

# III. Gesellschaftsrecht

## 1. Allgemeiner Teil

### 1.1. Definition der Gesellschaft

Die **Gründung** einer Gesellschaft erfolgt idR dann, wenn **mehrere Personen** einen **gemeinsamen Zweck verfolgen** wollen. Dieser Zweck kann ganz unterschiedlicher Natur sein. Ein Architekt hat einen Wettbewerb über ein großes Bauvorhaben gewonnen, das er alleine nicht bewältigen kann, sodass er sich mit Kollegen zu einer Gesellschaft zusammenschließt. Mehrere Geschwister führen den elterlichen Betrieb gemeinsam in Form einer Gesellschaft fort. Ein Spediteur will expandieren und besorgt sich das dafür notwendige Kapital nicht durch einen Kredit, sondern zieht vermögende Gesellschafter hinzu. Je nach den Bedürfnissen kann aus einer Vielfalt strukturell unterschiedlicher Gesellschaftstypen gewählt werden, jedoch haben alle Gesellschaften gewisse Wesensmerkmale gemeinsam.

Nach einer allgemein anerkannten Definition ist eine **Gesellschaft eine durch Rechtsgeschäft begründete Rechtsgemeinschaft** von (zumindest zwei) **Personen**, die einen bestimmten **gemeinsamen Zweck durch organisiertes Zusammenwirken** (mit gemeinsamen Mitteln) erreichen will.

Die Gesellschaft wird durch ein Rechtsgeschäft, den **Gesellschaftsvertrag** (bei Kapitalgesellschaften auch Satzung und beim Verein Statut genannt) gegründet. Dieser bedarf wie alle Verträge der übereinstimmenden Willenserklärung aller Vertragspartner und begründet ein Dauerschuldverhältnis mit den verschiedensten Rechten und Pflichten der Gesellschafter. Er bedarf bei Personengesellschaften keiner besonderen Form und kann daher auch mündlich geschlossen werden, während bei Kapitalgesellschaften idR Formpflichten (Notariatsakt) zu erfüllen sind.

Die schriftliche Abfassung des Gesellschaftsvertrags ist aber auch bei Personengesellschaften zu empfehlen.

Der Gesellschaftsvertrag begründet eine **Rechtsgemeinschaft**, die idR aus mindestens zwei Personen besteht. Kapitalgesellschaften können auch als Einpersonengesellschaft gegründet werden.

Die Gesellschafter verfolgen gemeinsam entweder einen **ideellen** (gemeinnützig) oder einen **materiellen Zweck** (zB Gewinnerzielung). Der Zweck muss nur erlaubt sein. Verboten wäre daher beispielsweise die Förderung des Heroinkonsums in Österreich. Ein Verein nach dem VerG kann nur zu ideellen Zwecken (zB Kulturverein, Sportverein) gegründet werden.

Vom Gesellschaftszweck ist der **Unternehmensgegenstand** zu unterscheiden. Letzterer wird im Gesellschaftsvertrag umschrieben und legt die konkrete Tätigkeit der Gesellschaft fest (zB Erzeugung von Metallwaren, Unternehmensberatung, Vortragstätigkeit im Bereich der Arzthaftung, Maschinenbau). Für bestimmte Geschäftstätigkeiten gibt es aufgrund öffentlicher Interessen Einschränkungen. So kann etwa ein Versicherungsunternehmen nur in Form einer Aktiengesellschaft (AG), Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea, SE) oder eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit betrieben werden.

Die Gesellschafter setzen gemeinsame Mittel zum Erreichen des Gesellschaftszwecks ein. Es erfolgt daher ein **organisiertes Zusammenwirken** der Gesellschafter zur Erreichung des von ihnen angestrebten Zwecks. Dabei geht es um die Frage, wie Entscheidungen in der Gesellschaft getroffen werden (Geschäftsführung) und wer die Gesellschaft nach außen hin wirksam vertreten kann (Vertretung). In Personengesellschaften sind idR die Gesellschafter selbst zur Geschäftsführung und Vertretung befugt (Prinzip der Selbstorganschaft), während vor allem in großen Kapitalgesellschaften (insb AG) dritte Personen die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis innehaben (Prinzip der Fremdorganschaft).

