

1. Grundsätzliches zur GmbH

Die GmbH als juristische Person entsteht erst mit Eintragung in das Firmenbuch. Zwischen Gründung und Eintragung wird sie als sog Vorgesellschaft (vgl § 2 GmbHG) bezeichnet.

Der Gesellschaftsvertrag bzw die Erklärung über die Errichtung einer Gesellschaft bei einer Ein-Personen-GmbH ist in Form eines Notariatsaktes zu errichten. Der Gesellschaftsvertrag konstituiert die Gesellschaft als Rechtsperson, legt die Beziehung zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern fest und ist Grundlage zwischen den Gesellschaftern. Die zentralen Bestimmungen zum Gesellschaftsvertrag einer GmbH enthalten die §§ 3 ff GmbHG sowie die §§ 49 ff *leg cit.*

Wird ein Betrieb als Sacheinlage in eine neu zu gründende GmbH gegen Gewährung von Gesellschaftsanteilen eingebracht, sind die zwingenden Vorschriften über die Sachgründung, das Verbot der Einlagenrückgewähr und das Verbot des Erwerbs eigener Geschäftsanteile zu prüfen. Eine Unternehmensbewertung nach der Ertragswertmethode bei Einbringung eines Betriebes in eine GmbH ist obligatorisch (vgl OGH 31. 8. 2006, 6 Ob 123/06s = RdW 2007/99, 86). Die Einbringung ohne Gegenleistung ist keine Sacheinlage (vgl OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 5/01f = ecolex 2002, 12 = RdW 2001, 595).

Die Einbringung eines Einzelunternehmens als Sacheinlage in eine GmbH führt zu keiner Gesamtrechtsnachfolge. Aus diesem Grund können allenfalls Forderungsabtretungen des bisherigen Einzelunternehmens notwendig sein. Körperliche Gegenstände sind durch Kaufvertrag oder Übergabe zu übertragen. Im Unterschied zur zivilrechtlichen Einzelrechtsnachfolge bei Sacheinlage eines Unternehmens ist die Einbringung von Mitunternehmeranteilen an einer Personengesellschaft (Art III UmgrStG) als Gesamtrechtsnachfolge zu qualifizieren. Sieht der Gesellschaftsvertrag der GmbH vor, dass die Gesellschafter einer Personengesellschaft ihre Stammeinlage bei der GmbH dadurch aufbringen, dass sie ihren zu einem bestimmten Bilanzstichtag errechneten Anteil in die GmbH einbringen, werden dadurch nur die Forderungen *uno actu* übertragen, die bis zum Bilanzstichtag entstanden sind, nicht aber die nach dem Bilanzstichtag bis zur Eintragung der GmbH entstandenen Forderungen der Personengesellschaft (OGH 28. 6. 1983, 2 Ob 539/83 = GesRz 1983, 221).

1.1 Grundsätzliches zur gründungsprivilegierten GmbH

Der Eingriff des GesRÄG 2013 in das GmbHG beschränkte sich auf die Herabsetzung des Mindeststammkapitals von EUR 35.000,00 auf EUR 10.000,00. Das Abgabenänderungsgesetz 2014 führte hingegen neben der Anhebung des Mindeststammkapitals auf erneut EUR 35.000,00 mit der **Gründungsprivilegierung** in § 10b GmbHG eine Neuerung ein, die auch inhaltlich einige völlig neue Kategorien mit sich brachte. Aus Sicht der Gründer besteht der Vorteil der **Gründungsprivilegierung** vor allem darin, dass das Risikokapital reduziert wird, welches die Gesellschafter innerhalb der ersten zehn Jahre ab Gründung der Gesellschaft einsetzen müssen, um in den Genuss des Haftungsprivilegs zu kommen. Der wesentliche Unterschied gegenüber der „GmbH light“ nach dem GesRÄG 2013 besteht darin, dass die **gründungsprivilegierte GmbH** nicht dauerhaft mit einem (faktischen) Mindeststammkapital in Höhe von EUR 10.000,00 bestehen kann. Der Gesetzgeber kommt Neugründern lediglich insoweit entgegen, als diese zunächst nur min EUR 5.000,00 bar leisten und weitere EUR 5.000,00 an einforderbaren Stammeinlagen übernehmen müssen. Sie müssen die Kapitalaufbringung jedoch später nachholen oder die Gesellschaft vor Wegfall der **Gründungsprivilegierung** liquidieren. § 10b Abs 4 letzter Satz GmbHG stellt überdies klar, dass die beschränkte Einzahlungspflicht während aufrechter **Gründungsprivilegierung** auch im Fall der Insolvenz der Gesellschaft gilt. Ist die Gesellschaft im Insolvenzzeitpunkt (noch) **gründungsprivilegiert**, besteht der Anspruch des Insolvenzverwalters (§ 14 Abs 2 IO) gegen die Gesellschafter nur hinsichtlich der Differenz der **gründungsprivilegierten** Stammeinlage und der bereits tatsächlich in bar geleisteten Beträge (vgl ErläutRV 24 BlgNR 25. GP 28).^{A1}

