

# Einleitung

## Grundlagen

**Literatur:** *Artmann/Zauner*, Zur Zulässigkeit von Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen, VbR 2020, 48; *Bergmann/Kalss* (Hrsg), Rechtsformwahl (2020); *S. Bydlinski*, Die Mobilitäts-Richtlinie – Eine Darstellung der wesentlichen Diskussionsstadien, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Gesellschaftsrecht und IPR (2020) 149; *Doralt/Ruppe*, Steuerrecht I<sup>12</sup> (2019); *Drobnik*, Krise und Insolvenz der Scheinauslandsgesellschaft (2022); *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010); *Gruber*, Prospekthftung der AG versus Kapitalerhaltung, GesRZ 2010, 73; *Haglmüller*, Gesellschafterpflichten in der Krise (2018); *Hartlieb*, Verbandsvertragsrecht (2023); *Hoenig*, Haftung von Kapitalgesellschaften für falsche Informationen außerhalb des Anwendungsbereichs des KMG, GES 2019, 407; *Kalss*, Anlegerinteressen (2001); *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht System<sup>2</sup> (2015); *Kalss/U. Torggler* (Hrsg), Treuepflichten (2018); *Kanduth-Kristen*, Rechtsformwahl nach der ökosozialen Steuerreform, in *Hirschler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker/Stückler* (Hrsg), SWK-Spezial Einkommensteuer 2022 (2022) 16; *Karollus*, Neues zur Prospekthftung, ÖBA 2011, 450; *ders*, Umstrukturierungen und Sitzverlegung über die Grenze – aktuelle Rechtslage (vor der Umsetzung der Richtlinie [EU] 2019/2121), in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Gesellschaftsrecht und IPR (2020) 87; *Koblmlüller*, Die Anfechtung von Personengesellschaftsverträgen wegen Irrtums (2021); *Koppensteiner*, Ist § 76 Abs 2 GmbHG auf die Veräußerung/Übertragung von Anteilen an einer ausländischen GmbH anwendbar?, wbl 2019, 541; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004); *Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht (2002); *ders*, Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen und Kapitalerhaltung in der AG, in FS Straube (2009) 113; *ders*, Kapitalmarkthftung und Verbot der Einlagenrückgewähr – eine Replik, GES 2010, 4; *ders*, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht – über eine schwierige Beziehung, ÖBA 2011, 699; *ders*, Haftung für Kapitalmarktinformation nach OGH 7 Ob 77/10i, in *Kalss/U. Torggler* (Hrsg), Kapitalmarkthftung und Gesellschaftsrecht (2013) 1; *Rüffler/Koller*, Die Reichweite des Gesellschaftsstatuts und seine insolvenznahen Grenzen, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Gesellschaftsrecht und IPR (2020) 1; *Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband (2002); *ders*, Die fehlerhafte Gesellschaft als Risikogemeinschaft, in *Kalss/U. Torggler* (Hrsg), Kapitalmarkthftung und Gesellschaftsrecht (2013) 17; *Thomale*, Die Scheinauslandsgesellschaft in der Krise – Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzstatut, JBl 2021, 14 (I), 83 (II); *Told*, Prospekthftung versus Kapitalerhaltung bei Kapital- und Personengesellschaften, GesRZ 2011, 246; *U. Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern (2007); *ders*, Zur sog materiellen Beschlusskontrolle, insbesondere bei der Umwandlung, GES 2006, 58 (I), 109 (II); *ders*, Sanieren oder Ausscheiden, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Gesellschafterpflichten in der Krise (2015); *Trenker*, Kapitalmarktrechtliche Ansprüche von Genussrechtsinhabern in der Insolvenz, VbR 2013, 16; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG (2014); *Walter*, Umgründungssteuerrecht. Ein systematischer Grundriss<sup>13</sup> (2021); *Weigand*, Vom Partikularismus zur Kodifikation – Personenhandels-gesellschaften in der Gesetzgebung der habsburgischen Erbländer im 18. und 19. Jahrhundert, in *Kalss/Meissel* (Hrsg), Zur Geschichte des Gesellschaftsrechts in Europa (2003) 44; *M. Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht (1988).

