

# Gesetz vom 6. März 1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz – GmbHG)

## I. Hauptstück Organisatorische Bestimmungen

### Erster Abschnitt Errichtung der Gesellschaft

**§ 1.** (1) Gesellschaften mit beschränkter Haftung können nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck durch eine oder mehrere Personen errichtet werden.

(2) Von dem Betriebe von Versicherungsgeschäften sowie von der Tätigkeit als politische Vereine sind solche Gesellschaften jedoch ausgeschlossen.

[BGBl 1996/304]

**Materialien:** **Stammfassung:** RV 236 BlgHH 17. Sess 55 f; HHB 272 BlgHH 17. Sess 6;  
**EU-GesRÄG** (BGBl 1996/304): RV 23 BlgNR 20. GP 56, 112.

**Literatur:** *Aicher*, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Probleme, in Funk, Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte (1981) 191; *Arnold*, Gesellschaftsverhältnisse mit freiberuflich Tätigen aus gesellschafts- und berufsrechtlicher Sicht, in Ruppe, Handbuch der Familienverträge<sup>2</sup> (1985) 411; *Auer M.*, Existenz, Gründung und Verwendung von Mantelgesellschaften, wbl 2001, 245; *Binder B.*, Der Staat als Träger von Privatrechten (1980); *Binder B.*, Wirtschaftsrecht<sup>2</sup> (1999); *Birnbauer*, Zur Änderung des Firmenbuchgesetzes durch das ReLÄG 2004, GES 2005, 99; *Braumann/Nowotny*, Gesellschaftsverträge und Kartellrecht, RdW 1984, 194; *Dinböck*, Gründung von Personengesellschaften und Ausländerbeschäftigungsgesetz, JAP 1998/99, 127; *Enzinger*, Gesellschaften von Angehörigen freier Berufe, Schnittstellen zwischen Gesellschafts- und Standesrecht, in FS Krejci (2001) 553; *Fantur*, Die neue Ärzte-GmbH aus Sicht des Vertragserrichters, GES 2010, 155; *Kahl*, Öffentliche Unternehmen, in Holoubek/Potacs, Handbuch des Öffentlichen Wirtschaftsrechts II<sup>2</sup> (2007) 347; *Holzgruber/Hübner-Schwarzingger/Minihold*, Der Weg in die Ärzte-GmbH/-OG (2010); *Kalss*, Die Einpersonengesellschaftsrichtlinie (Zwölfte Richtlinie), in Doralt/Nowotny, Der EG-rechtliche Anpassungsbedarf im österreichischen Gesellschaftsrecht (1993) 227; *Kalss*, Gesellschaftsrechtliche Implikationen des Grundverkehrsrechts, wbl 1996, 1; *Karollus*, Ausgewählte gesellschaftsrechtliche Fragen zur ärztlichen und zahnärztlichen „Gruppenpraxis neu“, RdM 2011, 192; *Krejci*, Gesellschaftsrechtliches zur Gruppenpraxis, ZAS 2010, 249; *Koppensteiner*, Zur Neuregelung der Einmann-GmbH in Österreich, in FS Claussen (1997) 213; *Koppensteiner*, Gesellschafts- und Kartellrecht, wbl 2011, 285; *Loidl*, Die GmbH ohne erwerbswirtschaftliche Zielsetzung (1970); *Rüffler*, Ausgliederung: Zivil- und gesellschaftsrechtliche Fragen, in Potacs/Sturm, Reform der Kärntner Gemeindeverwaltung (2006) 199; *Schmidt K.*, Europäisches Kartellverbot und „fehlerhafte Gesellschaft“, in FS Mestmäcker (1996) 763; *Winner*, Öffentlich-rechtliche Anforderungen und gesellschaftsrechtliche Probleme bei Ausgliederungen, ZfV 1998, 104; *Wünsch*, Die Bedeutung des FGG für die GmbH und deren Eintragungen im Handelsregister, GesRZ 1982, 155; *Zawischa*, VfGH: Hypothekenbankgeschäft nur für Aktiengesellschaften – Aktienhinterlegung bei allen Banken, RdW 1991, 10.

### Übersicht

	Rz
I. Grundlagen .....	1–5
II. Grundsatz der Zweckoffenheit (Abs 1) .....	6–9
III. Unzulässige Zwecke (Abs 2) .....	10–13