Möchten Gesellschaftsgründer die **Gründungsprivilegierung** in Anspruch nehmen, müssen sie dies gem § 10b Abs 1 GmbHG im Gesellschaftsvertrag vereinbaren. Die **Gründungsprivilegierung** kann nicht mittels gesellschaftsvertraglicher Änderung eingeführt werden; nach Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch steht den Gesellschaftern daher keine **Gründungsprivilegierung** mehr offen. Die Höhe der übernommenen gründungsprivilegierten Stammeinlagen muss im Gesellschaftsvertrag für die Gesellschafter jeweils einzeln festgelegt sein (§ 10b Abs 2 GmbHG). Die gesamten übernommenen und die einforderbaren Stammeinlagen müssen sich bei den einzelnen Gesellschaftern nicht im selben Verhältnis zueinander befinden.^{A2}

Beachten Sie, dass bei Inanspruchnahme einer Gründungsprivilegierung lediglich eine Bargründung möglich ist; eine Sachgründung kann lediglich unter der Voraussetzung, dass diese nicht auf die übernommene Stammeinlage angerechnet wird, erfolgen.

Die Publizität der **Gründungsprivilegierung** ist schwach ausgeprägt. Gem § 5 Z 2a und Z 6 FBG ist die Gründungsprivilegierung lediglich im Firmenbuch einzutragen. Der in der Regierungsvorlage vorgesehene Hinweis auf die **Gründungsprivilegierung** auf Geschäftsbriefen, Bestellscheinen und Webseiten der Gesellschaft (§ 14 Abs 1 UGB) ist in § 10b GmbHG nicht mehr enthalten.

Sowohl für gründungsprivilegierte als auch für „gewöhnliche“ GmbHs, die nach dem 30. 6. 2013 gegründet wurden (§ 26c Z 51 KStG), beträgt die Mindest-KöSt in den ersten fünf Jahren EUR 125,00 pro Kalendervierteljahr und in den folgenden fünf Jahren EUR 250,00 pro Kalendervierteljahr.

Das Gründungsprivileg kann durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags jederzeit, auch vor Ablauf der zehn Jahre, beendet werden, wenn vor dem Zeitpunkt der Anmeldung beim zuständigen Firmenbuch Stammeinlagen von insgesamt EUR 17.500,00 geleistet wurden.

Die Kapitalbeteiligung jedes Gesellschafters richtet sich nach der gesamten übernommenen, nicht nach der gründungsprivilegierten Stammeinlage (relevant zB für EKEG, IO, GesAusG, Minderheitenrechte wie bspw § 37 GmbHG). Dementsprechend bemisst sich auch das Stimmrecht grundsätzlich nach der gesamten übernommenen Stammeinlage (§ 39 Abs 2 GmbHG). Im Gesellschaftsvertrag können abweichende Regelungen getroffen werden, bspw eine Bemessung nach der übernommenen oder auch nach der (bereits geleisteten) gründungsprivilegierten Stammeinlage.^{A3}

Anmerkungen

A1 Wöss, Die gründungsprivilegierte GmbH, NZ 2014/69, 182.

A2 Dazu ausführlich *Schopper/Walch*, Offene Fragen zur gründungsprivilegierten GmbH im System der Kapitalaufbringung, NZ 2014/70, 186 ff.

A3 *Schopper/Walch*, NZ 2014/70, 189 f.

2. Haftung des Gesellschafters einer GmbH

2.1 Durchgriffshaftung

Gemäß § 61 Abs 2 GmbHG haftet für Verbindlichkeiten der Gesellschaft ihren Gläubigern grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen. Das damit postulierte Trennungsprinzip bewirkt, dass sich sämtliche Rechtsverhältnisse nur auf die Gesellschaft beziehen.^{A1} Als Ausnahme dieses Trennungsgrundsatzes wurde jedoch vom OGH die Durchgriffshaftung bei qualifizierter Unterkapitalisierung, Existenzvernichtung, Missbrauch der Leitungsmacht bzw bei faktischer Einflussnahme auf die Geschäftsführung sowie bei Rechtsformmissbrauch bejaht.

