemeines

Wie bereits erwähnt, ist die Gründung der OG ein zweiaktiger Prozess. In einem ersten Schritt schließen die Gesellschafter einen Gesellschaftsvertrag ab; die OG entsteht jedoch erst mit Eintragung im Firmenbuch konstitutiv.⁴⁹ Es fragt sich, wie der Zeitraum zwischen Abschluss des Gesellschaftsvertrages und Eintragung in das Firmenbuch zu behandeln ist.

Im Zeitraum zwischen Abschluss des Gesellschaftsvertrages (Errichtung) und Entstehung der OG durch Eintragung in das Firmenbuch bezeichnet man die bereits errichtete, aber eben noch nicht in das Firmenbuch eingetragene und daher entstandene Gesellschaft als Vor-OG.

Da es durchaus üblich ist, dass Vor-OGs bereits im wirtschaftlichen Leben tätig sind und beispielsweise mit Dritten Verträge abschließen, fragt sich weiters, wem diese Vertragsverhältnisse zuzurechnen sind (Den Gesellschaftern? Der zukünftig eingetragenen OG?) oder ob diese überhaupt wirksam zustande gekommen sind.⁵⁰

1.2.2.2. Anwendbares Recht

Zunächst ist grundsätzlich zu klären, welches Recht auf die Vor-OG anzuwenden ist.

Von der hA wird die Vor-OG als nicht rechtsfähige GesBR eingeordnet. Sie wird als Rechtsform sui generis qualifiziert.⁵¹ Solange es nicht auf die Eintragung in das Firmenbuch ankommt, ist bereits in dieser Phase das für OGs geltende Recht anwendbar.⁵²

46 Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 2/341.

47 C. Appl in Bergmann/Ratka, Personengesellschaften² Rz 3/42.

48 Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 2/341.

49 C. Appl in Bergmann/Ratka, Personengesellschaften² Rz 3/28; Schörghofer, ZVglRWiss 2014, 271 (275).

50 Abazagic in Zib/Dellinger, UGB § 123 Rz 9.

51 Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 2/371.

52 Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 123 Rz 11; C. Appl in Bergmann/Ratka, Personengesellschaften² Rz 3/29.

Konkret ist der auf Rechtsverhältnisse im Gründungsstadium zugeschnittene § 123 Abs 2 UGB auf die Vor-OG anzuwenden. In einem weiteren Schritt sind die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages heranzuziehen.⁵³ Soweit nicht die Eintragung vorausgesetzt ist, gelten bereits in diesem Stadium die gesetzlichen Bestimmungen für die OG. Subsidiär gelten die Bestimmungen für die GesbR (§§ 1175 ff ABGB).⁵⁴ In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass auf sogenannte „Vorgründungsgesellschaften“, das sind Zusammenschlüsse der zukünftigen Gesellschafter vor Errichtung (Abschluss des Gesellschaftsvertrages), ausschließlich die Regelungen über die GesbR (§§ 1175 ff ABGB) anzuwenden sind.⁵⁵

Der Zweck der Vor-OG als GesbR ist auf die Gründung der OG (daher auf deren Eintragung) gerichtet. Sie endet daher konsequenterweise mit Eintragung in das Firmenbuch und folglich mit Entstehung der OG.⁵⁶

1.2.2.3. Innengesellschaft

Im Bereich der Vor-OG ist zwischen der sogenannten Innengesellschaft und der Außengesellschaft zu unterscheiden.

Zwischen den Gesellschaftern – also im Innenverhältnis – gelten die Regelungen des Gesellschaftsvertrages sowie des UGB bereits ab Errichtung der OG, aber nur so weit, als diese nicht die Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch voraussetzen.⁵⁷

Die Vor-OG kann jedoch vor Eintragung (und daher vor ihrer Rechtsfähigkeit) kein Vermögen bilden. Das Vermögen wird den Gesellschaftern zugeordnet.⁵⁸

Wollen einzelne Gesellschafter Forderungen in das Vermögen der Vor-OG einbringen, so geschieht dies durch Beitritt der übrigen Gesellschafter. Die Forderung wird so zur gemeinsamen.⁵⁹ Forderungen sind sodann nach § 1180 ABGB den Gesellschaftern zur Gesamthand zugeordnet und diese können daher nur gemeinsam über sie verfügen.⁶⁰

Die Übernahme einer Forderung, deren Schuldner nur ein einziger Gläubiger war, durch die übrigen Gesellschafter erfolgt durch Schuldbeitritt, eine Übernahme von Verbindlichkeiten einzelner Gesellschafter durch Schuldbeitritte der anderen Gesellschafter.⁶¹ Eine Zustimmung der Gläubiger ist nicht erforderlich. Es entstehen Solidarverbindlichkeiten.⁶² Für den Fall, dass die übrigen Gesellschafter in das Vertragsverhältnis

53 *Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/374.

54 *Abazagic in Zib/Dellinger*, UGB § 123 Rz 13; *Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 123 Rz 10; *Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/373.

55 *C. Appl in Bergmann/Ratka*, Personengesellschaften² Rz 3/28.

56 *C. Appl in Bergmann/Ratka*, Personengesellschaften² Rz 3/29.

57 *Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 123 Rz 11; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 601.

58 *Artmann in Artmann*, Unternehmensgesetzbuch³ (2019) § 123 Rz 20; *Eckert in U. Torggler*, Unternehmensgesetzbuch Kommentar³ (2019) § 123 Rz 7.

59 *Abazagic in Zib/Dellinger*, UGB § 123 Rz 16.

60 *Warto in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,01} § 1180 Rz 2.

61 *Koppensteiner/Auer in Straube*, UGB I⁴ § 123 Rz 12.

62 *Artmann in Artmann*, UGB³ § 123 Rz 19 f.