## I. Grundlagen

- 1 § 1 regelt, zu welchen **Zwecken** eine GmbH „errichtet“ (bzw. „gegründet“; vgl. unten Rz 3) werden kann, wobei es die Intention des Gesetzgebers ist, dieser Gesellschaftsform ein denkbar weites Anwendungsfeld einzuräumen („zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck“; unten Rz 6 ff.). Die einzige Schranke, die das GmbHG enthält, ist der Ausschluss der GmbH vom Betrieb von Versicherungsgeschäften sowie von der Tätigkeit als politischer Verein (§ 1 Abs 2); diese Aufzählung ist nicht abschließend (s. unten Rz 10 ff.).
- 2 Anders als § 1 AktG verzichtet das GmbHG auf eine **Definition der GmbH**; offenkundig wollte der Gesetzgeber die seines Erachtens mit einer umfassenden, alle Unterscheidungsmerkmale bezeichnenden Definition verbundenen gesetzestechnischen Schwierigkeiten vermeiden und diese Aufgabe „der wissenschaftlichen Forschung“ überlassen<sup>1</sup>. Die Wesensmerkmale der GmbH erschließen sich aus unterschiedlichen Einzelregelungen (vgl. zB § 1 Abs 1, § 4 Abs 1 Z 3, § 6 Abs 1, § 61, § 76), wobei insbesondere § 61 hervorzuheben ist. Demnach ist GmbH eine Gesellschaft mit **eigener Rechtspersönlichkeit**, deren Gesellschafter mit Einlagen auf das in Geschäftsanteile zerlegte Stammkapital beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften. Der GmbH kommt unabhängig von ihrem Zweck **Unternehmereigenschaft** iSd § 1 UGB zu; sie ist Unternehmer kraft Rechtsform (§ 2 UGB).
- 3 Soweit die Überschrift zum ersten Abschnitt des GmbHG sowie § 1 Abs 1 auf die „**Errichtung**“ der GmbH Bezug nimmt, ist darunter terminologisch richtigerweise die „Gründung“ der Gesellschaft, also die Gesamtheit der Schritte, von denen ihre Entstehung abhängt, zu verstehen<sup>2</sup> (s. dazu § 3 Rz 2); „errichtet“ ist die GmbH bereits mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages<sup>3</sup>. Dabei führt § 1 Abs 1 insoweit Selbstverständliches an, als die Gründung nur „nach Maßgabe der Bestimmungen“ des GmbHG erfolgen kann.
- 4 Aus § 1 Abs 1 ergibt sich implizit, dass das Gesetz dem **Normativsystem** folgt<sup>4</sup>; eine Konzessionspflicht ist nicht vorgesehen<sup>5</sup>. Die Errichtung einer GmbH bedarf demzufolge im Grundsatz keiner behördlichen Bewilligung. Ausnahmen vom Normativsystem bestehen dort, wo für die Eintragung der Gesellschaft die Erlangung einer Konzession vorgesehen ist (zB beim Betrieb von Bankgeschäften gem § 5 Abs 2 BWG<sup>6</sup>).
- 5 Im Zuge der Umsetzung der 12. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie<sup>7</sup> durch das EU-GesRÄG wurde die Gründung von **Einpersonen-Gesellschaften** ermöglicht<sup>8</sup>. § 1 Abs 1 stellt hierzu klar, dass die Gründung der GmbH durch eine oder mehrere Personen erfolgen kann<sup>9</sup>. Gründer- bzw. Gesellschafterstellung erfordern Rechtspersönlichkeit (vgl. dazu sowie zu Fragen des möglichen Gesellschafterkreises einer GmbH § 3 Rz 9 ff.).

<sup>1</sup> EB 236 BlgHH 17. Sess 55.

<sup>2</sup> Koppenscheider/Rüffler, Rz 2.

<sup>3</sup> Koppenscheider/Rüffler aaO; U. Torggler in WK § 2 Rz 6.

<sup>4</sup> Zum Begriff *Kreji*, Gesellschaftsrecht I 53.

<sup>5</sup> Koppenscheider/Rüffler, Rz 2; *Kreji*, Gesellschaftsrecht I 53; Duursma-Kepplinger in Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Rz 2150.

<sup>6</sup> OLG Wien 5.12.2003, 28 R 338/03m, GES 2004, 308 (*Ratka*); dazu *Laurer* in *Laurer/Strobl/Borns/M. Schütz/O. Schütz*, BWG § 5 Rz 13.

<sup>7</sup> Zwölfte Richtlinie des Rates vom 21.12.1989 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, ABl 1989 Nr L 395/40; dazu *Kalss* in *Doralt/Nowotny*, Der EG-rechtliche Anpassungsbedarf 227 ff.

<sup>8</sup> Dazu Koppenscheider in FS Claussen 213 ff.

<sup>9</sup> RV 32 BlgNR 20. GP 112.

## II. Grundsatz der Zweckoffenheit (Abs 1)

Gem § 1 Abs 1 kann eine GmbH nach Maßgabe der (zwingenden) Bestimmungen des GmbHG zu **jedem gesetzlich zulässigen Zweck** errichtet werden („Zweckoffenheit“). Die Materialien führen dazu aus, dass die GmbH hinsichtlich ihres Zweckes im Vergleich zur unternehmerisch tätigen natürlichen Person keinen weiteren Beschränkungen durch das Gesetz unterliegen soll<sup>10</sup>.

Insbesondere ist auch die Verfolgung nichtkommerzieller, zB wissenschaftlicher, künstlerischer oder humanitärer Ziele, somit eines **ideellen Zwecks** zulässig<sup>11</sup>, gleichwie die Erfüllung **öffentlicher Aufgaben** durch die GmbH<sup>12</sup>.

**Unternehmensorganisatorisch** kann die GmbH als selbständiger Unternehmensträger, aber auch als zB Konzernmutter, Holding-, Tochtergesellschaft oder Komplementärin einer GmbH & Co KG in Erscheinung treten<sup>13</sup>, zur Mantelgründung s § 4 Rz 43 ff.

Vom Gesellschaftszweck ist der in § 4 Abs 1 Z 2 erwähnte **Unternehmensgegenstand** zu unterscheiden; s dazu § 4 Rz 34 ff.