## I. Gesellschaft

### A. Definition, Merkmale

- 1 Zur Definition, was eine Gesellschaft ist, kann auf die Definition der GesBR in § 1175 Abs 1 ABGB zurückgegriffen werden. **Eine Gesellschaft liegt vor, wenn sich zwei oder mehrere Personen durch einen Vertrag zusammenschließen, um durch eine bestimmte Tätigkeit einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen.**
- 2 Diese Definition enthält **drei Elemente: die Grundlage in einem Vertrag, das Vorhandensein** zumindest **zweier Personen** und die **gemeinsame Zweckverfolgung**.
- 3 Der **Vertrag** wird in den Körperschaften (AG, GmbH, Gen; dazu unten Rz 18) häufig auch Satzung genannt, was aber nichts an seinem Charakter ändert. Gewisse Besonderheiten, zB was seine Auslegung betrifft, können aber bestehen (s zur objektiven Auslegung von Satzungen etwa unten Rz 775, 879).<sup>1)</sup> Durch den Gesellschaftsvertrag wird ein **Dauerschuldverhältnis** begründet. Das schließt nicht aus, dass eine Gesellschaft befristet ist, was freilich in der Praxis sehr selten vorkommt.
- 4 Schon aus dem Merkmal des Vertragsschlusses ergibt sich, dass an der Gesellschaft **jedenfalls zwei Gesellschafter** beteiligt sein müssen. Es können auch mehr sein und das ist in der Praxis auch häufig der Fall. Der Gesellschaftsvertrag ist dann ein mehrseitiger Vertrag. Große Publikumsgesellschaften können tausende Gesellschafter haben. Freilich ist die Gründung durch so viele selten. Zur großen Gesellschafteranzahl kommt es zB bei großen börsennotierten AG durch spätere Kapitalerhöhungen und Zeichnung neuer Anteile durch eine Vielzahl von Personen.
- 5 Freilich besteht hier im Kapitalgesellschaftsrecht eine Ausnahme, eigentlich ein Widerspruch in sich, als es dort **Einpersonengesellschaften** gibt (§ 1 Abs 1 GmbHG; § 2 Abs 2 AktG). Alleine ist man bekanntlich nicht in Gesellschaft. Dass der Gesetzgeber dies ermöglicht, hat schlicht pragmatische Gründe. Mit der **Einpersonen-GmbH** wollte man den Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung zulassen, also auch einer Einzelperson die Wohltat der Haftungsbeschränkung ermöglichen.<sup>2)</sup> Da man bei nur einer Person schlecht von einem Vertragsabschluss sprechen kann, wird der Gesellschaftsvertrag dort **Errichtungserklärung** genannt (§ 3 Abs 2 GmbHG). Die Einpersonen-AG wird für einen Einzelunternehmer selten attraktiv sein, weil sie kostspieliger ist. Gleichwohl bestand nach Zulassung der Einpersonen-GmbH auch kein Grund mehr, die Gründung einer Einpersonen-AG nicht zu ermöglichen. Auch für die Errichtung einer solchen AG kann es sehr gute Gründe geben.

**Beispiel:** Die Stadt K möchte ihre bislang als gemeindeeigene Betriebe geführten Stadtwerke (Elektrizität, Wasserwerke, Personenbeförderung, Strandbäder und Hallenbad, Bestattung) in Zukunft als möglichst unabhängiges Unternehmen führen. Deshalb

<sup>1)</sup> Grundlegend zu den Charakteristika und Besonderheiten des Gesellschaftsvertrags rechtsformübergreifend *Hartlieb*, Verbandsvertragsrecht passim.

<sup>2)</sup> Dazu, auch zur unionsrechtlichen Grundlage, unten Rz 865.

bringt man sie in eine neu gegründete AG ein, in der ein professioneller Vorstand weisungsfrei die Stadtwerke führen soll. Politischer Einfluss, der zulässig in der AG nicht ausgeübt werden kann (die Hauptversammlung hat kein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand), wird dadurch abgeschnitten. Einziger Aktionär ist und bleibt freilich die Stadt K.

Das Gesetz sagt in § 1175 Abs 1 ABGB, dass ein **gemeinsamer Zweck** 6 durch eine gemeinsame Tätigkeit verfolgt wird und bringt damit zum Ausdruck, dass die gemeinsame Zweckverfolgung einer bestimmten Konkretisierung durch einen **Tätigkeitsgegenstand** bedarf. Unter der Frage nach dem Zweck wird zumeist verstanden, ob ein **materieller** oder ein **ideeller Zweck** verfolgt wird, je nachdem, ob eine Gewinnerzielungsabsicht besteht oder nicht. Die bestimmte Tätigkeit fragt nach dem **konkreten Gegenstand** der gemeinsamen Zweckverfolgung, also zB Verkauf von Kleidung, Betrieb eines Wirtshauses, Betrieb von Stahlwerken, Betrieb eines Sozialmarktes.