Die Bestimmungen im ABGB betreffend die **GesbR** (§§ 1175–1216e ABGB; vgl III.2.) haben subsidiäre Geltung auch für andere Gesellschaften und können deshalb auch als **allgemeiner Teil des Gesellschaftsrechts** verstanden werden. Auf andere Arten von Gesellschaften sind die für die GesbR aufgestellten Vorschriften nur dann anzuwenden, wenn dies nach den für die jeweilige Gesellschaftsform geltenden Grundsätzen angemessen ist.

## 1.2. Abgrenzung der Gesellschaft von anderen Rechtsformen

Die vier genannten Merkmale (Rechtsgemeinschaft, Entstehung durch Vertrag, gemeinsamer Zweck und organisiertes Zusammenwirken) grenzen die Gesellschaft von anderen Rechtsformen ab.

Der Unterschied zur **schlichten Rechtsgemeinschaft** (Miteigentum, Erbengemeinschaft, Besitzgemeinschaft) – bei der ebenso ein Recht mehreren Personen zusteht – liegt darin, dass in der Gesellschaft durch organisiertes Zusammenwirken ein Zweck erreicht werden soll, während bei der Rechtsgemeinschaft nach dem Willen der Parteien eine gemeinsame Sache nur besessen und verwaltet wird.

Die **Körperschaften des öffentlichen Rechts** (Bund, Länder, Gemeinden, Sozialversicherungsträger, Kammern) werden im Unterschied zur Gesellschaft nicht durch einen privatrechtlichen Vertrag gegründet, sondern sind gesetzlich bzw verfassungsgesetzlich eingerichtet. Die vom Bund oder den Ländern im Zuge von Ausgliederungen gegründeten Gesellschaften unterliegen grundsätzlich den jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Normen (GmbHG, AktG), jedoch finden sich in den Ausgliederungsgesetzen oft Sonderregeln. Solche ausgegliederten Gesellschaften sind beispielsweise die ASFINAG, die ÖBB und die Österreichische Post AG.

Die **Privatstiftung** ist eine juristische Person, der von einem Stifter Vermögen im Wert von mindestens 70.000 € gewidmet wird. Sie ist im PSG geregelt. Die Stiftung hat im Gegensatz zur Gesellschaft keine Gesellschafter. Sie ist eine eigentümerlose Vermögensmasse. Der Zweck der Stiftung liegt darin, das vom Stifter gewidmete Vermögen zu verselbständigen und dessen Verwendung an den Willen des Stifters zu binden. Das gestiftete Vermögen soll genutzt, verwaltet und gegebenenfalls ausgeschüttet werden. In der Stiftungserklärung (Gründungsgeschäft der Stiftung) – die notariell zu beurkunden ist – hat der Stifter auch den oder die Begünstigten zu nennen, die Zuwendungen aus dem gestifteten Vermögen erhalten. Wie eine Kapitalgesellschaft kann auch eine Privatstiftung nur durch ihre Organe handeln. Zwingende Organe sind der Stiftungsvorstand, der die Geschäfte führt und die Stiftung nach außen vertritt, sowie der Stiftungsprüfer. Unter bestimmten Voraussetzungen ist ein Aufsichtsrat zu bestellen.

**Sparkassen** sind von Gemeinden oder Sparkassenvereinen gegründete juristische Personen des Privatrechts. Rechtsgrundlage ist das Sparkassengesetz. Wie die Privatstiftung sind sie eigentümerlose Gebilde. Viele Sparkassen haben ihr Unternehmen in eine Sparkassen AG eingebracht, die die Bankgeschäfte betreibt und Kreditinstitut iSd BWG ist. Die einbringenden Sparkassen verwalten idR nur mehr die in ihrem Vermögen befindlichen Anteile an der Sparkassen AG.