## III. Unzulässige Zwecke (Abs 2)

Ausdrücklich durch das GmbHG ausgenommen ist der Betrieb von **Versicherungsgeschäften** (s auch § 3 Abs 1 VAG) sowie die Tätigkeit als **politischer Verein** durch eine GmbH (§ 1 Abs 2). Für den Ausschluss von Versicherungsgeschäften waren insbesondere die volkswirtschaftliche und sozialpolitische Bedeutung dieser Unternehmungen sowie deren Unterstellung unter eine eingehende Staatsaufsicht maßgebend. Zulässig ist hingegen die Vermittlung von Versicherungsgeschäften<sup>14</sup> sowie die Gründung einer Tochtergesellschaft durch politische Vereine, die sich ihrerseits nicht politisch betätigen<sup>15</sup>.

Aufgrund **sondergesetzlicher Regelung** sind weitere Tätigkeitsbereiche der GmbH als Trägerin vorenthalten<sup>16</sup>, wie zB der Betrieb von Hypothekendarlehen (§ 2 HypBG), einer Bausparkasse (§ 5 Abs 1 Z 1 BSpG), Pensionskasse (§ 6 Abs 1 PKG) sowie von Schiffspfandbriefbanken (§ 2 SchiffsbankG) und Fahrschulen (§ 109 KFG). Zudem sind auch bei den **freien Berufen** Rechtsformbeschränkungen zu beachten (so zB § 22 NO für Notar-Partnerschaften; § 12 Abs 3 ApothekenG für die Errichtung und den Betrieb einer öffentlichen Apotheke)<sup>17</sup>. Zulässig ist die Berufsausübung in Form einer GmbH bei Rechts- und Patentanwälten (§ 1a RAO, vgl § 4 Rz 101 ff; § 1a Abs 1 PatAnwG, vgl § 4 Rz 108 ff), Wirtschaftstreuhändern (§§ 66 Z 3, 72 Z 3 WTBG; § 4 Rz 96 ff), Ziviltechnikern (§ 21 ZTG;

<sup>10</sup> EB 236 BlgHH 17. Sess 55.

<sup>11</sup> Vgl auch EB 272 BlgHH 17. Sess 6 f; OGH 14.10.1992, 3 Ob 77/92, JBl 1993, 528, hier: Betrieb einer Krankenanstalt, der Gemeinnützigkeit und Öffentlichkeitsrecht zukommt; OGH 2.6.2003, 5 Ob 34/03s, ZIK 2003, 161, hier: Tourismusverbände, deren Tätigkeit nicht auf Gewinnerzielung gerichtet ist, schließen sich zusammen und gründen eine GmbH; beachte *Loidl*, Die GmbH ohne erwerbswirtschaftliche Zielsetzung, passim.

<sup>12</sup> Dazu *B. Binder*, Der Staat als Träger von Privatrechten 155 ff; *ders*, Wirtschaftsrecht Rz 0332 ff sowie Rz 0838 ff; *Aicher* in Funk, Privatrechtssubjekte 191 ff, insb 219 ff; *Winner*, ZfV 1998, 104 ff; *Rüffler* in Potacs/Sturm, Reform der Kärntner Gemeindeverwaltung 199 ff; *Kahl* in Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht II 347 ff, 369.

<sup>13</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, Rz 16.

<sup>14</sup> *Wünsch*, Rz 18; *Gellis/Feil*, Rz 8.

<sup>15</sup> *Wünsch*, Rz 19; *Koppensteiner/Rüffler*, Rz 9.

<sup>16</sup> S auch die Darstellungen bei *U. Torggler* in WK, Rz 14 sowie *Koppensteiner/Rüffler*, Rz 9.

<sup>17</sup> Vgl zB *U. Torggler* in WK, Rz 14; *Koppensteiner/Rüffler*, Rz 9; *Duursma-Kepplinger* in Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Rz 2149; *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 4/29.

§ 4 Rz 114 ff) und nunmehr auch für Ärzte und Zahnärzte durch Gründung einer Gruppenpraxis (§ 52a Abs 1 Z 2 ÄrzteG; § 26 Abs 1 Z 2 ZÄG; vgl § 4 Rz 120 ff)<sup>18</sup>; s zur Tierärzte-GmbH § 15a TierärzteG (§ 4 Rz 125 ff). Das Rauchfangkehrergewerbe darf nicht in Form der GmbH ausgeübt werden (§ 121 Abs 1 GewO).