Schon diese Definition und die gemachten Beispiele zeigen, dass die Gesellschaftsdefinition ein unglaublich weites Feld von Tätigkeiten und tatsächlichen Phänomenen umspannt. Wie sich gleich zeigen wird, gibt es unterschiedliche Gesellschaftsformen, aber alle sind Gesellschaften im hier definierten Sinn und sie spannen von der Verbindung zweier Studentinnen zu einer GesbR, die im Sommer Wander- und Radtouren für Urlaubsgäste anbieten, über Vereine, in denen sich zwei oder mehrere Personen zB zur gemeinsamen Ausübung des Gesanges oder des Tennisspielens verbinden, bis hin zu Großunternehmen wie die voestalpine AG. Dazwischen liegen zB Rechtsanwaltsgesellschaften, in denen mehrere Rechtsanwälte die Rechtsanwaltschaft und damit einen freien Beruf ausüben, Gesellschaften, die ein Wirtshaus betreiben, mittelständische Produktionsbetriebe und hoffnungsreiche Startups mehrerer Technikstudenten, die sich zu einer GmbH verbunden haben und an der sich nun ein Investor als stiller Gesellschafter beteiligt. 7

## B. Abgrenzungen

Mit der Definition, wonach die Gesellschaft eine durch Vertrag begründete gemeinsame Zweckverfolgung (grundsätzlich) zweier oder mehrerer Personen ist, kann man die Gesellschaft auch von anderen Rechtsinstituten abgrenzen. Von der **Körperschaft öffentlichen Rechts**, zB Gebietskörperschaften, Kammern und verschiedenen Fonds unterscheidet sie sich dadurch, dass die Gesellschaft durch einen privatrechtlichen Gründungsakt, nämlich einen Vertrag oder eine Errichtungserklärung, die Körperschaften öffentlichen Rechts durch ein Gesetz oder einen sonstigen Hoheitsakt gegründet sind. Das schließt es freilich nicht aus, dass sich in Körperschaften öffentlichen Rechts typisch gesellschaftsrechtliche Auslegungsfragen stellen, weil sie zB in ihrer Organisation bewusst bestimmten Gesellschaftsformen nachgebildet sind. 8

**Beispiel:** Der Kärntner Wirtschaftsförderungsfonds (KWF) ist mit Landesgesetz errichtet.<sup>3)</sup> Er soll die Wirtschaftsförderung des Landes Kärnten zentralisiert und pro-

<sup>3)</sup> K-WFG Kärntner LGBL 1993/6 idF LGBL 2020/29.

fessionell, möglichst unabhängig von parteipolitischen Einflüssen, durchführen. Er ist mit einem Vorstand und einem Kuratorium durch das entsprechende Landesgesetz weitgehend wie eine AG organisiert, das Kuratorium entspricht dem Aufsichtsrat der AG.

- 9** Von der **Rechtsgemeinschaft**, der bloßen Miteigentümergeinschaft, unterscheidet sich die Gesellschaft dadurch, dass sie auf ein gemeinsames Wirken, einen gemeinsamen Zweck ausgerichtet ist, während die Rechtsgemeinschaft ein bloß gemeinsames Haben ist und Verwaltungshandlungen bloß die Verwaltung jenes Habens bezwecken.

**Beispiel:** Drei Freunde haben sich einen Badeplatz an einem See gekauft und nutzen diesen gemeinsam, vereinbaren aber auch, wer wann mäht und wer wann andere Freunde zum Grillen einladen darf.

- 10** Die Abgrenzung ist freilich schwierig, man denke an die beiden Geschwister, die ein großes Zinshaus geerbt haben und nun Wohnungen neu renovieren, neue Mieter suchen, Mietverträge abschließen und dazu einen Rechtsanwalt beauftragen etc. Die Abgrenzungsfrage stellt sich nur zur GesbR, weil jede andere Außengesellschaft der Eintragung im Firmenbuch bedürfte, sie stellt sich aber dort besonders. Um die Abgrenzungsschwierigkeiten zu mildern, sieht § 826 Satz 2 ABGB vor, dass die Bestimmungen über die GesbR nur dann zur Anwendung kommen, wenn die Miteigentümer das ausdrücklich vereinbaren. Die Abgrenzung bleibt trotzdem schwierig und wird noch näher im Kapitel über die GesbR behandelt.<sup>4)</sup>

- 11** Eine **Privatstiftung** nach dem Privatstiftungsgesetz (PSG) ist ein von einem Stifter oder mehreren Stiftern gewidmetes Zweckvermögen mit Rechtspersönlichkeit (§ 1 Abs 1 PSG). Es hat zwar Begünstigte, die aus den Erträgen der Stiftung Zuwendungen erhalten. Sie sind aber keine Gesellschafter, weshalb keine Gesellschaft vorliegt. Weil sich ähnliche Probleme stellen wie bei Gesellschaften, werden sie jedoch traditionell und damit auch in diesem Buch im Kontext des Gesellschaftsrechts behandelt.<sup>5)</sup>

