

1 Einleitung

Sebastian Bergmann/Susanne Kalss

Literatur: *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996); *Bertl/Fraberger*, Rechtsformwahl als betriebswirtschaftliches Entscheidungsproblem, in Tumpel/Aigner, Gründung, Umgründung und Beendigung von Unternehmen – Handbuch der österreichischen Steuerlehre, Band III³ (2017) 1; *Brauner*, Kriterien für die Rechtsformwahl, in Brauner/Peyerl/Pum/Urban, Rechtsformwahl in der Land- und Forstwirtschaft (2014) 1; *Chini/Oppitz*, BWG (2011); *Engelhart/Hoffmann/Lehner/Robregger/Vitek*, RAO¹⁰ (2018); *Grüning/Kühn*, Entscheidungsverfahren für komplexe Probleme³ (2009); *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II⁴ (1990); *Hannak*, Die Organisationsformen des Privatrechts, insbesondere Sparkassen und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, in Faistenberger/Mayrhofer, Gedenkschrift Gschnitzer (1969) 193; *Haybäck*, Firmenbuch-Gesellschaften-H@y-Statistik 2019, PSR 2019, 51; *Herda*, Sondergesellschaftsrecht und Sonderorganisationsrecht am Beispiel einer Gesellschaft öffentlichen Rechts, ÖZW 2012, 106; *Holzhammer/Roth*, Gesellschaftsrecht² (1997); *Kalss/Eckert*, Das Vereinspatent 1852 und das Bundesrechtsbereinigungsgesetz, ecoloex 2001, 910; *Kalss/Klampfl*, Europäisches Gesellschaftsrecht (2015); *Kastner/Doralit/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ (1990); *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} (2019); *Korndörfer*, Unternehmensführungslehre⁹ (1999); *Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005); *Lechner/Egger/Schauer*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre²⁷ (2016); *Melichar*, Sind die geistlichen Orden und Kongregationen der katholischen Kirche nach österreichischem Recht Körperschaften des öffentlichen Rechts? ÖJZ 1947, 505; *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2018); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ (2002); *Schopper/Walch*, Beiziehung von Sachverständigen, in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch für den Vorstand (2017) 1253; *Simsa/Schober*, Nonprofit Organisationen in Österreich (2012); *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbHG (2019); *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum UGB I³ (2019); *Torggler*, UGB³ (2019); *Winner*, Business Judgement Rule, in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch für den Vorstand (2017) 1239; *Zib/Dellinger*, UGB (2017); *Zierl*, Die Braucommune Freistadt – ein Zusammenschluss „brauberechtigter Bürger“ mit Rechtspersönlichkeit, ÖGZ 2002/H 8, 28.

Inhaltsübersicht

	Rz
I. Problemstellung und Herangehensweise	1/1
II. Rechtsformen	1/8
III. Strukturmerkmale	1/13
A. Einzelunternehmer	1/13
B. Personengesellschaften	1/14

	Rz
1. Gesellschaft bürgerlichen Rechts	1/14
2. Offene Gesellschaft	1/15
3. Kommanditgesellschaft	1/16
4. Stille Gesellschaft	1/17
C. Kapitalgesellschaften	1/18
5. Gesellschaft mit beschränkter Haftung	1/18
6. Aktiengesellschaft	1/19
D. Privatstiftung	1/20
E. Verein	1/21
IV. Statistischer Überblick	1/22
V. Entscheidungskriterien	1/27
VI. Entscheidungsmethoden	1/30
VII. Typenzwang	1/35
VIII. Unionsrecht	1/37
IX. Grenzen der Rechtsformwahl	1/39
A. Rechtsformspezifische Beschränkungen	1/39
B. Branchenspezifische Beschränkungen	1/42
C. Rechtsmissbrauch	1/44
1. Gesellschaftsrecht	1/44
2. Steuerrecht	1/45
3. Sozialrecht	1/48
X. Vertrauensschutz	1/49