- 12 Gesetzliche Unzulässigkeit des Gesellschaftszwecks kann sich zudem aus dem **Sittenwidrigkeitskorrektiv** des § 879 ABGB (etwa bei Gründung der Gesellschaft zu Umgehungszwecken<sup>19</sup>) oder aufgrund eines Verstoßes gegen (nationales oder europäisches) **Kartellrecht**<sup>20</sup> ergeben, gleichwie – selbstverständlich – bei Verwirklichung **strafrechtswidriger Zwecke** (zB Hehlerei, § 164 StGB)<sup>21</sup>.
- 13 Die Unzulässigkeit des Gesellschaftszwecks führt nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen (§ 879 ABGB) oder gegebenenfalls anwendbarer sondergesetzlicher Bestimmungen (s zB zum Kartellverbot § 1 Abs 3 KartG und Art 101 Abs 2 AEUV sowie § 17 Abs 3 KartG für anmeldepflichtige Zusammenschlussvorhaben iSd §§ 7 ff KartG) zur **(Teil-) Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages**<sup>22</sup>. Das **Eintragungsgesuch** zum Firmenbuch ist diesfalls – vorbehaltlich einer aufzutragenden Verbesserung (§ 17 FBG) – abzuweisen<sup>23</sup>. Wird die Eintragung der GmbH dennoch vorgenommen, entsteht aufgrund von Verkehrsschutzerwägungen die Gesellschaft<sup>24</sup>. Als Rechtsbehelf kommt hier zunächst die **verwaltungsbehördliche Auflösung** gem § 86 in Betracht, weiters die **amtswegige Löschung** gem § 10 Abs 3 FBG iVm § 216 Abs 1 AktG oder eine **Nichtigkeitsklage** analog § 216 AktG<sup>25</sup>. Die unzulässige Bestimmung des Gesellschaftsvertrages wird – trotz des vorläufigen Bestandsschutzes der Gesellschaft – nicht durch die Firmenbucheintragung der Gesellschaft verbindlich, sondern bleibt nach Maßgabe des Verbotszwecks nichtig<sup>26</sup>.

**§ 2. (1) Vor der Eintragung in das Firmenbuch besteht die Gesellschaft als solche nicht. Wird vorher im Namen der Gesellschaft gehandelt, so haften die Handelnden persönlich zur ungeteilten Hand (Gesamtschuldner).**

**(2) Übernimmt die Gesellschaft eine vor ihrer Eintragung in ihrem Namen eingegangene Verpflichtung durch Vertrag mit dem Schuldner in der Weise, daß sie an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt, so bedarf es zur Wirksamkeit der Schuldübernahme der Zustimmung des Gläubigers nicht, wenn die Schuldübernahme binnen drei Monaten nach der Eintragung der Gesellschaft vereinbart und dem Gläubiger von der Gesellschaft oder dem Schuldner mitgeteilt wird.**

<sup>18</sup> Dazu *Minihold* in Holzgruber/Hübner-Schwarzinger/Minihold, Ärzte-GmbH/-OG 59 ff; *Krejci*, ZAS 2010, 249 ff; *Fantur*, GES 2010, 155 ff; *Karollus*, RdM 2011, 192 ff; weitere Nachweise bei § 4 Rz 120, FN 182.

<sup>19</sup> OGH 19.5.1994, 6 Ob 7/94, wbl 1994, 380; 19.5.1994, 6 Ob 19/93, GesRZ 1994, 301; 11.11.1999, 6 Ob 122/99f, ecolex 2000, 725, hier: Umgehung des AuslBG; dazu *Dinböck*, JAP 1998/99, 127 ff; OLG Wien 14.10.2004, 28 R 169/04k, GES 2005, 114 (*Fantur*), hier: Gesellschaftsgründung dient nur der Vermeidung der Erfüllung von Abgaben und Sozialversicherungsverbindlichkeiten; s dazu *Birnbauer*, GES 2005, 99 ff.

<sup>20</sup> OGH 5.11.1958, 1 Ob 268/58, SZ 31/131; *Braumann/Nowotny*, RdW 1984, 194; *K. Schmidt* in FS Mestmäcker 763 ff; *Koppensteiner*, wbl 2011, 285 ff.

<sup>21</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, Rz 10.

<sup>22</sup> OGH 19.5.1994, 6 Ob 7/94, wbl 1994, 380; 19.5.1994, 6 Ob 19/93, GesRZ 1994, 301.

<sup>23</sup> OGH 5.11.1958, 1 Ob 268/58, JBl 1959, 291; 4.6.1969, 6 Ob 79/69, JBl 1970, 317; *Koppensteiner/Rüffler*, Rz 12; *U. Torggler* in WK, Rz 15.

<sup>24</sup> EB 236 BlgHH 17. Sess 56; *U. Torggler* in WK, Rz 15.

<sup>25</sup> *U. Torggler* in WK, Rz 15; *Koppensteiner/Rüffler*, Rz 13.

<sup>26</sup> *U. Torggler* in WK, Rz 15.

### (3) Verpflichtungen aus Vereinbarungen über Sacheinlagen können nicht übernommen werden.

[BGBI 1991/10]