### C. Gesellschaftsformen, *numerus clausus* der Gesellschaftsformen

- 12** § 1175 ABGB definiert die Gesellschaft und die folgenden Bestimmungen regeln die GesbR. Sie war auch einst, als das ABGB geschaffen wurde, die einzige Gesellschaftsform, die gesetzlich geregelt war.<sup>6)</sup> Die vorindustrielle Gesellschaft des Jahres 1811 hatte noch kein größeres Bedürfnis nach tauglichen Rechtsformen für gemeinsame wirtschaftliche Tätigkeit, was sich freilich bald änderte. Die Rechtsentwicklung hat zu vielen verschiedenen Gesellschaftsformen, die in unterschiedlichen Gesetzen geregelt sind, geführt.<sup>7)</sup>

<sup>4)</sup> Unten Rz 104.

<sup>5)</sup> Unten Rz 1423 ff.

<sup>6)</sup> Vgl aber zu personengesellschaftsrechtlichen Regelungen in territorial begrenzt geltenden sog Fallitenordnungen (heute würde man Konkurs- oder Insolvenzordnungen sagen), *Weigand in Kalss/Meissel* 44 ff.

<sup>7)</sup> Zur Geschichte der jeweiligen Gesellschaftsformen s zu Beginn der jeweiligen Kapitel, die diese Gesellschaftsformen behandeln.

Wir kennen folgende **Gesellschaftsformen**:

13

GesbR, OG, KG, Stille Gesellschaft, GmbH, FlexKapG, AG, Genossenschaft; auch der Verein nach dem VerG 2002 ist eine Gesellschaft, wird aber in Darstellungen des Gesellschaftsrechts und somit auch hier zumeist ausgespart. Sparkassen nach dem SparkassenG und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit seien als Formunternehmer nach § 2 UGB hier erwähnt; mangels praktischer Relevanz jedenfalls für einen Grundriss des Gesellschaftsrechts bleiben sie im Folgenden ebenfalls ausgespart.

Dazu kommen **supranationale Gesellschaftsformen** auf unionsrechtlicher Grundlage, nämlich die Europäische Aktiengesellschaft (Societas Europaea), die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) und die Europäische Genossenschaft (Societas Cooperativa Europaea, SCE).

14

Warum es so viele verschiedene Gesellschaftsformen gibt, erklärt man sich am besten anhand des folgenden Bildes: **Gesellschaften sind Produkte**, die der Gesetzgeber seinen Rechtsunterworfenen zur Verfügung stellt, damit sie sich das Produkt wählen können, das für ihre Tätigkeit, vom Betrieb eines kleinen Kaffeehauses bis zum großen Stahlwerk, am besten passt. Die Produkte sind aber auch nur **halbfertige Produkte**, gleichsam wie halbfertige Anzüge oder Kostüme, die die Gesellschafter **fertigschneiden können**. Das Organisationsrecht der Gesellschaften, also ihr Innenrecht, ist nämlich weitgehend dispositiv und kann von den Gesellschaftern im **Wege der Privatautonomie** nach ihren Bedürfnissen gestaltet werden.

15

**Beispiel:** A hat ein erfolgreiches Unternehmen aufgebaut, das in der Rechtsform der GmbH betrieben wird, deren einziger Gesellschafter er ist. Er übergibt nun 90% seiner Anteile an seine Kinder. Er möchte sich das Recht vorbehalten, in bestimmten Geschäftsführungsentscheidungen der Generalversammlung, obwohl dafür die einfache Mehrheit genügt (§ 39 Abs 1 GmbHG), ein Vetorecht zu haben. Außerdem möchte er noch bis zu seinem 65. Lebensjahr das Sonderrecht haben, Geschäftsführer zu sein. Beides kann problemlos im Gesellschaftsvertrag geregelt werden, auch die Geschäftsführerposition als Sonderrecht, was insb bedeutet, dass A gegen seinen Willen nur aus wichtigem Grund durch gerichtliche Entscheidung abberufen werden kann (§ 16 Abs 2 GmbHG).

Es gibt zwar einen **numerus clausus der Gesellschaftsformen**, dh dass man nicht durch Vereinbarung neue, gesetzlich nicht vorgegebene Gesellschaften schaffen kann. Indes ist das in praktischer Hinsicht kein Problem, da man sich das Innenrecht aller Gesellschaftsformen bis auf die AG sehr weitgehend nach seinen Bedürfnissen gestalten kann. Dass das für das Außenverhältnis nicht gilt, ist naheliegend, weil die Schaffung einer Gesellschaftsform, in der zB außer der Gesellschaft selbst niemand haftet, aber auch kein Stamm- oder Grundkapital aufzubringen ist, Drittinteressen, nämlich diejenigen der Gläubiger, beeinträchtigen würde. Eine solche Gläubigergefährdung will jedenfalls der österreichische Gesetzgeber nicht.