Ein **Kapitalanlagefonds** (Investmentfonds) ist ein aus Wertpapieren oder auch Geldmarktinstrumenten oder bestimmten anderen liquiden Finanzanlagen bestehendes Sondervermögen, das in gleiche, in Wertpapieren verkörperte Anteile zerfällt, im Miteigentum der Anteilsinhaber steht und nach den Bestimmungen des Investmentfondsgesetzes (InvFG) gebildet wird. Eine Verwaltungsgesellschaft nach dem InvFG ist jede Gesellschaft, deren reguläre Geschäftstätigkeit in der Verwaltung von Kapitalanlagefonds besteht. Der Kapitalanlagefonds ist daher ein Sondervermögen, das von einer Kapitalgesellschaft (AG oder GmbH) verwaltet wird.

### 1.3. Typenzwang (Numerus clausus) der Gesellschaftsformen

Die zukünftigen Gesellschafter können prinzipiell nur aus dem vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten **geschlossenen Kreis der Gesellschaftsformen** wählen.

Man spricht vom Typenzwang oder Numerus clausus der Gesellschaftsformen. Es können also nicht beliebig neue Gesellschaftsformen geschaffen werden, jedoch ist eine Mischung von Gesellschaftsformen oder die **Gründung atypischer Gesellschaftsformen** möglich. Eine **Grundtypenmischung** ist beispielsweise die GmbH & Co KG. Dabei handelt es sich um eine Personengesellschaft (Kommanditgesellschaft), bei der idR der einzige unbeschränkt haftende Gesellschafter eine GmbH ist. Damit sollen die Vorteile von Personen- und Kapitalgesellschaften verbunden werden. Die Publikums-KG wäre ein Beispiel für eine atypische Gesellschaftsform. Das Leitbild der KG geht von einer überschaubaren Teilnehmeranzahl aus, während bei der Publikums-KG eine große Anzahl von Gesellschaftern vorhanden ist.

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR – §§ 1175 f ABGB), die offene Gesellschaft (OG – §§ 105 f UGB), die Kommanditgesellschaft (KG – §§ 161 f UGB), die stille Gesellschaft (stG – §§ 179 f UGB), die Aktiengesellschaft (AG – AktG), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH – GmbHG), die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft (Gen – GenG, GenRevG) und die Europäische Gesellschaft (Societas Europaea – SEG und SE-VO) sind die praktisch wichtigsten Gesellschaftsformen.

Welche **Gesellschaftsform** für den Betrieb eines Unternehmens **optimal** ist, kann nicht abstrakt und generell beantwortet werden, sondern hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalls ab. Dabei spielen nicht nur gesellschaftsrechtliche Aspekte (Haftung, erforderliche finanzielle Mittel, Mitwirkung und Anzahl der Gesellschafter, Organisationsstruktur, Flexibilität, Kosten, Rechnungslegung, Kapitalmarktorientierung), sondern insb auch steuerliche Aspekte eine wesentliche Rolle.

#### 1.4. Einteilung der Gesellschaftsformen

Zunächst wird üblicherweise zwischen **Innen- und Außengesellschaft** unterschieden, je nachdem, ob die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen nur im Verhältnis der Gesellschafter oder auch nach außen bestehen. Die stG ist reine Innengesellschaft, die GesbR kann je nach dem Willen der Gesellschafter Innen- oder Außengesellschaft sein und die übrigen Gesellschaftsformen sind stets Außengesellschaften, weil sie im Firmenbuch eingetragen sind.

Die zweite klassische Einteilung der Gesellschaftsformen ist jene **in Personen- und Kapitalgesellschaften**. Die Personengesellschaft ist durch einen personenbezogenen Aufbau geprägt, während bei der Kapitalgesellschaft die Kapitalbeteiligung der Gesellschafter im Vordergrund steht. GmbH, AG und SE sind Kapitalgesellschaften, OG, KG, GesbR und stG sind Personengesellschaften. An dieser Unterscheidung zeigen sich die zwei Grundmodelle des Gläubigerschutzes der österreichischen Rechtsordnung. Es haftet entweder zumindest ein Gesellschafter

persönlich und unmittelbar auch für Gesellschaftsschulden (Personengesellschaften) oder es gibt zwingende Regelungen der Kapitalaufbringung und -erhaltung sowie deren Kontrolle (Kapitalgesellschaften).