**Materialien: Stamfassung:** RV 236 BlgHH 17. Sess 5;

**GmbHG-Nov 1980** (BGBI 1980/320): JA 421 BlgNR 15. GP 1.

**Literatur:** *Beuthien*, Die Vorgesellschaft im Privatrechtssystem, ZIP 1996, 305; *Chalupsky/Schmidsberger*, Rechte, Pflichten und Haftungen der Organe der GmbH und der GmbH & Co KG, in Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe, GmbH oder GmbH & Co KG? (2000) 51; *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall (1991); *Derwisch-Ottenberg*, Die Haftungsverhältnisse bei der Vor-GmbH (1988); *Dregger*, Haftungsverhältnisse bei der Vorgesellschaft (1951); *Duursma-Kepplinger*, Die Haftungsordnung im Gesellschaftskonkurs (2009); *Fabricius*, Vorgesellschaften bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung: ein Irrweg?, in FS Kastner (1972) 85; *Fantur*, Das Haftungssystem der GmbH-Vorgesellschaft (1997); *Fantur*, Abspaltung zur Aufnahme auf eine Vorgesellschaft, GES 2003, 55; *Fantur/Kreil*, Arbeitsverträge mit einer GmbH in Gründung und Insolvenz, RdW 1999, 727; *Geist*, Grundprobleme der Kapitalvorgesellschaft, Rechtszuordnung und Haftungsverfassung im Gründungsstadium der AG und der GmbH (1991); *Görllich*, Ab wann dürfen Bareinlagen bei der GmbH geleistet werden?, JBl 1980, 643; *Graschopf*, Die erstmalige Bestellung von Geschäftsführern einer Gesellschaft m.b.H., NZ 1950, 38; *Grünwald*, Gedanken zum Verhältnis zwischen der Vorgesellschaft und der „fertigen“ Kapitalgesellschaft, GesRZ 1996, 19; *Hahn*, Der Vorvertrag zur Errichtung einer Gesellschaft m.b.H., NZ 1955, 116; *Heil*, Die Rechtsnatur der Einpersonen-Vor-GmbH (2007); *Holeschovsky*, Bemerkungen zur Gründerhaftung bei der Vor-GmbHG, RdW 1985, 239; *Holeschovsky*, Bemerkungen zur Haftung des für die Vor-GmbH Handelnden, GesRZ 1988, 163; *Huber*, Die Vorgesellschaft mit beschränkter Haftung – de lege ferenda betrachtet, in FS Fischer (1979) 263; *Hüffer*, Vorgesellschaft, Kapitalaufbringung und Drittbeziehungen bei der Einmanngründung, ZHR 142 (1978) 486; *John*, Zur Problematik der Vor-GmbH, insbesondere bei der Einmann-Gründung, BB 1982, 505; *Kastner*, Die Vorgesellschaft, ÖJZ 1953, 1; *Kastner*, Zum Vorgründungsvertrag und zur Vorgesellschaft, NZ 1955, 154; *Kastner*, Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft im österreichischen Wirtschaftsleben, in GS Gschnitzer (1969) 211; *Kastner*, Gesellschaft m.b.H. Gesetz-Novelle 1980, JBl 1980, 617; *Kautz*, Die Vorgesellschaft im Körperschaftsteuerrecht (2000); *Kersting*, Die Vorgesellschaft im europäischen Gesellschaftsrecht (2000); *Kersting*, Europäische Vorgaben zur Handelnden-Haftung und zur Haftung in der Vorgesellschaft, GmbHR 2003, 1466; *Kießling*, Vorgründungs- und Vorgesellschaften (1999); *Koppensteiner*, Acht Thesen zur Haftungsverfassung der Vor-GmbH, JBl 1991, 352; *Koppensteiner*, Zur Neuregelung der Einmann-GmbH in Österreich, in FS Claussen (1997) 213; *Mittendorfer*, Unternehmenskauf in der Praxis (2012); *Ostheim*, Probleme der Vorgesellschaft bei der GmbH, JBl 1978, 337; *Ostheim*, Gedanken zu § 2 GmbHG idF der Novelle BGBI 1980/320, GesRZ 1982, 124; *Ostheim*, Die Vorgesellschaft im österreichischen Recht, in G.H. Roth, Die Zukunft der GmbH (1983) 183; *Priester*, Satzungsänderungen bei der Vor-GmbH, ZIP 1987, 280; *Priester*, Das Gesellschaftsverhältnis im Vorgründungsstadium – Einheit oder Dualismus?, GmbHR 1995, 481; *Reich-Rohrwig*, Tod eines GmbH-Gesellschafters vor Registrierung einer GmbH, ecolx 1991, 389; *Roth G.H.*, Die Zukunft der GmbH (1983); *Roth G.H.*, Verfügungen über die Einlage vor Eintragung der GmbH, DNotZ 1989, 3; *Roth G.H.*, Gründungsprobleme bei der Einmann-GmbH, JBl 1995, 142; *Roth W.H.*, Die Gründerhaftung im Recht der Vor-GmbH, ZGR 1984, 597; *Schäfer-Gölz*, Die Lehre vom Vorbelastungsverbot und die Differenzhaftung der Gründer (1983); *Scheffknecht*, Die Form des Vorvertrages zur Errichtung einer Gesellschaft m.b.H., NZ 1955, 157; *Schmidt K.*, Einmanngründung und Einmann-Vorgesellschaft, ZHR 145 (1981) 540; *Schmidt K.*, Rechtsgrundlagen der Mitunternehmerschaft im Vorgründungsstadium der GmbH aus der Sicht des deutschen Rechts, GesRZ 1983, 1; *Schmidt K.*, Theorie und Praxis der Vorgesellschaft nach gegenwärtigem Stand, GmbHR 1987, 77; *Schmidt K.*, Zur Rechtslage der gescheiterten Einmann-Vor-GmbH, GmbHR 1988, 89; *Schmidt K.*, Unterbilanzhaftung – Vorbelastungshaftung – Gesellschaftsleiterhaftung, ZHR 156 (1992) 93; *Schmidt K.*, Zur Haftungsverfassung der Vor-GmbH, ZIP 1997, 671; *Schmidt K.*, Zur Übertragung von Vor-Gesellschaftsanteilen, GmbHR 1997, 869; *Schwarz*, Offene Fragen bei der sogenannten unechten Vor-GmbH, ZIP 1996, 2005; *Steinberg*, Rechtszuordnung und Gründerhaftung in der Vor-GmbH (2000); *Süssner*, Über den Vorvertrag zur Errichtung einer Gesellschaft m.b.H., NZ 1955, 156; *Torggler U.*, Das Sein und das Nichts: Die Vorgesellschaften als Rechtsverhältnis und als Rechtsträger, in FS Krejci (2001) 945; *Torggler U.*, Die Verbandsgründung – de lege lata betrachtet (2009); *Ulmer*, Zur Haftungsverfassung in der Vor-GmbH, ZIP 1996, 733; *Umfahrer*, Formfragen bei der Abände-