16

Nur in der AG ist die Privatautonomie auch im Innenverhältnis stärker beschränkt (sog **Satzungsstrenge**). Das hat mit Anlegerschutz zu tun. Aktionäre, die sich an einer AG beteiligen, sollen mit einem weitgehend standardisierten

17

Produkt rechnen können.<sup>8)</sup> Die Satzung soll für sie keine Überraschungen bergen. Ferner haben Aktionäre rein faktisch, wenn sie nicht schon an der Gründung in einem signifikanten Ausmaß beteiligt sind, kaum die Möglichkeit, Einfluss auf die Satzungsgestaltung ausüben zu können.

## D. Einteilung der Gesellschaftsformen, Typenzwang?

- 18** Es gibt verschiedene Einteilungen der Gesellschaftsformen, die einen mehr oder weniger großen Erkenntniswert haben. Um mit einer zu beginnen, die im Steuerrecht zwei Welten beschreibt, im Gesellschaftsrecht aber bedeutungslos ist, ist diejenige zwischen **Körperschaften** und **Gesellschaften im engeren Sinn** zu nennen. Die **Körperschaft** ist **juristische Person**, die **Gesellschaft im engeren Sinn ist es nicht**. Das wäre zwar auch im Gesellschaftsrecht ein erheblicher Unterschied, allerdings zählt man zu den **Gesellschaften im engeren Sinn auch solche, die rechtsfähig sind**, wie insb die OG und die KG (§ 105 Abs 1, § 161 Abs 2 UGB). Und zwischen einer Rechtsfähigkeit und der Charakterisierung als juristischer Person ist in praktischer Hinsicht kein Unterschied. Beide sind Vertragspartner, können Eigentümer sein, sind parteifähig und insolvenzfähig etc. Gedanken darüber, was darüber hinaus den Charakter als juristische Person ausmacht, sind überflüssig.<sup>9)</sup> In zivilrechtlicher Hinsicht bedeutsam ist nur, ob man rechtsfähig ist oder nicht und dass in den rechtsfähigen Personengesellschaften OG und KG zumindest ein Gesellschafter persönlich unbeschränkt haftet. Nicht rechtsfähig sind insb die GesbR und die Stille Gesellschaft. Alle anderen hier behandelten Gesellschaften sind demgegenüber selbst Träger von Rechten und Pflichten und damit rechtsfähig. Die Charakterisierung als Körperschaft hat im Steuerrecht Bedeutung dafür, dass man der Körperschaftsteuer unterliegt (KSt) und das sind vor allem die juristischen Personen des Privatrechts (§ 1 Abs 1 und 2 Z 1 KStG), also in unserem Zusammenhang AG, GmbH, FlexKapG, Genossenschaften und Privatstiftungen.<sup>10)</sup>

**Beispiel:** A und B wollen gemeinsam einen fahrbaren Würstelstand (Würstelwagen) betreiben. Wählen sie dafür die Rechtsform der GesbR, so kann diese nicht Eigentümerin des „Würstelwagens“ und nicht Vertragspartnerin der Aushilfskraft sein, die Freitag- und Samstagabend arbeitet, sondern Vertragspartner und Eigentümer können nur die Gesellschafter sein. Wählen sie die Rechtsform der OG, ist sie Vertragspartnerin und Eigentümerin. Gleiches gälte für eine GmbH.

- 19** Die rechtsfähigen Gesellschaften, seien sie nun juristische Personen wie die GmbH, FlexKapG, AG und Genossenschaft, oder seien sie rechtsfähige Personengesellschaften, entstehen allesamt als Rechtsträger erst mit Eintragung im Firmenbuch (§ 123 Abs 1, § 161 Abs 2 UGB; § 2 Abs 1 GmbHG; § 34 Abs 1 AktG; § 8 GenG; sog **Normativsystem**, besser: **Registrierungssystem**). Das

<sup>8)</sup> Zur sog Satzungsstrenge in der AG, auch dazu, dass sie in der nicht börsennotierten Gesellschaft nur eingeschränkt besteht, unten Rz 577.

<sup>9)</sup> Vgl dazu noch unten Rz 192.

<sup>10)</sup> Vgl *Mayr/Bodis/Lachmayer in Doralt/Ruppe, Steuerrecht* I<sup>12</sup> Rz 919 f.



dient der Rechtssicherheit. Dieses Prinzip wird freilich teilweise durchbrochen, wenn man mit der hM eine rechtsfähige Kapitalvorgesellschaft anerkennt.<sup>11)</sup> Einer staatlichen Bewilligung bedarf es aber nicht (sog Konzessionssystem). Das ist nur ausnahmsweise erforderlich, wenn die Gesellschaft bestimmte „sensible“ Tätigkeiten ausüben soll, wie zB Bankgeschäfte (§ 4 Abs 1 BWG).