I. Problemstellung und Herangehensweise

- 1/1** Die Rechtsordnung stellt den Rechtsanwendern zur Verfolgung ihrer Vorhaben eine Vielzahl von Rechtsformen zur Verfügung. Die Auswahl der passenden Rechtsform wirft häufig viele Fragen auf. Gar nicht selten werden Rechtsformen eingesetzt, die sich für die konkret verfolgten Zwecke wenig oder gar nicht eignen, andere Rechtsformen könnten das besser.
- 1/2** Ziel des vorliegenden Handbuches ist es, bei Unternehmern und ihren Beratern ein Problembewusstsein zu schaffen und einen verlässlichen Leitfaden für die Rechtsformwahl zu geben. Dazu sind die für die Rechtsformwahl maßgebenden Entscheidungsparameter zu identifizieren, zu analysieren und miteinander zu verknüpfen.
- 1/3** Der Gesetzgeber bedient sich in zahlreichen Gesetzesbestimmungen des Begriffs der Rechtsform. Dennoch findet sich in der österreichischen Rechtsordnung keine Legaldefinition des Rechtsformbegriffes. Die Rechtsform ist die rechtliche Organisationsform.¹ In der Regel wird damit die rechtliche Organi-

¹ Grundlegend zu Rechtsformen und Typen im Gesellschaftsrecht *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 49 ff.

sationsform für den Betrieb eines Unternehmens angesprochen. Die meisten Rechtsformen können aber auch für andere Zwecke zum Einsatz kommen.

Die Rechtsformwahl ist eine der ersten zentralen Fragen, die sich Unternehmensgründern stellt.² Die Rechtsformwahl ist aber keine einmalige Problemstellung bei Aufnahme unternehmerischer Aktivitäten, die Frage der bestgeeigneten Rechtsform sollte im Laufe des Lebenszyklus eines Unternehmens wiederholt gestellt werden.³ Sinnvoll ist es, die Wahl und die Entscheidung für eine bestimmte Rechtsform nach bestimmten Zeitabläufen, etwa alle fünf bis zehn Jahre, oder anlässlich bestimmter Ereignisse, wie des Beitritts eines neuen Partners oder eines Generationenübergangs, zu evaluieren, kritisch zu hinterfragen und Alternativen zu überlegen. Sofern sich dabei herausstellt, dass sich die bei einer einmal getroffenen Rechtsformwahl zugrunde gelegten Prämissen maßgeblich geändert haben und eine alternative Rechtsform zweckmäßiger erscheint, sollten die Möglichkeiten und Konsequenzen eines Rechtsformwechsels geprüft werden.⁴ Sinnvoll ist es aber, umgekehrt die Frage der Rechtsformwahl nicht im Sinne eines dauernden Prozesses ständig neu zu stellen, sondern diese nach getroffener Entscheidung auch zu akzeptieren bzw mit der gefundenen Rechtsform zu leben und diese erst nach einer bestimmten Zeit bzw bei Eintritt bestimmter Ereignisse wieder neu zu überdenken. Von einer permanenten Beobachtung aller Rechtsformwahlgesichtspunkte und unablässigen Rechtsformwechseln (getrieben vom ständigen Bestreben nach kurzfristigen Vorteilen) ist ausdrücklich zu warnen.⁵ Die ständige Hinterfragung der einmal getroffenen Rechtsformwahl schwächt nämlich diese Entscheidung und verhindert auch, die Rechtsform voll ausleben zu können. Bei mehreren Beteiligten mit teilweise gegenläufigen Interessen sorgt ein Rechtsformwechsel zudem nicht selten für Unruhe und emotionelle Spannungen. Von der grundsätzlich jederzeit bestehenden Möglichkeit, die Rechtsform zu ändern, sollte daher nur mit Bedacht Gebrauch gemacht werden.

Die Rechtsformwahl hängt von zahlreichen Einflussgrößen ab. Neben rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Aspekten spielen vor allem psychologische Überlegungen eine herausragende Rolle.⁶ Für die Wahl der passenden Rechtsform muss ein ausgewogener Kompromiss zwischen allen maß-

2 *Bertl/Fraberger* in Tumpel/Aigner, Gründung, Umgründung und Beendigung von Unternehmen³, 1 (2).

3 *Brauner* in Brauner/Peyerl/Pum/Urban, Rechtsformwahl in der Land- und Forstwirtschaft, 1 (2); *Bertl/Fraberger* in Tumpel/Aigner, Gründung, Umgründung und Beendigung von Unternehmen³, 1 (3).

4 *Brauner* in Brauner/Peyerl/Pum/Urban, Rechtsformwahl in der Land- und Forstwirtschaft, 1 (2).