zung des GmbH-Vertrages, *ecolex* 1996, 99; *Wallner*, Die Liquidatoren der Vor-GmbH i.L., *GmbHR* 1998, 1168; *Weilinger*, Zur rechtlichen Einordnung der „Vorgesellschaft“, *GesRZ* 1996, 146 (Teil I), 229 (Teil II); *Weilinger*, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht (1997); *Werndl*, Zum Vorsteuerabzug der GmbH aus den Leistungen an die Vorgründungsgesellschaft und die Gründungsgesellschaft, *RdW* 1984, 323; *Wiegand*, Offene Fragen zur neuen Gründerhaftung in der Vor-GmbH, *BB* 1998, 1065; *Wünsch*, Die Haftung der Gründer einer GmbH, *GesRZ* 1984, 1; *Zöllner*, Die sogenannte Gründerhaftung, in *FS Wiedemann* (2000) 1383; *Zollner*, Vorgesellschaft als Dienstgeber iSd ASVG, *Besprechung zu VwGH* 2003/08/0016, *RdW* 2005, 557.

## Übersicht

	Rz
I. Zur Regelung .....	1–4
II. Vorgründungsgesellschaft .....	5–7
III. Die Vorgesellschaft .....	8–41
A. Rechtsnatur und Rechtsfähigkeit .....	8–11
B. Innenverhältnis der Vor-GmbH .....	12–23
1. Gründerpflichten und -rechte .....	12–14
2. Organe der Vorgesellschaft .....	15–19
3. Änderungen des Gesellschaftsvertrages .....	20, 21
4. Auflösung, Beendigung .....	22, 23
C. Außenverhältnis der Vor-GmbH .....	24–33
1. Vertretung .....	24–26
2. Haftungsverfassung .....	27–33
a) Haftung der Vorgesellschaft .....	27, 28
b) Geschäftsführerhaftung .....	29, 30
c) Gründerhaftung .....	31–33
D. Untergang der Vorgesellschaft: Eintragung der GmbH .....	34–39
1. Organisatorische und vermögensrechtliche Kontinuität .....	35–37
2. Vorbelastungshaftung .....	38, 39
E. Unechte Vorgesellschaft .....	40, 41
IV. Handelndenhaftung .....	42–49
A. Regelung und Regelungszweck .....	42, 43
B. Haftungsvoraussetzungen .....	44–46
C. Umfang der Haftung .....	47, 48
D. Ende der Haftung .....	49

## I. Zur Regelung

- § 2 regelt nach allgemeinem Verständnis<sup>1</sup> – wenngleich bloß rudimentär – die sogenannte **Vorgesellschaft**. Darunter ist die entstehende GmbH im Zeitraum zwischen Abschluss des Gesellschaftsvertrages und Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch zu verstehen<sup>2</sup>. Mit der Eintragung „erlischt“ die Vorgesellschaft und wandelt sich in die dadurch als juristische Person entstandene GmbH (vgl § 2 Abs 1 S 1)<sup>3</sup>.
- Die **Struktur der Vorgesellschaft** bleibt weitgehend ungeregt. Dies betrifft einerseits alles, was mit dem Außenverhältnis zusammenhängt, wie die Vertretungsmacht der Geschäftsführer sowie die Haftung der Gesellschaft und der Gesellschafter, andererseits das Innenverhältnis, also etwa die Beziehungen zwischen Generalversammlung und Geschäftsführung, die Willensbildung der Gesellschafter, die Frage, wem das Vermögen der Gesellschaft

<sup>1</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, Rz 4; *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Rz 2576; vgl auch OGH 22.6.2012, 6 Ob 97/12a, NZ 2012, 311; aA *U. Torggler* in *WK*, Rz 4.

<sup>2</sup> ZB OGH 5.5.1981, 5 Ob 570/81, SZ 54/69; *Kastner*, ÖJZ 1953, 1 ff; *ders*, NZ 1955, 155 f.

<sup>3</sup> *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Rz 2596.

rechtlich zugeordnet ist, die Übertragbarkeit von Anteilen oder die Beendigung der Gesellschaft vor ihrer Eintragung. § 2 Abs 1 S 2 bestimmt lediglich, dass, sofern vor Eintragung der Gesellschaft (also vor ihrem Entstehungszeitpunkt) im Namen der Gesellschaft gehandelt wird, die Handelnden persönlich zur ungeteilten Hand als Gesamtschuldner haften und regelt damit die sogenannte **Handelndenhaftung** (s unten Rz 42 ff).