Eine Unterscheidung danach, ob die gesetzliche Organisation einer Gesellschaft eher **personenbezogen** ist, oder die **Kapitalbeteiligung im Vordergrund steht** und die Persönlichkeit des einzelnen Gesellschafters in den Hintergrund tritt, ist diejenige zwischen **Personengesellschaften** und **Kapitalgesellschaften**. Die typische Kapitalgesellschaft ist die AG, abgeschwächt auch die GmbH und die FlexKapG, während zu den Personengesellschaften GesbR, OG, KG und Stille Gesellschaft gezählt werden (zu den supranationalen Gesellschaftsformen auf der Grundlage des Unionsrechts später). Merkmale einer Personengesellschaft sind: Einstimmigkeitsprinzip, persönliche Haftung, Selbstorganschaft (dh die organschaftlichen Vertreter müssen zwingend Gesellschafter sein) und Abhängigkeit des Bestands der Gesellschaft von den Gesellschaftern, sodass nach dispositivem Recht weder die Übertragung noch die Vererbung der Anteile möglich ist. Die Kapitalgesellschaft ist demgegenüber durch die Haftungsbeschränkung, das Mehrheitsprinzip in der Beschlussfassung, die freie Übertragbarkeit der Anteile und die Fremdorganschaft gekennzeichnet. Dazwischen ist die Genossenschaft, die sowohl kapitalistische als auch personalistische Elemente hat.<sup>12)</sup>

Diese Einteilung beschreibt freilich nur den **gesetzgeberischen Idealtypus**. Ein Gesetzgeber hat, wenn er die Vorschriften über die jeweiligen Gesellschaftsformen ausgearbeitet hat, eine bestimmte charakteristische Zusammensetzung und bestimmte typische Tätigkeitsfelder der jeweiligen Gesellschaft vor Augen gehabt, zB bei einer OG das Bild einer aus wenigen Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft, die vielleicht auch familiär verbunden sind und die alle im Unternehmen mitarbeiten. Danach hat er auch das dispositive Recht gestaltet. Das schließt es nicht aus, dass die Praxis **Mischformen** oder **atypische Gestaltungen** im Wege der Vertragsgestaltung schafft. Das ist nicht verboten, solange damit nicht gegen zwingende Schutzvorschriften verstoßen wird. Es besteht also **kein Typenzwang** in dem Sinn, dass man sich an den gesetzlichen Idealtypus halten müsste und Abweichungen davon verboten wären. Paradebeispiel ist die GmbH & Co KG, deren einzig unbeschränkt haftender Komplementär ein seinerseits beschränkt haftender Rechtsträger, nämlich eine GmbH, ist.<sup>13)</sup> Es existieren auch in der Praxis „kapitalistische“ Personengesellschaften mit einer Vielzahl an Gesellschaftern, aber auch personalistische Kapitalgesellschaften. Bei der GmbH ist in der Praxis die personalistische Gestaltung sogar die Regel. So sieht das Gesetz die freie Übertragbarkeit der Geschäftsanteile vor (§ 76 Abs 1 GmbHG; zur erforderlichen Notariatsaktform Abs 2), in aller Regel

<sup>11)</sup> Dazu unten Rz 598, 898.

<sup>12)</sup> Dazu näher unten Rz 1372 ff.

<sup>13)</sup> Zu ihr unten Rz 463 ff.

ist diese aber im Gesellschaftsvertrag an die Zustimmung der Gesellschafter gebunden oder es bestehen Vorkaufsrechte.<sup>14)</sup>

**Beispiel:** A plant die Errichtung eines Golfressorts in Tirol und hat ein Grundstück gefunden. Die Pläne sind fertig und die Widmungen erteilt. Zur Realisierung benötigt er € 50 Mio, für deren Aufbringung er sich an viele Privatinvestoren wenden möchte. Der gesetzliche Idealtypus für ein solches Projekt wäre die AG. Die ist A zu teuer und zu kompliziert. Er errichtet eine Komplementär-GmbH und die Investoren sollen Kommanditisten werden. Damit nicht hunderte oder tausende Kommanditisten im Firmenbuch stehen, erwirbt nur ein Treuhänder die Kommanditistenstellung, der sie für die Vielzahl an Investoren hält (die dann folglich Treugeber sind). Wenn freilich die Kommanditbeteiligungen öffentlich angeboten werden, ist das KMG anwendbar und es muss insb ein Kapitalmarktprospekt erstellt werden. Ob das Modell freilich seriös ist, und die Rechte der Treugeber nicht unzulässig weit beschnitten worden sind, muss im Einzelfall geprüft werden.