5 Kritisch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 100.

6 *Bertl/Fraberger* in Tumpel/Aigner, Gründung, Umgründung und Beendigung von Unternehmen³, 1 (3).

geblichen, mitunter gegenläufigen Interessen und Überlegungen gefunden werden.⁷

- 1/6** Keine Rechtsform kann pauschal für sich in Anspruch nehmen, „besser“ oder „schlechter“ zu sein als alternative Rechtsformen.⁸ Vielmehr ist die Vorteil- bzw. Nachteilhaftigkeit der unterschiedlichen Rechtsformen anhand der ganz konkreten Sachverhaltsumstände im Einzelfall zu beurteilen.
- 1/7** Die Entscheidung über die Rechtsform ist nur eine von mehreren unternehmerischen Entscheidungen, die ein Unternehmer am Beginn und während seiner laufenden Tätigkeit zu treffen hat. Von mindestens so großer, wenn nicht ungleich größerer Bedeutung ist die Wahl des Standortes. Im konkreten hängt die Bedeutung des Standortes von unterschiedlichen Faktoren ab.⁹ Einer dieser Faktoren ist etwa die spezifische Branche bzw die Art der zu erbringenden Leistungen. So wird etwa die Standortwahl im Bereich des Einzelhandels eine ungleich größere Rolle spielen, als dies im Bereich online-basierter IT-Dienstleistungen der Fall ist. Ein weiterer maßgeblicher Aspekt liegt vor allem in der Frage, ob qualifizierte bzw passende Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen gefunden werden können (Human Resources). Im grenzüberschreitenden Kontext entscheidet die Frage der Standortwahl gleichzeitig auch über die steuerliche Belastung und die Verpflichtung zur Leistung anderer öffentlich-rechtlicher Abgaben (wie insbesondere Sozialversicherungsbeiträgen und Gebühren), über die Anwendung sonstiger öffentlich-rechtlicher Bestimmungen (wie Umweltauflagen inhaltlicher Art oder Verfahren zur Erlangung von Rechtssicherheit, wie Umweltverträglichkeitsverfahren, etc) oder darüber, wie die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern zu gestalten sind (Mindestlohn, Arbeitsschutzgesetze, Kündigungsmöglichkeiten, Kollektivvertragsgestaltung etc). Die Rechtsformentscheidung ist somit zwar eine wichtige, aber nicht die wichtigste Entscheidung, die ein Unternehmer oder eine Unternehmerin am Beginn und während der laufenden Tätigkeit zu treffen hat.

II. Rechtsformen

- 1/8** Unter den Rechtsformen ist zunächst grundlegend zwischen den Rechtsformen des Privatrechts und jenen des öffentlichen Rechts zu differenzieren

⁷ Bertl/Fraberger in Tumpel/Aigner, Gründung, Umgründung und Beendigung von Unternehmen³, 1 (3).

⁸ Brauner in Brauner/Peyerl/Pum/Urban, Rechtsformwahl in der Land- und Forstwirtschaft, 1 (1).

⁹ Zur Standortwahl siehe etwa Lechner/Egger/Schauer, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre²⁷, 206 ff.

ren,¹⁰ wobei im vorliegenden Handbuch nur ausgewählte Rechtsformen des Privatrechts angesprochen sein sollen. Zu den Rechtsformen des Privatrechts zählen im Einzelnen insbesondere:

- Einzelunternehmen (EU)
- Personengesellschaften
 - Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR)
 - Offene Gesellschaft (OG)
 - Kommanditgesellschaft (KG)
 - Stille Gesellschaft (StG)
 - Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)
- Kapitalgesellschaften
 - Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)
 - Aktiengesellschaft (AG)
 - Europäische Aktiengesellschaft (SE)
- Stiftungen
 - Privatstiftungen (PS)
 - Stiftungen nach dem BStFG 2015 (BS)
- Sparkassen (Sp)
- Fonds¹¹
 - Fonds nach dem BStFG 2015 (BF)
- Vereine
 - Ideelle Vereine (IV)
 - Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (VVaG)
 - Sparkassenvereine (SpV)
- Genossenschaften
 - Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Gen)
 - Europäische Genossenschaft (SCE).

Als weitere Rechtsformen des Privatrechts zu erwähnen sind die noch ganz vereinzelt fortbestehenden Wirtschaftsvereine nach dem mit Wirkung ab 1.1.2000 aufgehobenen¹² Vereinspatent 1852^{13,14} die wohl nicht mehr existierenden Reedereien nach den mit Wirkung ab 1.1.2007 grundsätzlich außer Kraft getretenen¹⁵ einschlägigen Bestimmungen des Fünften Buches des vor-

10 *Bertl/Fraberger* in Tumpel/Aigner, Gründung, Umgründung und Beendigung von Unternehmen³, 1 (2).