§ 2 Abs 2 bezweckt offenbar eine – im Vergleich zu den allgemeinen Regeln – erleichterte Möglichkeit der **Schuldübernahme** durch die eingetragene GmbH, zumal unter bestimmten Voraussetzungen keine Gläubigerzustimmung erforderlich sein soll (s Rz 49). Implizit ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber wohl davon ausging, dass Verbindlichkeiten iSd § 2 Abs 1 S 2 nur im Wege der Schuldübernahme auf die GmbH übergehen können<sup>4</sup>.

Nach § 2 Abs 3 können Verpflichtungen aus **Vereinbarungen über Sacheinlagen** von der entstandenen GmbH nicht übernommen werden. Der Wortlaut ist insoweit zu weit gefasst, als ordnungsgemäß im Gesellschaftsvertrag festgesetzte Sacheinlagen wirksam und für die Gesellschaft verbindlich sind (§ 6 Abs 4)<sup>5</sup>. Der Ausschlussklausel des § 2 Abs 3 kommt keine gesonderte Bedeutung zu<sup>6</sup>.

## II. Vorgründungsgesellschaft

Maßgebend für den **Beginn der Vorgesellschaft** ist der Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages. Für den Zeitraum davor ist davon nach der hA<sup>7</sup> die sogenannte **Vorgründungsgesellschaft**, also eine Vereinigung der künftigen Gesellschafter abzugrenzen, die durch Abschluss eines notariatsaktpflichtigen Vorvertrages (§ 936 ABGB) entsteht<sup>8</sup>. Der Vorvertrag hat die wesentlichen Inhalte des Gesellschaftsvertrages zu enthalten<sup>9</sup>.

Von der **Rechtsnatur** her ist die Vorgründungsgesellschaft als **GesbR** zu qualifizieren<sup>10</sup>. Ihre Gesellschafter müssen nicht zwingend mit den Gesellschaftern der zukünftigen (Vor-) GmbH ident sein<sup>11</sup>. Das GmbH-Recht ist nach hM im Vorgründungsstadium nicht anwendbar, damit kommt auch eine Anwendung der **Handelndenhaftung** des § 2 Abs 1 – wenn gleich dies vom Wortlaut gedeckt wäre (arg „vorher“, bezogen auf die Eintragung) – nicht in Betracht<sup>12</sup>. Nimmt die GesbR als Außengesellschaft am Rechtsverkehr teil, haften ihre Ge-

<sup>4</sup> Duursma-Kepplinger in Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Rz 2575; kritisch zu dieser Regelung, Koppensteiner/Rüffler, Rz 3, 33.

<sup>5</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I Rz 1/536; Ostheim, GesRZ 1982, 130.

<sup>6</sup> Koppensteiner/Rüffler, Rz 3, 34; Gellis/Feil, Rz 1; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I Rz 1/536; Fantur, Haftungssystem 203; Duursma-Kepplinger in Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Rz 2575; beachte OGH 26.1.1999, 4 Ob 341/98w, RdW 1999, 345.

<sup>7</sup> OGH 27.3.1979, 4 Ob 115/78, DRdA 1980, 314 (Ostheim); 5.5.1981, 5 Ob 570/81, SZ 54/69; 29.6.1999, 1 Ob 70/99x, EvBl 1999/210; Koppensteiner/Rüffler, Rz 7; Gellis/Feil, Rz 2; Geist, Kapitalvorgesellschaft 25 f; Kastner, NZ 1955, 154 f; Krejci, Gesellschaftsrecht I 69 f; Weilingner, Jahresabschluss Rz 216 ff; Duursma-Kepplinger in Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Rz 2570, 2574; Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht 213; aA U. Torggler in WK, Rz 7, 32, der von einer einheitlichen Gründergesellschaft ausgeht.

<sup>8</sup> OGH 27.3.1979, 4 Ob 115/78, DRdA 1980, 314 (Ostheim); 4.10.1983, 4 Ob 549/82, RdW 1982, 41; 17.5.1990, 7 Ob 530/90.

<sup>9</sup> Koppensteiner/Rüffler, Rz 7; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 4/79.

<sup>10</sup> Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 4/79; Gellis/Feil, Rz 2.

<sup>11</sup> OGH 21.4.1998, 2 Ob 2254/96a, SZ 71/69.

<sup>12</sup> OGH 21.4.1998, 2 Ob 2254/96a, SZ 71/69; 29.6.1999, 1 Ob 70/99x, EvBl 1999/210; anders noch zB OGH 27.3.1979, 4 Ob 581/78, SZ 52/50; 10.11.1987, 2 Ob 575/87, NZ 1989, 101; 25.10.1994, 1 Ob 616/94, GesRZ 1995, 56; im Sinne der jüngeren Rsp Gellis/Feil, Rz 2; Geist, Kapitalvorgesellschaft 116 f; Fantur, Haftungssystem 107; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 4/81; aA Koppensteiner/Rüffler, Rz 7; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I Rz 1/511, zumal in der Handelndenhaftung eine Art Garantie dafür zu erblicken sei, dass die GmbH entsteht und das betreffende Geschäft genehmigt.

sellschafter für die eingegangenen Verbindlichkeiten persönlich, unbeschränkt und solidarisches (§ 1203 ABGB)<sup>13</sup>. Für Handlungen außerhalb der Vertretungsmacht kommt eine Haftung des Handelnden nach § 1019 ABGB als falsus procurator auf den mit dem Erfüllungsinteresse begrenzten Vertrauensschaden in Betracht<sup>14</sup>.