- 22** Eine weitere Unterteilung der Gesellschaften ist diejenige in **Innen-** und **Außengesellschaften**. Die Außengesellschaft tritt nach außen in Erscheinung, die Innengesellschaft tut das nicht. Paradigma der Innengesellschaft ist die Stille Gesellschaft. Die GesbR kann Innen- wie Außengesellschaft sein. Der häufige Syndikatsvertrag, der ja als GesbR qualifiziert wird,<sup>15)</sup> ist regelmäßig eine Innengesellschaft. Wenn die Gesellschafter aber zB ein Unternehmen betreiben oder gemeinschaftlich einen Gesellschaftsnamen führen, wird eine Außengesellschaft vermutet (§ 1176 Abs 1 ABGB).<sup>16)</sup>
- 23** Eine weitere Unterscheidung der Gesellschaften erfolgt **nach dem Zweck**, nämlich ob ein **ideeller** oder ein **auf Gewinn gerichteter (materieller)** Zweck verfolgt werden kann. Alle Gesellschaften bis auf den Verein nach dem VerG 2002 sind zweckoffen, können also sowohl ideelle als auch materielle Zwecke verfolgen. Der Verein darf nur einen ideellen Zweck verfolgen (§ 1 Abs 1 und 2 VerG). Besonderes gilt für die Genossenschaft und die EWIV. Sie sollen den Erwerb und die Wirtschaft ihrer Mitglieder fördern (§ 1 Abs 1 GenG, ähnlich Art 1 Abs 3 SCE-VO, Art 3 Abs 1 EWIV-VO).
- 24** Schließlich kann man noch **nationale** und **supranationale** Gesellschaftsformen unterscheiden. Letztere beruhen auf einer Verordnung (VO) der EU und gelten damit grundsätzlich in gleicher Form in jedem ihrer MS. Nationale Gesellschaftsformen beruhen auf nationalem Recht. Mag dieses auch in Teilbereichen durch Richtlinien (RL) angeglichen sein, so ist der Geltungsgrund doch eine nationale Vorschrift.<sup>17)</sup> Supranationale Gesellschaftsformen sind die Europäische Aktiengesellschaft (SE), die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) und die Europäische Genossenschaft (SCE). EWIV und SCE sind praktisch bedeutungslos, auch SE gibt es nur sehr wenige,<sup>18)</sup> aller-

<sup>14)</sup> Dazu näher unten Rz 1078 ff.

<sup>15)</sup> Zu diesem unten Rz 94.

<sup>16)</sup> Dazu näher unten Rz 97.

<sup>17)</sup> Zur Rechtsangleichung im Bereich des Gesellschaftsrechts unten Rz 77 ff.

<sup>18)</sup> Vgl die Firmenbuchstatistik bei *Kodek*, Firmenbuch-Gesellschaften-Statistik 2023, PSR 2024/6 zum 31. 12. 2023: 39 SE, 4 SCE, 27 EWIV.



dings sind ein paar sehr große Gesellschaften in dieser Rechtsform organisiert. Wegen der Niederlassungsfreiheit können sich freilich auch ausländische Gesellschaftsformen in Österreich niederlassen, sodass sich auch ausländische Gesellschaftsformen hierzulande „tummeln“ können.<sup>19)</sup>

## II. Gesellschaftsrecht

### A. Begriff und Rechtsgrundlagen

Anknüpfend an die Definition der Gesellschaften als private Zweckverbände (also auf Vertrag beruhende Verbindungen von zwei oder mehreren Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes durch gemeinsame Tätigkeit), ist das Gesellschaftsrecht das **Recht dieser privaten Zweckverbände**. 25

Die Gesellschaften sind nicht in einem einzigen Gesetz geregelt, sondern ihre Rechtsgrundlagen finden sich in mehreren. Das hat historische Gründe. Zunächst wurde die GesbR im ABGB geregelt, später kamen im ADHGB, dann HGB und heute UGB, die OG, KG und Stille Gesellschaft hinzu. Die GmbH wurde in einem eigenen Gesetz, dem GmbHG geregelt, auch die AG fand, nachdem sie ursprünglich Teil des ADHGB/HGB war, im AktG ihre Regelung. Auf die FlexKapG sind grundsätzlich die für die GmbH geltenden Vorschriften anwendbar, das FlexKapGG sieht nur einige Ergänzungen und Abweichungen vor (§ 1 Abs 2 FlexKapG). Genossenschaften sind im GenG geregelt. Dazu kommen die VO für SE, EWIV und SCE samt nationalen Ausführungsgesetzen. Dann finden sich auch im FBG für die verschiedenen Gesellschaftsformen relevante Bestimmungen. 26