Bei der qualifizierten Unterkapitalisierung gilt es zwischen der materiellen und der nominellen Unterkapitalisierung zu unterscheiden. Eine nominelle Unterkapitalisierung liegt dann vor, wenn die Gesellschaft zwar hinreichend kapitalausgestattet ist, jedoch nicht – wie geboten – mit Eigen- sondern mit Fremdkapital. Diese nominelle Unterkapitalisierung wird jedoch nicht als Durchgriffsfall behandelt.

Vielmehr entscheidend ist die *materielle Unterkapitalisierung*, die dann vorliegt, wenn eine ungenügende Ausstattung der Gesellschaft mit Kapital vorhanden ist, sodass der Gesellschaft erforderliche Mittel überhaupt fehlen. Die oberstgerichtliche Rechtsprechung legt fest, dass eine solche materielle qualifizierte Unterkapitalisierung dann gegeben ist, wenn eine eindeutig und für Insider klar erkennbare unzureichende Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft vorliegt, die einen Misserfolg zu Lasten der Gläubiger bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher, das gewöhnliche Geschäftsrisiko deutlich übersteigender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt. In diesem Fall kommt es zur Durchbrechung des Trennungsprinzips und zu einer potentiellen Haftung der Gesellschafter. Wesentlich für die Anerkennung dieser Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung ist nach dem Normzweck somit ein objektives Missverhältnis zwischen erforderlichem und tatsächlichem Haftkapital der Gesellschaft.

Unter Umständen kann die Gesellschafter auch eine *Ausfallshaftung* treffen. Diese Ausfallshaftung tritt dann ein, wenn das Vermögen der Gesellschaft

als Folge einer verbotenen Leistung weniger ausmacht als das Stammkapital, somit eine Unterbilanz der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Auszahlung an den Empfänger entsteht. Gemäß § 83 Abs 1 GmbHG sind Gesellschafter, zu deren Gunsten gegen die Vorschriften des GmbHG, des Gesellschaftsvertrages oder entgegen einem Gesellschafterbeschluss Zahlungen geleistet worden sind, der Gesellschaft zum Rückersatz verpflichtet. Abs 2 *leg cit* dehnt die Verpflichtung auf sämtliche übrigen Gesellschafter aus, indem bestimmt wird, dass die Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Stammeinlagen für den Fall haften, dass ein Rückersatz weder durch den Empfänger der Leistungen noch von den Geschäftsführern erlangt werden kann. Abs 3 *leg cit* regelt schließlich, dass Beiträge, die von einzelnen Gesellschaftern nicht zu erlangen sind, nach dem Verhältnis der Stammeinlagen verteilt werden. In letzter Konsequenz bedeutet dies, dass auch ein Gesellschafter mit verhältnismäßig geringem Anteil am Stammkapital und ohne einen Vorteil lukriert zu haben für die volle Stammeinlage einzustehen hat, sofern von den übrigen Gesellschafter keine Zahlung zu erlangen ist.

Die in § 83 GmbHG enthaltenen Kapitalerhaltungsvorschriften bezwecken daher nicht nur eine Erhaltung des bestehenden Gesellschaftsvermögens, sondern einen generellen rechnerischen Schutz. Eine rechnerische Wertbindung des Gesellschaftsvermögens besteht auch dann, wenn das Aktivvermögen der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Auszahlung über den rechnerischen Betrag des Stammkapitals die vorhandenen Verbindlichkeiten nicht mehr deckt.^{A2}

Bloß mittelbar beteiligte Mitgesellschafter sind nicht von der Ausfallhaftung erfasst. Der Adressatenkreis der Ausfallhaftung ist grundsätzlich horizontal auf die unmittelbar beteiligten Gesellschafter der anspruchsberechtigten GmbH im Zeitpunkt der Fälligkeit der betreffenden Stammeinlage zu beschränken.^{A3}

2.2 Insolvenzantragspflicht des Gesellschafters

Ein zentraler Aspekt des GesRÄG 2013 lag in der maßgeblichen Ausweitung der Gesellschafterhaftung. Man kann aufgrund des neu geschaffenen § 69 Abs 3a IO in diesem Zusammenhang sogar von einem Schritt zur Aufgabe des Trennungsgrundsatzes sprechen. Gemäß § 69 Abs 2 IO ist der Geschäftsführer bei Vorliegen der Voraussetzungen für ein Insolvenzverfahren verpflichtet, dieses ohne schuldhaftes Verzögern, spätestens aber innerhalb von 60 Tagen einzuleiten. Abs 3a *leg cit* ordnet die Insolvenzantragspflicht bei Fehlen eines organschaftlichen Vertreters demjenigen Gesellschafter zu, der mit einem Anteil von mehr als der Hälfte am Stammkapital beteiligt ist.