- 7 Im **Verhältnis** zwischen **Vorgründungsgesellschaft** und **Vorgesellschaft** findet kein „automatischer“ Vermögens- und Schuldenübergang statt<sup>15</sup>. Sachen und Rechte müssen als Sacheinlagen in Einzelrechtsnachfolge übereignet bzw zediert werden<sup>16</sup>. Wird von Mitgliedern einer Vorgründungsgesellschaft für die später zu gründende GmbH ein gegenseitiger Vertrag geschlossen und soll die GmbH damit auch **Pflichten** übernehmen, so bedarf es dazu einer ausdrücklichen vertraglichen Übernahme der Pflichten durch die GmbH<sup>17</sup>; dies erfordert die Zustimmung der Gläubiger bzw Vertragspartner<sup>18</sup>. Kommt es zu keiner Schuldübernahme, verbleibt die Haftung der Vorgründungsgesellschafter<sup>19</sup>. Fehlt eine notwendige Zustimmung des Gläubigers oder dritten Vertragspartners, kann eine Schuldübernahme in eine Erfüllungsübernahme zwischen Vorgründungsgesellschaft und (Vor-)GmbH umgedeutet werden<sup>20</sup>. Wird im Vorgründungsstadium ein Vertrag zugunsten der zu gründenden GmbH abgeschlossen, aus dem der GmbH nur **Rechte** zukommen, wird die GmbH – vorbehaltlich einer allfälligen anderen Parteiabsicht – diese Rechte mit ihrer Eintragung erwerben<sup>21</sup>.

### III. Die Vorgesellschaft

#### A. Rechtsnatur und Rechtsfähigkeit

- 8 Die neuere Rsp<sup>22</sup> und hL<sup>23</sup> qualifizieren die Vorgesellschaft als „**Gesellschaft eigener Art**“<sup>24</sup>, die einem Sonderrecht unterliegt, das aus gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Gründungsvorschriften und dem Recht der rechtsfähigen GmbH besteht, soweit es nicht die Eintragung voraussetzt. Die Bildung der Vorgesellschaft beruht auf gesetzlicher Grund-

<sup>13</sup> OGH 21.4.1998, 2 Ob 2254/96a, SZ 71/69; *Koppensteiner/Rüffler*, Rz 7; VwGH 13.5.2004, 2002/16/0192, 0193, hier: Haftung der Gesellschafter als Gesamtschuldner nach § 6 Abs 2 BAO für entstandene GrEst-Schulden, wenn letztendlich die Gründung der GmbH unterbleibt.

<sup>14</sup> *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 4/81; so auch *Koppensteiner/Rüffler*, Rz 9 für den Fall, dass jemand als Geschäftsführer einer GmbH auftritt, deren Gründung nicht einmal beabsichtigt ist.

<sup>15</sup> OGH 29.6.1999, 1 Ob 70/99x, EvBl 1999/210.

<sup>16</sup> *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I Rz 1/510; *Koppensteiner/Rüffler*, Rz 8 mwN.

<sup>17</sup> OGH 29.6.1999, 1 Ob 70/99x, EvBl 1999/210; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I Rz 1/510; *Gellis/Feil*, Rz 2; *Koppensteiner/Rüffler*, Rz 8 mwN.

<sup>18</sup> OGH 29.6.1999, 1 Ob 70/99x, EvBl 1999/210; 21.4.1998, 2 Ob 2254/96a, SZ 71/69; *Fantur*, ecolex 1998, 637.

<sup>19</sup> Vgl OGH 10.12.1998, 8 ObS 162/98a, SZ 71/208; 29.6.1999, 1 Ob 70/99x, EvBl 1999/210, im Hinblick auf von Vorgründungsgesellschaften abgeschlossene Dienstnehmerverträge; *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 4/81; *Koppensteiner/Rüffler*, Rz 8.

<sup>20</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, Rz 8 unter Hinweis auf OGH 7.12.2004, 5 Ob 82/04a, ecolex 2005, 622.

<sup>21</sup> *Gellis/Feil*, Rz 2; *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Rz 4/81.

<sup>22</sup> OGH 13.7.1995, 6 Ob 570/94, SZ 68/129; 24.11.1998, 1 Ob 188/98y, GesRZ 1999, 122; s zudem OLG Wien 29.3.2001, 28 R 309/00t, NZ 2002, 283; 29.3.2001, 28 R 309/00t, GES 2005, 114; anders noch zB OGH 19.12.1975, 1 Ob 312/75, SZ 48/141.

<sup>23</sup> *Wünsch*, Rz 6; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 60 f; *Ostheim*, JBl 1978, 344 f; *Koppensteiner*, JBl 1991, 353; *Koppensteiner/Rüffler*, Rz 6; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I Rz 1/519; *Geist*, Kapitalvorgesellschaft 42 ff, 48; *Harrer*, Haftung 248 f; *Fantur*, GES 2003, 55 ff; aA *U. Torggler* in FS Krejci 951 f, 992 f, der das Vorliegen einer GesbR annimmt.

<sup>24</sup> Zu möglichen Einordnungsversuchen *Geist*, Kapitalvorgesellschaft 40 ff mwN.