Die **Unterscheidung** in Personen- und Kapitalgesellschaften ist auch im **Steuerrecht** bedeutsam. Personengesellschaften unterliegen als solche nicht dem **ESTG** und sind daher kein Steuersubjekt. Der Gewinn und der Verlust werden den Gesellschaftern direkt zugerechnet (§ 23 Z 7 EstG).

**Körperschaften** (das sind Kapitalgesellschaften, aber auch alle anderen juristischen Personen des Privatrechts) sind hingegen eigene Steuersubjekte. Deren Ertragsteuer (Einkommensteuer) wird Körperschaftsteuer (KöSt) genannt und beträgt 25 %. Wenn die Kapitalgesellschaft einen Gewinn erwirtschaftet, wird dieser seit 1.1.2016 mit 27,5 % (davor 25 %) besteuert. Bei einem Gewinn von 100.000 € würde die KöSt daher 25.000 € betragen. Wenn die Gesellschafter diesen Gewinn nicht im Unternehmen belassen und für unternehmerische Zwecke verwenden, sondern ausschütten wollen, unterliegt der Ausschüttungsbetrag (zusätzlich) der Kapitalertragsteuer (KESt) in Höhe von 27,5 %. Die verbleibenden 75.000 € würden daher mit weiteren 27,5 % (KESt) besteuert, sodass 54.375 € an die Gesellschafter ausgeschüttet werden könnten. Bei Vollausschüttung der Gewinne beträgt die Steuerbelastung daher 45,625 % (KöSt und KESt). Bei einer GmbH fällt – sowohl bei Gewinn als auch bei Verlust – eine Mindest-KöSt an. Diese Mindest-KöSt geht aber nicht verloren. Wäre die tatsächliche KöSt des laufenden Jahres wegen eines geringen Gewinns (oder wegen eines Verlustes) kleiner oder null, so wird die Differenz zur entrichteten Mindest-KöSt in späteren Jahren, in denen höhere Gewinne anfallen, wie eine Vorauszahlung angerechnet. Die Mindest-KöSt knüpft an die für die Gründung einer GmbH erforderliche gesetzliche Mindesthöhe des Stammkapitals an. Das Mindeststammkapital von GmbHs beträgt 35.000 €. Die kalendervierteljährlich zu entrichtende Mindeststeuer beträgt pro Kalenderjahr 5 % des gesetzlichen Mindeststammkapitals von 35.000 €, insgesamt somit 1.750 €. Nach dem 30.6.2013 gegründete GmbHs haben jedoch lediglich eine reduzierte Mindest-KöSt für die ersten fünf Kalenderjahre nach der Gründung von 500 € und für die folgenden fünf Kalenderjahre von 1.000 € pro Kalenderjahr zu entrichten (steuerliches Gründungsprivileg).

Bei **Einzelunternehmern** und Gesellschaftern einer **Personengesellschaft** werden die Einkommensteile hingegen unterschiedlich besteuert, je nachdem, welcher Höhe sie entsprechen (progressiver Tarif). Das Einkommen ist in einzelne Teile zu zerlegen und mit ansteigenden Steuersätzen, beginnend mit dem niedrigsten, zu besteuern. Jeder Unternehmer hat einen Steuerfreibetrag von 11.000 €, für den keine Steuern zu entrichten sind. Der Betrag über 11.000 € bis 18.000 € ist mit 25 % zu besteuern. Verdient jemand mehr als 18.000 €, so wird der darüber hinausgehende Betrag bis zu einem Betrag von 31.000 € mit 35 % besteuert usw. Für Einkommensteile, die über 1 Mio € liegen, kommt der höchste Steuersatz, also der Spitzensteuersatz, von 55 % zur Anwendung.