### B. Grundfragen

Wenn auch verschiedene Rechtsgrundlagen existieren und auch ihre Antworten durchaus unterschiedlich sind, so stellen sich doch bei allen Gesellschaften dieselben Grundfragen: 27

- Zunächst geht es um die **Gründung**, welche Anforderungen an den **Gesellschaftsvertrag** bestehen und ob die Gesellschaft **rechtsfähig** ist.
- Dann fragt sich, was für die **innere Organisation** gilt, also wer die Entscheidungen trifft (**Geschäftsführung**).
- Dann wendet sich der Blick auf das **Außenverhältnis** und die Frage, wer die Gesellschaft wirksam **vertreten** kann, in Gesellschaften ohne Rechtsfähigkeit, wer mit Wirkung auch für die anderen Gesellschafter vertreten kann.
- Ein wichtiger Punkt sind **vermögensrechtliche Fragen**, nämlich wie das Vermögen aufgebracht wird und ob es Mindestleistungspflichten gibt und wie diese aufgebracht werden können. Dazu gehört auch, ob und wie die **Gesellschafter** für Verbindlichkeiten der Gesellschaft **haften**.

<sup>19)</sup> Dazu unten Rz 67 ff.

- Zentral ist die Frage, wie **Gewinn** und **Verlust** verteilt wird und vorangestellt die Frage, ob der gesamte Gewinn zur Auszahlung kommt (**Gewinnverwendung**).
- Schließlich stellen sich die Fragen der **Auflösung** und **Beendigung der Gesellschaft** und der **Gesellschafterstellung**, wie Ausscheiden von Gesellschaftern und der Übertragung der Anteile.

### C. Querbezüge – Beziehungen zu und Einflüsse von anderen Rechtsgebieten

**28** Gesellschaftsrecht kann mit so gut wie jedem Rechtsgebiet Berührungspunkte haben. So kann auch eine gesellschaftsrechtliche Norm verfassungswidrig sein, bei Verschmelzungen und Spaltungen stellt sich die Frage, ob auch verwaltungsrechtliche Bewilligungen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergehen oder bei Scheidungen fragt sich, ob auch Gesellschaftsanteile aufzuteilen sind (vgl § 82 Abs 1 Z 4 EheG). Der strafrechtliche Untreuetatbestand (§ 153 StGB) ist zivilrechtsakzessorisch, dh bei der Frage, ob ein Organ seine Befugnisse missbraucht hat, ist Vorfrage, ob die gesellschaftsrechtlichen Grenzen der Organbefugnisse überschritten worden sind. Im Folgenden soll nur auf die wichtigsten Einflüsse von und Beziehungen zu anderen Rechtsgebieten hingewiesen werden.

#### 1. Zivilrecht

**29** Gesellschaftsrecht ist Sonderprivatrecht. Die gesellschaftsrechtlichen Normen gehen auch allgemein-zivilrechtlichen als *leges speciales* vor. Jedoch regelt das Gesellschaftsrecht oftmals nicht abschließend, sodass es eines Rekurses auf das allgemeine Zivilrecht bedarf. Wann das der Fall ist, ist manchmal klar, manchmal aber auch schwerer festzustellen oder strittig.<sup>20)</sup> Das GmbH-rechtliche Kaduzierungsverfahren (§§ 66 ff GmbHG) stellt sich beispielsweise als eine besondere Regelung des Rücktritts wegen Verzugs des Gesellschafters mit seiner Einlageleistung dar, sodass daneben für § 918 ABGB kein Anwendungsbereich verbleibt.<sup>21)</sup> Für die gem § 65 Abs 1 GmbHG zu zahlenden Verzugszinsen gilt aber entweder § 1000 Abs 1 ABGB oder § 456 UGB, sodass hier mangels spezieller gesellschaftsrechtlicher Regelungen die allgemein-zivilrechtliche oder die unternehmensrechtliche Regelung zur Anwendung kommt. Die im Folgenden noch darzustellenden Grundsätze über die sog fehlerhafte Gesellschaft verdrängen die zivilrechtlichen Folgen von Willensmängeln und der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages und von Beitrittsverträgen.<sup>22)</sup> Ob das auch im Fall der Naturalrestitution wegen kapitalmarktrechtlicher Haftungsansprüche der Fall

<sup>20)</sup> Vgl zB für den Bereich des GmbH-Rechts *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit.

<sup>21)</sup> Zur Kaduzierung in der GmbH unten Rz 1067 f.

<sup>22)</sup> Unten Rz 50 ff.