11 Kapitalanlagefonds (Wertpapierfonds) und Immobilienfonds stellen keine eigenständigen Rechtsformen, sondern Sondervermögen dar.

12 § 1 1. BRBG, BGBl I Nr 191/1999.

13 RGBl Nr 253/1852.

14 Weiterführend *Kalss/Eckert*, *ecolex* 2001, 910 (910 ff); *Herda*, *ÖZW* 2012, 106 (112); *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 9 Rz 10; *Schauer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 9 Rz 7 FN 11.

15 § 906 Abs 14 UGB.

maligen HGB¹⁶ sowie Realgemeinschaften wie die gewohnheitsrechtlich seit rund 250 Jahren anerkannte Braucommune Freistadt¹⁷.

1/10 Zu den hier nicht einbezogenen Rechtsformen des öffentlichen Rechts zählen demgegenüber insbesondere öffentlich-rechtliche Körperschaften wie Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände), Personalkörperschaften (etwa die Kammern oder die Österreichische Hochschülerschaft) und Interessengemeinschaften (zB Wassergenossenschaften und Wegengenossenschaften), ferner Anstalten (etwa der ORF oder die Sozialversicherungsträger) und öffentliche Fonds (zB die Marktordnungsstelle „Agrarmarkt Austria“ oder der Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung).¹⁸ Die Frage, welche konkreten Merkmale für juristische Personen des öffentlichen Rechts prägend sind (etwa Hoheitsgewalt, Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, Zwangsbestand oder Zwangsmitgliedschaft), soll an dieser Stelle daher nicht vertieft werden.¹⁹

1/11 Die nachfolgende Untersuchung leistet keinen vollständigen, sämtliche Rechtsformen des Privatrechts miteinbeziehenden Rechtsformvergleich, sondern beschränkt sich auf folgende, in der Praxis besonders bedeutsame Rechtsformen:

- Einzelunternehmen (EU)
- Personengesellschaften
 - Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR)
 - Offene Gesellschaft (OG)
 - Kommanditgesellschaft (KG)
 - Stille Gesellschaft (StG)
- Kapitalgesellschaften
 - Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)
 - Aktiengesellschaft (AG)
- Privatstiftungen (PS)
- Ideelle Vereine (IV).

1/12 Für sich keine eigenständigen Rechtsformen, sondern lediglich besondere Ausgestaltungsformen bzw Rechtsformenvermischungen stellen die sogenannten „verdeckten Kapitalgesellschaften“²⁰, „kapitalistischen Personen-

16 §§ 489 ff HGB idF vor BGBI I Nr 120/2005.

17 Vgl zu dieser *Zierl*, ÖGZ 2002/H 8, 28 (28 ff); *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵, 24; *Hannak* in GS Gschnitzer, 193 (199).

18 *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 321 ff mwN.

19 Zu einem Überblick zur Diskussion vgl *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 313 ff mwN; ferner *Melichar*, ÖJZ 1947, 505 (505 ff).

20 *Nowotny* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB³ § 221 Rz 9, 12 und 26; *Motal* in *Zib/Dellinger*, UGB § 189 Rz 1, 20, 22 ff, 28, 56 und 63; *Wagenhofer/Groß* in *Zib/Dellinger*, UGB § 221

gesellschaften“²¹ bzw. „Kapitalgesellschaften & Co“²² dar, die in der Praxis vor allem in Gestalt der GmbH & Co KG in Erscheinung treten. Auf das Wesen und die Vor- und Nachteile dieser Gesellschaften wird in unterschiedlichen Zusammenhängen gesondert einzugehen sein.

III. Strukturmerkmale

A. Einzelunternehmer

Ein Einzelunternehmen ist dadurch gekennzeichnet, dass der Eigentümer allein das Eigentum über das Unternehmen und damit die operativen Betriebsmittel hält. Mit dem Eigentum gehen das Recht an der wirtschaftlichen Teilhabe, an der Risikotragung und auch die Verfügungsbefugnis einher. Die drei Elemente des Eigentums sind in einer Hand vereinigt. Ein Einzelunternehmer kann mit Ausnahme der von Gesetzes wegen anderen Rechtsformen vorbehaltenen Tätigkeiten, wie etwa Bank- und Versicherungstätigkeiten, alle unternehmerischen Aktivitäten verfolgen. In das Firmenbuch muss er sich – wenn überhaupt – erst ab einer bestimmten Umsatzgröße eintragen lassen. 1/13