Die **Genossenschaft** ist eine Körperschaft mit Rechtspersönlichkeit (juristische Person), deren Zweck vor allem in der Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder (Förderauftrag) liegt und die nicht primär auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist. Seit 2008 können mit einer Genossenschaft auch soziale Zwecke verfolgt werden. Sie hat eine nicht geschlossene Mitgliederzahl ohne festes Kapital. Sie weist Elemente sowohl der Personengesellschaft als auch der Kapitalgesellschaft auf.

## 1.5. Europäische Aspekte des Gesellschaftsrechts

Die vom österreichischen Gesetzgeber vorgegebenen **Gesellschaftsformen** müssen ihren **Sitz in Österreich** haben. Der Sitz einer Gesellschaft ist grundsätzlich der Ort, an dem die Gesellschaft einen Betrieb hat, an dem sich die Geschäftsleitung befindet oder an dem die Verwaltung geführt wird. Es ist daher nicht möglich, eine österreichische GmbH mit Sitz in Deutschland zu gründen. Es wäre aber zulässig, eine GmbH nach deutschem Recht mit Sitz in Deutschland zu gründen und eine Zweigniederlassung dieser GmbH im österreichischen Firmenbuch eintragen zu lassen.

Die Rsp des EuGH ermöglicht es aber auch, zB in Irland eine **Private Company limited by shares**, das ist eine haftungsbeschränkte Gesellschaft mit einem Stammkapital von 1 €, zu gründen und anschließend im österreichischen Firmenbuch eine Zweigniederlassung dieser Ltd eintragen zu lassen, die das gesamte operative Geschäft führt. Es ist unerheblich, ob am Sitz der Gesellschaft in Irland eine Geschäftstätigkeit ausgeübt wird. Die Ltd kann dort auch nur eine „Briefkastenfirma“ sein. Der EuGH betrachtet dies als Konsequenz der Niederlassungsfreiheit und sieht sie selbst dann als zulässig an, wenn die Gründung in Irland der ausschließlichen Zielsetzung dient, das operative Geschäft in einem anderen Mitgliedstaat der EU durch eine Zweigniederlassung auszuüben und die dortigen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften zu umgehen.

Damit zwingt der EuGH die Mitgliedstaaten zur Anerkennung der **Gründungstheorie**. Bei der Gründungstheorie wird die Gesellschaft den Normen jenes Staates unterworfen, nach dessen Recht sie gegründet und ausgestaltet wurde. Das maßgebliche (subjektive) Anknüpfungskriterium ist somit der Wille der Gründer. Den Gründern bleibt es überlassen, die Rechtsordnung zu wählen, deren Bedingungen sie erfüllen möchten. Diese Freiheit gibt ihnen aber die Möglichkeit, Gesellschaften ohne Bezug zu ihrem Gründungsstaat zu errichten (Briefkasten- oder Scheinauslandsgesellschaften). Somit kann unerwünschtes inländisches Gesellschaftsrecht leicht abgewählt werden. Regelungen im Interesse dritter Personengruppen (zB Gläubiger, Mitarbeiter) lassen sich umgehen.

Das österreichische IPRG (§ 10) normiert hingegen die **Sitztheorie**. Bei der Sitztheorie wird das Gesellschaftsstatut an den Verwaltungssitz (das ist der tatsächliche Sitz der Hauptverwaltung) einer Gesellschaft geknüpft. Der Grundgedanke der Sitztheorie liegt darin, demjenigen Staat die Kontrolle über eine Gesellschaft zu übertragen, in dessen Gebiet sie ihre Haupttätigkeit entfaltet und dessen wirtschaftliche und politische Belange sie am stärksten berührt. Aus zwei Gründen wird die Sitztheorie auch Schutztheorie (zu schützen sind insb Gesellschaftsgläubiger, Arbeitnehmer, Minderheitsgesellschafter usw) genannt. Einerseits schränkt sie die Wahlfreiheit der Gründer auf das Recht des Sitzstaates ein und andererseits knüpft sie an die grenzüberschreitende Verlegung des Verwaltungssitzes einen Statutenwechsel. Dies führt zum Verlust der konkreten Rechtsform und kann bis zur Nichtigkeit der Gesellschaft reichen.