B. Personengesellschaften

1. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Die GesbR ist dadurch gekennzeichnet, dass sich zwei oder mehrere Personen durch einen Vertrag zusammenschließen, um durch eine bestimmte Tätigkeit einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen. Die GesbR steht nicht nur für unternehmerische, sondern für alle erlaubten Tätigkeiten zur Verfügung. Sie ist nicht rechtsfähig und daher auch nicht partei- und prozessfähig. Sie wird auch nicht in das Firmenbuch eingetragen (keine Publizität). Das Vermögen steht zum Teil im Miteigentum, zum Teil im Gesamthand Eigentum der Gesellschafter. Die Gesellschafter sind unmittelbare Vertragspartner. Die GesbR, die nach außen auftritt, hat einen eigenen Namen, die Gesellschafter haften unmittelbar und solidarisch für Verbindlichkeiten aus der unternehmerischen Tätigkeit der GesbR. 1/14

Rz 1, 3, 25 f, 29, 31 f, 36, 53, 69; *Hilber* in Torggler, UGB³ § 189 Rz 2a, 7a, 13 und 34; *Schiebel* in Torggler, UGB³ § 221 Rz 1 f, 4 f, 14, 16 ff.

21 *Petutschnig/Schiebel* in Straube/Ratka/Rauter, UGB³ § 189 Rz 23, 24/1 f, 28, 29 f, 32/1, 32/3 ff, 36, 45 und 70; *Motal* in Zib/Dellinger, UGB § 189 Rz 1, 22, 40; *Hilber* in Torggler, UGB³ § 189 Rz 9 FN 33 und Rz 21 FN 71.

22 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 51; *Wagenhofer/Groß* in Zib/Dellinger, UGB § 221 Rz 1, 15, 29 f; *Nowotny* in Straube/Ratka/Rauter, UGB³ § 221 Rz 9, 23, 25 f und 38.

2. Offene Gesellschaft

- 1/15** Die Offene Gesellschaft ist dadurch charakterisiert, dass sie rechtsfähig ist und neben der Gesellschaft alle Gesellschafter unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Die Gesellschafter sind kraft ihrer Mitgliedschaft zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet. Das Ausscheiden eines Gesellschafters führt zur Auflösung der Gesellschaft, sofern die Gesellschafter nicht eine andere Regelung vorsehen, somit besteht eine große persönliche Verbundenheit. Die OG steht für alle Tätigkeiten offen und wird in das Firmenbuch eingetragen.

3. Kommanditgesellschaft

- 1/16** Die Struktur der Kommanditgesellschaft ist durch eine Zweiklassengesellschaft gekennzeichnet. Neben den unbeschränkt haftenden geschäftsführenden Komplementären sind auch Kommanditisten beteiligt, die für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur bis zu einem bestimmten Betrag haften. Dafür sind sie umgekehrt an der Geschäftsführung der Gesellschaft nicht beteiligt, sondern haben nur das Recht, an bestimmten Grundsatzentscheidungen mitzuwirken. Das Ausscheiden eines Kommanditisten berührt den Bestand der Gesellschaft nicht. Die Kommanditgesellschaft steht für alle Tätigkeiten offen. Sie wird in das Firmenbuch eingetragen und ist rechtsfähig.

4. Stille Gesellschaft

- 1/17** Die Stille Gesellschaft ist nicht rechtsfähig und tritt nach außen nicht auf. Die Charakteristik der Stillen Gesellschaft liegt in einer Vermögensbeteiligung am Unternehmen oder Vermögen eines Anderen. Die Stille Gesellschaft stellt wirtschaftlich einen qualifizierten Kredit dar. Da das Entgelt ertragsabhängig ist, ist der Stille Gesellschafter mit Kontroll- und bestimmten Mitwirkungsrechten an der beteiligten Gesellschaft ausgestattet. Der Stille Gesellschafter haftet für die Verbindlichkeiten des Unternehmens, an dem er beteiligt ist, nicht unmittelbar, sondern ist nur dem Unternehmen verpflichtet.

C. Kapitalgesellschaften

5. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

- 1/18** Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine juristische Person. Ausschließlich die Gesellschaft haftet für ihre Verbindlichkeiten. Daher ist die GmbH zunächst mit einem bestimmten Mindestkapital (35.000 € bzw 10.000 €) auszustatten. Die Gesellschaft unterliegt dem Grundsatz der Kapitalerhaltung, dh nur der im Jahresabschluss ausgewiesene Bilanzgewinn darf aus-