Da jedoch das Unionsrecht und damit auch die im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (VAEU) normierte Niederlassungsfreiheit absoluten (mit ganz wenigen Ausnahmen) Vorrang vor nationalem Recht genießt (Anwendungsvorrang des Unionsrechts), ist § 10 IPRG im Bereich der EU nicht mehr anwendbar. Es gilt daher diesbezüglich faktisch die Gründungstheorie.

Durch die Rsp des EuGH kommt es zu **einem Wettbewerb der Gesellschaftsrechte**. Es kann nämlich in jenem Mitgliedstaat der EU eine Gesellschaft gegründet werden, in dem die Anforderungen am geringsten sind, und dennoch der Tätigkeitsschwerpunkt der Gesellschaft in jedem anderen Mitgliedstaat liegen. Österreich hat – wie viele andere Mitgliedstaaten auch – darauf reagiert und die Anforderungen an die Gründung einer GmbH herabgesetzt (vgl III.6.2.).

## 2. Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR)

### 2.1. Allgemeines und Hauptmerkmale

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (**GesbR**) ist historisch betrachtet die älteste heute noch in Geltung stehende Gesellschaftsform in Österreich, hat aber die zahlreichen Modernisierungen, die das Gesellschaftsrecht erfahren hat, nur ansatzweise mitgemacht. Da die Regelungen des ABGB betreffend die GesbR einhellig als veraltet angesehen wurden, hat der Gesetzgeber mit dem **GesbR-Reformgesetz** (GesbR-RG) eine **umfassende Neuregelung** geschaffen, die im Wesentlichen am **1.1.2015** in Kraft getreten ist und sich am Recht der OG orientiert (vgl III.3.).

Die **Regelung** gilt für GesbR, die nach dem 31.12.2014 gegründet wurden. Für vor dem 1.1.2015 bestehende GesbR hat der Gesetzgeber für die Bestimmungen betreffend das Innenrecht ein Optionsmodell geschaffen: Sofern keiner der Gesellschafter binnen Jahresfrist nach Inkrafttreten des GesbR-RG die Erklärung abgegeben hat, das zuvor geltende Recht beibehalten zu wollen, ist seit 1.7.2016 auch in diesen Gesellschaften die neue Rechtslage maßgeblich. Wurde eine solche Erklärung abgegeben, gelten die betreffenden Bestimmungen für diese „Altgesellschaft“ hingegen erst ab dem Jahr 2022. Soweit freilich der Gesellschaftsvertrag – zulässigerweise – abweichende Regelungen vorsieht, ändert sich für die Gesellschaft auf Dauer nichts.

Die GesbR ist in § 1175 Abs 1 ABGB wie folgt definiert: 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. Die GesbR ist daher durch die oben angesprochenen (vgl III.1.1.) allgemeinen Merkmale einer Gesellschaft gekennzeichnet (Rechtsgemeinschaft, Entstehung durch Vertrag, gemeinsamer Zweck und organisiertes Zusammenwirken). Sie ist in den §§ 1175–1216e ABGB geregelt. Die GesbR wird in der Regel auf Dauer errichtet, sie kann aber auch der Durchführung eines einzelnen Projekts dienen (**Gelegenheitsgesellschaft**).

Die GesbR kann zu jedem erlaubten **Zweck** (ideell oder materiell) gegründet werden (§ 1175 Abs 3 ABGB). **Gesellschafter** können natürliche oder juristische Personen, aber auch eingetragene Personengesellschaften sein. Auch eine GmbH kann daher Gesellschafterin einer GesbR sein. Die GesbR muss aus **mindestens**